

UNIVERSITE DE LIMOGES

Ecole doctorale n°88 – Pierre Couvrat

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques

Thèse pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 17 décembre 2013 par

Alix GUILBERT

L'IRREVERSIBILITE ET LE DROIT

Thèse dirigée par

Jessica MAKOWIAK, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Limoges, co-directrice de l'OMIJ, Directrice du CRIDEAU

Gérard MONEDIAIRE, Professeur de droit public à l'Université de Limoges (co-directeur), OMIJ-CRIDEAU

JURY :

Rapporteurs

M. Hubert DELZANGLES, Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux (IEP), CRDEI

M. Eric NAIM-GESBERT, Professeur de droit public à l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité, Directeur adjoint du CERAP (EA 1629)

Suffragant :

Mme Agnès MICHELOT, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de La Rochelle, CEJEP

L'Université de Limoges n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*A Michel et Corinne, de tout mon cœur, pour
m'avoir remis si souvent sur les sentiers
sinueux de l'irréversibilité.*

REMERCIEMENTS

Je remercie mes directeurs de thèse, Jessica Makowiak et Gérard Monédiaire pour ce suivi tout au long de ces années et leurs précieux conseils. Merci également au CRIDEAU pour m'avoir donné envie de participer à cette grande aventure qu'est le droit de l'environnement. Je remercie également la région Limousin pour son soutien financier qui m'a permis de commencer cette thèse.

Puisque nous restons cet organisme vivant qui n'est rien sans son écosystème : merci à ma mère pour son cœur, à mon père pour ses mots, à Jacques pour ses dictionnaires et à Valentin pour ses rêves. Merci à mes deux sœurs pour leurs soutiens inébranlables et à mes amis qui savent si peu ce qu'ils représentent, à ma grande famille pour ses attentions et ses marques d'affections quotidiennes. Merci à l'équipe du 4 Grande Rue pour leurs encouragements et leur humour salvateur. Et parce que l'on ne sait jamais où l'inspiration nous prend, merci au café le Canon d'or et à mon amie Sylvie. Merci à Michel pour son soutien de tous les jours.

Un merci tout particulier à Philippe Vernon pour sa générosité, son partage de connaissance, son enthousiasme et son soutien. Puissent les universités de France prendre conscience de la richesse de leurs chercheurs.

Un grand merci à mon comité de relecture aussi hétéroclite que généreux : Elisabeth, Nicole, Marion, Aurore, Wiwi, Audrey et Elliott, Corinne, Dan, Chantal et Chris.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

- AAI** Autorité administrative indépendante
- ADP** Archives de philosophie du droit
- AJDA** Actualité juridique – droit administratif
- Art.** Article
- Ass.** Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat
- CAA** Cour administrative d'appel
- Cass. Ass. Plén.** Assemblée plénière de la Cour de cassation
- Cass. civ.** Cour de cassation, chambre civile
- Cass. com.** Cour de cassation, chambre commerciale
- Cass. crim.** Cour de cassation, chambre criminelle
- CC** Conseil constitutionnel
- CE** Conseil d'Etat
- CE. Ass.** Assemblée du Conseil d'Etat
- CE. Sect.** Section du contentieux du Conseil d'Etat
- CEDH** Cour européenne des droits de l'Homme
- Cf.** Confer
- CGCT** Code général des collectivités territoriales
- Chron.** Chronique
- CITES** Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
- CIJ** Cour Internationale de Justice
- CJUE** Cour de justice de l'Union européenne
- CNRTL** Centre national de ressources textuelles et lexicographiques
- Coll.** Collection
- Concl.** Conclusions
- DC** Décision du Conseil constitutionnel
- DDHC** Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
- Dir.** Sous la direction de
- Fasc.** Fascicule
- GATT** Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
- Ibid** Ibidem (ouvrage ou article indiqué dans la précédente citation)
- Infra** Voir plus bas

J.-Cl Juris-classeur

JCP Juris-classeur périodique (La semaine juridique)

JO Journal officiel de la République française

JOUE Journal officiel de l'union européenne

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA Les Petites affiches

OCDE Organisation de coopération et de développement économique

OMC Organisation mondiale du commerce

OMS Organisation mondiale de la santé

ONG Organisation non gouvernementale

ONU Organisation des Nations Unies

Op.cit. *Opus citatum*

PNUE Programme des Nations Unies pour l'environnement

Préc. Précité

PUF Presses universitaires de France

PULIM Presses universitaires de Limoges

RDP Revue du droit public et de la science politique

Rec. Recueil

RJE Revue juridique de l'environnement

Req. n° Requête numéro

RFDA Revue française de droit administratif

RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil

RUDH Revue universelle des droits de l'homme

Supra Voir plus haut

TA Tribunal administratif

TC Tribunal des conflits

TCE Traité instituant la Communauté européenne

TFUE Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

TGI Tribunal de grande instance

TUE Traité instituant l'Union Européenne

UE Union européenne

UICN Union Internationale pour la Conservation de la Nature

UNESCO Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la Culture

WWF World Wildlife Fund

SOMMAIRE

INTRODUCTION	15
PARTIE I - L'IRREVERSIBILITE COMME OBJET DU DROIT	51
TITRE I - LES IRREVERSIBILITES SUSCEPTIBLES D'ETRE SAISIES PAR LE DROIT	55
<i>CHAPITRE I - La détermination de l'irréversibilité factuelle</i>	<i>57</i>
<i>CHAPITRE II - Les contraintes de la saisie juridique de l'irréversibilité</i>	<i>113</i>
TITRE II - LA SAISIE JURIDIQUE DE L'IRREVERSIBILITE ENVIRONNEMENTALE	153
<i>CHAPITRE I - Les fondements juridiques de la saisie de l'irréversibilité.....</i>	<i>155</i>
<i>CHAPITRE II - Les mécanismes juridiques de la saisie de l'irréversibilité</i>	<i>211</i>
PARTIE II - L'IRREVERSIBILITE JURIDIQUE	253
TITRE I - L'IRREVERSIBILITE COMME REALITE JURIDIQUE.....	255
<i>CHAPITRE I - L'appréhension de l'irréversibilité par le droit</i>	<i>259</i>
<i>CHAPITRE II - L'irréversibilité juridique comme outil du droit.....</i>	<i>319</i>
TITRE II - LES MANIFESTATIONS DE L'IRREVERSIBILITE JURIDIQUE.....	373
<i>CHAPITRE I - Les manifestations traditionnelles de l'irréversibilité juridique..</i>	<i>375</i>
<i>CHAPITRE II - Les manifestations de l'irréversibilité juridique environnementale</i>	
.....	427
CONCLUSION GENERALE	463

*« Irréversibilité : je suis bien tranquille sur l'avenir
et l'utilité de cette notion : seulement pour la soutenir
ou pour la combattre, il faut bien la comprendre, ce
qui n'arrive pas toujours ! »*

Lettre de L. Dollo à T. Edinger, 9 juillet 1927¹

¹ JAY GOULD S., *Dollo's law : Irreversibility and the status of evolutionary laws*, Journal of history of biology, vol. 3, n°2, p. 189-212. La loi de Dollo soutient l'irréversibilité de l'évolution.

INTRODUCTION

1. Chercher à définir l'irréversibilité, à cerner ses contours afin d'en retirer son essence, est un exercice qui mène incontestablement à la frustration. Sa complexité forme des limites opaques à l'entendement. En effet, s'il est un mot qui caractérise cette idée, c'est bien celui d'abstraction. Nous ne connaissons que cela, l'irréversibilité, et pourtant aucune association de mots ne peut en faire ressortir le sens profond, une acception concrète, universelle et satisfaisante. Pareil à Saint Augustin² qui se voit dans l'impossibilité de définir simplement le temps, nous nous retrouvons confrontés aux mêmes difficultés définitionnelles en ce qui concerne l'irréversibilité. La philosophie s'est penchée très tôt et longuement sur l'irréversibilité à travers notamment les notions de temps et de mort. Elle apporte ainsi un éclairage précieux pour les autres sciences.

2. La question de la représentation même de l'irréversibilité s'avère malaisée. Est-ce une idée, une notion, un concept, un phénomène ? En dehors d'une réflexion juridique sur sa nature, réflexion plus spécifique, quelle est l'enveloppe constituante de l'irréversibilité ? Si l'irréversibilité est une idée, il s'agit alors d'une représentation de l'esprit³. Selon Platon, l'idée préexiste à la matière. Pour J. Locke⁴, l'idée dérive de l'expérience. L'homme naîtrait avec une « ardoise vierge », *la tabula rasa*, qui s'inscrirait au fil du temps. Il différencie ainsi les idées simples de la sensation, qui ne peuvent ni se définir ni s'expliquer, comme l'espace, le mouvement, et les idées simples de la réflexion, comme le plaisir, la douleur, l'existence, l'unité. Les idées complexes résultent elles de la combinaison des idées simples. Ces deux idées réunies forment l'expérience. L'irréversibilité semble pouvoir se rapprocher à la fois de la sensation, comme quelque chose de connu mais qui ne s'explique pas, à l'instar du temps ; et également de la réflexion, avec le sentiment du temps qui passe et qui est perdu. Cependant, cette représentation nécessite d'être complétée.

3. E. Kant apporte certaines précisions par le biais d'une classification rigoureuse et claire des représentations de l'esprit⁵. Le *genre* constitue les *représentations* en général. En dessous du genre, se trouvent les *représentations avec conscience* qui rassemblent deux

² SAINT AUGUSTIN., *Confessions*, Livre XI, 14,17 : « Qu'est-ce donc le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne sais plus ».

³ Dictionnaire le Petit Robert, édition 2013.

⁴ LOCKE J., *Essai sur l'entendement humain*, Editions Vrin, 2003.

⁵ KANT E., *Critique de la raison pure*, Editions GF Flammarion, 3^e édition, 2006, p. 346.

groupes : les *perceptions* qui se rapportent au sujet en constituant une modification de son état et qui se nomment *sensations* ; et les *perceptions objectives* qui sont les *connaissances*. Au sein de ces connaissances, on dénombre les *intuitions* qui se rapportent immédiatement à l'objet et qui sont singulières, et les *concepts* qui se rapportent médiatement à l'objet par l'intermédiaire d'un caractère qui peut être commun à plusieurs choses. Les concepts peuvent être *empiriques* ou *purs*, purs signifiant qu'ils puisent leur source dans l'entendement et non pas dans les images pures de la sensibilité. Ces concepts purs s'appellent des *notions*. Un concept issu de notion, qui dépasse dès lors la possibilité d'expérience, s'appelle une *idée*, c'est-à-dire un concept rationnel.

4. L'irréversibilité par sa complexité, est difficilement déterminable même dans une classification aussi rigoureuse. Elle se trouve à la frontière entre l'expérience et l'entendement. Sa place est malaisément définissable. Est-elle singulière ou non ? Relève-t-elle de l'entendement ou de l'expérience ? E. Kant considère que le temps est une connaissance pure, donnée *a priori*, en dehors de toute réelle expérience. Même si l'irréversibilité peut être l'image de la sensibilité, sa première représentation semble pure et attachée à cette connaissance *a priori* qu'est le temps. Cependant, la possibilité qu'elle fasse l'objet d'une image de la sensibilité, comme avec la nostalgie ou la peur de la mort, l'exclue des enveloppes de « notion » ou d'« idée ». Il paraît plus fertile de considérer l'irréversibilité comme un « concept », cela permettra notamment de l'étudier dans sa dimension pure comme dans sa dimension empirique et ainsi de ne pas restreindre son appréhension.

5. Que sous-entend la formule « L'irréversibilité et le droit » ? Comment un phénomène aussi abstrait peut-il être amené à intégrer la sphère réputée rigoureuse du droit ? Il s'agit de s'interroger sur la manière dont l'irréversibilité est présente dans la matière juridique. En réalité, deux axes principaux d'études sont susceptibles de se dégager. Le premier revient à étudier de quelle façon l'irréversibilité se présente au droit et comment ce dernier est conduit à la prendre en compte. Le second axe s'inscrit dans une logique inverse en étudiant le phénomène d'irréversibilité à l'intérieur du droit et non plus comme un phénomène extérieur. Il convient de souligner que cette discipline qu'est le droit est empreinte des autres sciences humaines et même des sciences dures, et que l'étude d'un concept comme l'irréversibilité dans la science juridique ne peut s'acquitter de la recherche d'une définition préalable générale de ce phénomène.

6. Ainsi, avant de pouvoir étudier les deux volets des relations entre l'irréversibilité et le droit, il semble nécessaire de se confronter à la définition générale du phénomène d'irréversibilité (I), puis d'en voir la définition scientifique (II) et d'aborder enfin cette dimension duale de l'irréversibilité en droit (III).

I. La définition générale de l'irréversibilité

7. Le mot « irréversibilité » à lui seul comporte plusieurs significations qu'il convient d'exposer afin de cerner tous les aspects de ce phénomène. Les différentes approches définitionnelles possibles de l'irréversibilité et les notions qui y sont liées, permettent de comprendre de façon plus précise cette abstraction qu'est l'irréversibilité. Il conviendra dès lors d'étudier la signification de l'irréversibilité (A) ainsi que ses caractéristiques (B).

A) La signification de l'irréversibilité

8. Etudier la signification de l'irréversibilité revient à comprendre les différentes acceptions possibles, alternatives ou complémentaires, du phénomène. D'un point de vue sémantique, l'irréversibilité ramène à des vocables telles que « immuable »⁶, « arrêté », « définitif » ou encore « intangible ». Cependant, ces termes, voisins de l'irréversibilité, traduisent principalement le caractère ultime de l'irréversibilité sans exprimer l'idée de processus qu'elle induit.

9. L'irréversibilité peut être considérée comme étant une réalité humaine. Par réalité, il convient d'entendre le « caractère de ce qui est réel, de ce qui ne constitue pas seulement un concept, mais une chose, un fait⁷ ». Dans une approche plus philosophique, la réalité est entendue comme le caractère de ce qui est réel en tant qu'il s'impose par les sens, qu'il s'impose à l'esprit. On retrouve ici l'oscillation de l'irréversibilité entre expérience et concept. En parlant du temps comme d'une « réalité », H. Bergson énonce que les réalités sont « des choses qu'on perçoit ou qu'on pourrait percevoir, qu'on vit ou qu'on pourrait vivre »⁸. P. Messmer confirme cette vision en rappelant que le temps est passé d'une réalité

⁶ « Qui ne peut subir de changement, constant », Dictionnaire Petit Robert, édition 2013.

⁷ Dictionnaire Petit Robert, édition 2013.

⁸ BERGSON H., *Durée et simultanéité*, Editions Quadrige, PUF, 1992.

« arithmétique » à une réalité plus « subjective » par le biais de la phénoménologie⁹. L'irréversibilité correspond à cette vision, et ne peut être acceptée que comme une réalité dans la vie de l'homme. Le qualificatif « humain » quant à lui doit être compris comme l'« acception purement objective, sans intention valorisatrice, de l'homme, qui concerne l'homme »¹⁰. L'irréversibilité comme réalité humaine doit s'appréhender dans cette optique d'objectivité, comme quelque chose à laquelle l'homme ne peut se soustraire. S. Théodorou rappelle à ce sujet que « l'humain c'est ce qui vieillit »¹¹. L'homme ne peut échapper à l'irréversibilité du temps qui passe et à la mort comme manifestation angoissante et certaine de l'irréversibilité. Elles font partie de sa réalité en tant qu'être humain. Il est nécessaire également de comprendre la réalité humaine de l'irréversibilité dans le cadre de la deuxième acception du terme humain, avec une intention valorisatrice. Le terme « humain » est alors compris comme quelque chose « qui caractérise spécifiquement l'homme, fait sa valeur propre et faute de quoi il déchoit au niveau de la bête »¹². En effet, la perception de l'irréversibilité par l'homme ainsi que les peurs ou les angoisses qui en découlent, font partie de sa dimension propre. La conscience entre en jeu, elle place l'homme dans une position spécifique par rapport aux animaux et à la nature. L'irréversibilité fait donc partie intégrante de la vie humaine.

10. En allant plus loin dans la réflexion, l'irréversibilité peut être vue comme un « attribut » complexe de la vie humaine, attribut signifiant ce qui appartient, ce qui est inhérent à quelque chose. B. Spinoza définit l'attribut comme « ce que l'intellect perçoit de la substance, en tant que cela constitue son essence »¹³. Tout ce qui est humain se transforme, se modifie, se déforme, vieillit. V. Jankélévitch rappelle que « l'homme est tout entier devenir, et n'est que ça ». L'homme est un « irréversible incarné »¹⁴. L'irréversibilité peut donc être considérée comme une caractéristique, un attribut attaché inexorablement à la vie de l'homme. M. Heidegger parle quant à lui d'une « consubstantion » entre le temps et l'être humain. Il énonce une coappartenance du temps et de l'être. Ainsi, si l'on considère

⁹ MESSMER P., *Le temps administratif*, Allocution d'ouverture, Revue Administrative, Numéro spécial, 2000.

¹⁰ Dictionnaire de la langue philosophique, Editions Paul Foulquié, PUF, 6^e édition, 1992.

¹¹ THÉODOROU S., *Figures du temps, figures de l'infigurable*, in *Les figures du temps*, Editions Parenthèses, 2003, p. 5.

¹² Dictionnaire de la langue philosophique, *op.cit.*

¹³ SPINOZA B., *Ethique*, I, Déf. 4, Editions Flammarion, 1993.

¹⁴ JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, Editions Flammarion, 1974, p. 6.

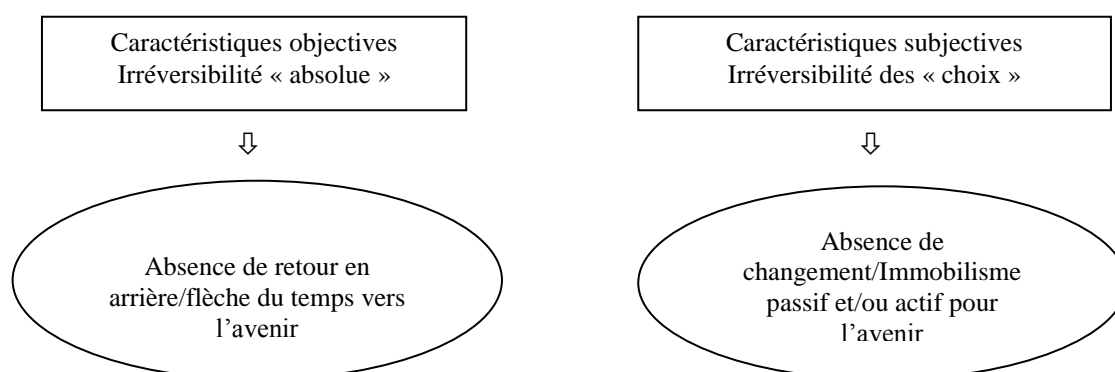
que l'irréversibilité est la temporalité même du temps comme l'explique V. Jankélévitch, l'irréversibilité se retrouve intimement liée à l'homme.

11. Comprendre que l'irréversibilité est un attribut de la vie humaine, qu'elle fait partie intégrante de l'homme n'éclaire que modestement le concept. Les mots manquent quand il s'agit de le définir. La complexité est patente dès les premières tentatives. Si l'on ne peut comprendre l'irréversibilité autrement que dans un sens très restreint qui serait celui de l'incapacité à revenir en arrière, de faire que ce qui a été soit à nouveau, il est possible cependant d'en étudier les caractéristiques dans un objectif de compréhension plus globale, et ainsi se rapprocher de l'objet de réflexion. Cette compréhension passe principalement par le caractère temporel de l'irréversibilité.

B) Les caractéristiques de l'irréversibilité

12. Dans le but d'éclairer ce qu'est l'irréversibilité, et d'exposer ses deux caractéristiques principales, il est possible de proposer un schéma définitionnel.

Schéma définitionnel des caractéristiques de l'irréversibilité



13. Avant d'approfondir les caractéristiques de l'irréversibilité, il semble que deux catégories puissent être retenues. Tout d'abord, les caractéristiques objectives : l'irréversibilité est une impossibilité totale de retour en arrière dans le temps et une dimension temporelle tournée uniquement vers l'avenir. Il s'agit là de ce que l'on peut appeler, de manière générique, l'irréversibilité « absolue ». A ces caractéristiques objectives

s'ajoutent des caractéristiques « subjectives »¹⁵ : une absence de changement, la consécration d'un immobilisme et finalement la suspension du temps. Il est possible de considérer qu'il s'agit, là encore de manière générique, de l'irréversibilité des « choix » (choix d'agir ou de ne pas agir). En effet, si aucun retour en arrière n'est possible, cela signifie que le passé ne pourra jamais être modifié. Cette incapacité générée par l'irréversibilité confère un sentiment d'éternité aux choses passées et entraîne un *statu quo* dans les actions. Ce qui est irréversible ne pourra être modifié.

14. Ces deux caractéristiques de l'irréversibilité découlent directement du fait que l'irréversibilité constitue une caractéristique intrinsèque du temps (1). Ceci entraîne une complexification indubitable du phénomène (2).

1) L'irréversibilité comme caractéristique intrinsèque du temps

15. Nier l'aspect humain de l'irréversibilité reviendrait à nier l'évolution même de l'homme, et à une échelle plus personnelle, nier sa dégradation, sa vieillesse et sa mort. A cette idée d'évolution se raccroche celle du temps. Comment exclure le temps d'une réflexion sur l'irréversibilité ? V. Jankélévitch nous le rappelle en énonçant que « l'irréversible n'est pas un caractère du temps parmi d'autres caractères, il est la temporalité même du temps »¹⁶. Temps et irréversibilité se voient donc liés de manière indissociable. Il est cependant présomptueux de croire que comprendre le temps conduit à une appréhension claire de l'irréversibilité. Si une définition simple de l'irréversibilité ne peut être facilement retenue, une solution définitionnelle concernant le temps est utopique. Ainsi ce qui rend complexe l'irréversibilité est précisément son caractère temporel.

16. L'irréversibilité et le temps sont donc consubstantiels. La première illustration de l'irréversibilité qui nous vient à l'esprit reste l'écoulement du temps. La difficulté de définition du temps s'impose immédiatement à notre esprit. N. Bohr souligne la difficulté qui naît de la « relation d'exclusion mutuelle »¹⁷ entre l'usage pratique d'un mot, quel qu'il soit, et l'essai de sa définition précise. C'est l'impression de ne connaître que ce mot et d'être incapable de le définir. Saint Augustin dans ses Confessions, livre XI s'interroge : « qu'est-ce que le temps ? Qui serait capable de s'en expliquer facilement et

¹⁵ Le terme subjectif est à entendre ici en opposition au terme objectif.

¹⁶ JANKÉLÉVITCH V., *op.cit.*, p. 5.

¹⁷ BOHR N., *Physique atomique et connaissance humaine*, Editions Gonthier, Paris, 1961, p. 86.

brièvement ? Qui peut le concevoir, même en pensée, assez nettement pour exprimer par des mots l'idée qu'il s'en fait ? ». V. Jankélévitch se heurte aux mêmes questionnements¹⁸. Une définition sommaire du « temps » peut contenir de nombreuses dimensions. Une définition précise et complète du temps n'est pas envisageable, il s'agit plus simplement de cerner l'idée de temps afin de percevoir les contours de l'irréversibilité. Le mot temps vient « du latin *tempus, temporis*, moment, instant ». Il s'agit d'un « milieu indéfini où paraissent se dérouler irréversiblement les existences dans leur changement, les évènements et les phénomènes dans leur succession » ; ou encore d'une « durée globale » ; d'une « portion limitée de cette durée globale » ; d'un « point repérable dans une succession par référence à un avant et un après » ; d'une « suite des événements dans l'histoire ». Dans un sens abstrait, il s'agit d'une « entité, souvent personnifiée, représentative du changement continu de l'univers »¹⁹. Le mot « irréversible » est déjà présent dans la définition du temps.

17. Le plus souvent, ce que l'homme a, ce sont des images du temps plus que de réelles définitions du phénomène. L'irréversibilité est au carrefour du passé, du présent et de l'avenir. E. Husserl²⁰ énonce que le présent n'existe que par un double mouvement de « rétention » du passé et de « propension » vers l'avenir. Dans le cadre de l'expérience philosophique, il n'y a jamais de passé réel, ou tout du moins partiellement constitué par du présent. En effet, c'est à partir du présent que l'être humain jette un regard sur le passé. C'est le présent qui interprète le passé. Le lien entre les deux, passé, présent, reste incontournable pour l'interprétation du temps²¹. Le passé est fragile car il n'a pas réellement de substance, il ne constitue que la projection des intérêts, de la culture de l'interprète, de celui qui vit au présent. G. Orwell écrit que « celui qui a le contrôle du passé a le contrôle du futur. Celui qui a le contrôle du présent a le contrôle du passé »²².

¹⁸ JANKÉLEVITCH V., *La mort*, Editions Champs Flammarion, 3^e édition, 1977 : « le temps est ce je-ne-sais-quoi que personne ne voit par les yeux ni ne touche avec les mains, dont l'oreille même ne perçoit pas directement le flux, qui n'a ni forme, ni couleur, ni odeur, que nulle pensée ne conçoit, qui n'est ni une dimension, ni une forme, ni une catégorie, qui est donc quasi-inexistant, et qui est, nonobstant, la chose essentielle entre toutes les choses essentielles ».

¹⁹ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

²⁰ HUSSERL, *Leçon sur la phénoménologie de la conscience intime du temps*, Editions PUF, 1996.

²¹ HAARSCHER G. *Le temps du droit et l'expérience totalitaire* », in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Dir. François Ost et Mark Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 14.

²² ORWELL G., *1984*, Editions Gallimard, 1972.

18. A ce titre, l'idée d'un mouvement revient de manière récurrente comme chez Aristote²³ qui retient que « le temps c'est le nombre de mouvements selon l'avant et l'après » ; ou encore chez Platon pour qui « le temps c'est l'image mobile de l'éternité immobile »²⁴, d'une trajectoire. Comprendre le temps, c'est comprendre ses composants, ses fonctionnements, ses caractéristiques. L'irréversibilité étant un élément fondamental du temps, l'appréhension de l'un nécessite l'appréhension de l'autre, et une étude sur l'irréversibilité ne pourrait se passer d'un examen sur le temps. À travers les diverses conceptions du temps, l'irréversibilité prend des significations et des places différentes. Le temps est multiple dans notre esprit et il reste difficile de retirer de ces abondantes acceptions un discernement clair de l'irréversibilité. Son caractère temporel revient à étudier l'irréversibilité dans sa dimension objective et subjective. La notion de temps dans sa dimension « irréversible » permet de dégager des éléments de définition et de compréhension de l'irréversibilité. Ce caractère temporel de l'irréversibilité entraîne des conséquences sur la perception de ce concept, il induit un entendement paradoxal et abscons de l'irréversibilité. L'irréversibilité étant au cœur du temps, le temps au cœur de l'irréversibilité, il n'y a pas de temps qui ne soit irréversible et pas d'irréversibilité pure qui ne soit temporelle. Ainsi « on ne peut concevoir un temps qui serait irréversible et qui demeurerait cependant temporel »²⁵.

19. Les philosophes se sont penchés sur les déclinaisons du temps, temps comme devenir, temps comme milieu de tous les changements, « temps subjectif-illusoire, temps objectif-réel, temps homogène universel, temps pluraliste »²⁶, divers états de la temporalité (simultanéité, succession, durée), l'irréversibilité y tenant une place plus ou moins importante selon les acceptions. Une appréhension de l'irréversibilité passe donc nécessairement par l'étude de sa place à travers les différentes conceptions du temps, la conception linéaire du temps, représentée par la ligne passé-présent-futur et la conception

²³ Cf. MOREAU J., *Le temps selon Aristote*, Revue Philosophique de Louvain, Troisième série, Tome 46, n°11, 1948, p. 245-274, p. 245.

²⁴ PLATON., *Timée*, Les belles lettres, 37d-38a. Voir aussi les paradoxes de ZENON D'ELEE, notamment le paradoxe de la flèche. A ce sujet Cf. Notamment ALLIX L., *Espace, temps, objet et causalité : thèmes et variations*, Philosophia Scientiæ, mis en ligne le 01 octobre 2014, <http://philosophiascientiae.revues.org/677>.

²⁵ JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op.cit.*, p. 6.

²⁶ INTZESSILOGLOU N., *Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert* in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Dir. François Ost et Mark Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles, 1998.

cyclique du temps, prophétisant un éternel recommencement²⁷ et tendant vers une négation de l'irréversibilité (a). La compréhension de l'irréversibilité nécessite également l'étude de ses manifestations dans une approche plurielle du temps (b).

a) La dualité du « cours du temps » : une appréhension différenciée de l'irréversibilité

20. Les définitions du temps pouvant s'avérer très nombreuses, il convient d'étudier les aspects du temps qui sont susceptibles de mettre en scène l'irréversibilité ainsi que les cas dans lesquels celle-ci peut intervenir et dans quelle mesure. Ces appréhensions du temps se retrouvent en droit et dans la prise en compte juridique de l'irréversibilité. L'irréversibilité se trouve principalement caractérisée dans ce que l'on appelle le « cours du temps ». Il est représenté par l'axe du temps, axe rendant les voyages dans le temps impossibles, représentant la contrainte par la causalité et une chronologie absolue, et assurant la continuité du monde. La « flèche du temps »²⁸ représente ce cours du temps. Elle suppose l'existence d'un cours du temps dans lequel les phénomènes sont temporellement orientés, irréversibles. C'est la possibilité qu'ont les systèmes physiques de « devenir », de connaître dans le temps des changements ou des transformations parfois irréversibles, qui les empêche à tout jamais de revenir à leur état initial. Ce cours du temps permet de différencier passé, présent, futur. Il est, dès lors, caractérisé entièrement par l'irréversibilité de son déroulement. Il existe cependant de nombreuses flèches du temps : flèche cosmologique qui rend compte de l'expansion de l'univers, flèche thermodynamique découlant du second principe de la thermodynamique²⁹, flèche microscopique et macroscopique du temps, flèche psychologique du temps régie par le ressenti. Autant de flèches qui perturbent la conception que nous avons du temps et de son cours.

21. Entre temps linéaire et temps cyclique, l'irréversibilité trouve une place différente et revêt des acceptions variables. Si le temps linéaire reconnaît et illustre l'irréversibilité, le temps cyclique quant à lui tend à une non-reconnaissance de celle-ci en accordant une place à la réversibilité non négligeable, à « l'éternel retour »³⁰ de Nietzsche. Parallèlement à ces

²⁷ Pour une appréhension philosophique plus approfondie Cf. Notamment, GOHAU G., *Le mythe de l'éternel recommencement*, Etudes sur la mort, 2003/2, n°124, p. 121-130.

²⁸ L'expression vient du physicien Sir A. S. Eddington en 1929 relativement au second principe de la thermodynamique ou loi de l'entropie qui établit l'irréversibilité des phénomènes physiques.

²⁹ Cf. Infra Introduction.

³⁰ Cf. Notamment GOURINAT J-B., *Eternel retour et temps périodique dans la philosophie stoïcienne*, Revue philosophique de la France et de l'étranger, 2002/2, Tome 127, p. 213-227.

conceptions principales, la science s'est fortement intéressée à la notion de temps et d'irréversibilité. Il se dégage de ces appréhensions, des entendements de l'irréversibilité à la fois renforcés et divergents. Les deux conceptions premières du temps, linéaire et cyclique, sont les cadres d'étude nécessairement préalables de l'irréversibilité. Ainsi, le cours du temps, et la manifestation de l'irréversibilité qui y est attachée, ne peuvent se manifester que sur ces deux supports : la ligne ou le cercle. Ces deux conceptions sont reprises en sciences humaines et notamment en droit puisqu'il est possible de considérer qu'il existe aussi bien un concept d'irréversibilité juridique qu'un concept de réversibilité juridique³¹.

22. L'affrontement entre la vision d'un monde éternel et d'un monde changeant date du V^e siècle avant J-C, illustré par le débat entre Héraclite et Parménide, le premier plaidant pour une linéarité du monde et un temps qui ne se reproduit pas, et le second pour un temps cyclique, où la répétition est omniprésente. Ainsi écrit-il, « il m'est indifférent de commencer d'un côté ou de l'autre ; car en tout cas, je reviendrai sur mes pas »³².

23. La conception « vulgaire du temps » présuppose une sorte de ligne dotée d'une direction unique, d'abord le passé, ensuite le présent, et enfin le futur. Dans cette conception vulgaire, le passé précède le présent et est constitué d'un ensemble de faits et d'événements alors que le futur rassemble un ensemble de possibilités. Il s'agit de la vision occidentale du temps, la flèche. Le retour en arrière n'existe pas sur cette ligne, et chaque seconde passée ne saurait être reproduite. L'écoulement de ce temps linéaire est alors irréversible. Le rejet possible de la conception « vulgaire » du temps réside dans le fait qu'au sein de l'expérience humaine, aucun des trois temps, passé, présent, futur, n'est vraiment isolable. Ils renvoient respectivement l'un à l'autre. Avec la métaphysique grecque, le temps s'est vu accorder une position de « surplomb »³³, devenant ainsi une matrice transcendante contenant les événements passés et futurs. Depuis Galilée et Newton, le temps est perçu comme quelque chose d'abstrait, d'universel, d'impersonnel, comme une sorte d'enveloppe mécanique du monde dans laquelle tout s'inscrit, s'insère et se déploie entre un début et une fin. Il est assimilé à une ligne continue, composée d'instantanés infiniment proches parcourus les uns après les autres. Cela implique qu'il n'y ait qu'un temps à la fois. L'idée de changement est sous-jacente à cette vision linéaire du temps. En effet, le temps qui s'écoule, et par conséquent l'irréversibilité de cet écoulement ne constituent-ils pas des changements ?

³¹ Cf. *Infra*, Partie II.

³² PARMENIDE., *Le poème*, V.

³³ Grand dictionnaire de la philosophie, Larousse, Editions CNRS, 2003.

L'impossibilité de revenir en arrière, la certitude de non-retour, cette ligne droite du temps qui ne possède qu'une direction, impliquent autant de changement que d'instant irréversibles écoulés. Derrière cette idée de changement, ce sont les idées d'unicité et de nouveauté qui percent. Si chaque instant est nouveau et que le retour à un instant est impossible, un instant pris individuellement est de ce fait unique, c'est-à-dire « seul en son genre »³⁴, il ne pourra être retrouvé et sera toujours différent des autres³⁵. L'irréversibilité existe dans cette unicité, l'irréversibilité de recréer ou de retrouver un instant précis. V. Jankélévitch parle d'une « irréversibilité infinitésimale dans l'instant » et d'une « primultimité » de l'irréversibilité, un instant qui est à la fois le premier et le dernier³⁶. Cette irréversibilité de l'instant empêche tyranniquement la répétition. En effet, « l'irréversibilité veille sur chaque seconde pour contrarier la tentation des redites »³⁷. La seconde fois est proscrite.

24. V. Jankélévitch justifie cette vision linéaire par la notion de « devenir ». En effet, ce simple mot indique à lui seul la direction du temps vécu. Le « devenir » est projeté vers l'avant, du passé vers le futur, dans un sens unique qui n'est « jamais neutralisé ni contrecarré par le courant inverse »³⁸. « La vocation du devenir n'est-elle pas l'altération, en vertu de laquelle le même devient autre ? »³⁹. Cette question posée par V. Jankélévitch introduit l'idée d'irréversibilité dans la conception linéaire du temps, un devenir tourné vers l'avenir, une altération qui y est attachée et l'irréversibilité de cette flèche du temps à sens unique. À cette idée de devenir, il est possible de rapprocher l'importance du présent. A. Comte Sponville voit dans le devenir l'éternité du présent⁴⁰. Il est donc possible

³⁴ Dictionnaire Le petit Robert, édition 2013.

³⁵ MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Editions Armand Colin, Paris, 1980. L'instant peut être défini comme un « moment très court, un très petit espace de temps », « une notion-limite désignant une coupure dans le temps et qui n'a elle-même aucune durée ». Dans sa définition temporelle, l'instant est le produit de la projection du présent dans la série successive des temps, c'est-à-dire que chaque instant correspond à un présent révolu.

³⁶ JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op.cit.*, p. 36.

³⁷ *Ibid.*, p. 37.

³⁸ JANKÉLÉVITCH V., *La mort*, *op.cit.*, p. 287.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ COMTE SPONVILLE A., *L'être-Temps*, in KLEIN E., et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion 2^e édition, 1996, p. 256 : « c'est donc le présent lui-même qui est orienté, qui est successif, qui est irréversible, qui devient, c'est le présent lui-même qui est temps (ce qu'on appelle « la flèche du temps » n'est autre chose que le présent même comme flèche), qui est tout le temps et qui est donc l'éternité. (...) Le présent de la nature (...) est un perpétuel devenir : c'est toujours maintenant, mais c'est toujours différent. (...) C'est en quoi ce devenir, ne cessant de se dérouler au présent, est aussi une perpétuelle actualité, toujours changeante, toujours présente et c'est la seule éternité qui vaille : celle du devenir et de son perpétuel maintenant ».

de considérer que finalement le présent puisse être le seul à exister vraiment. Le passé et l'avenir n'existeraient qu'à travers une conscience qui les constitue comme dimensions rétrospectives ou prospectives. Ainsi, « rien n'existe que le présent ; rien ne subsiste du passé ou de l'avenir, que dans le présent. Le présent contient donc tout ce qui existe ou subsiste : le présent contient tout », « le temps, c'est le présent »⁴¹.

25. I. Prigogine va plus loin dans son analyse du temps et sa linéarité, avec pour conséquence son irréversibilité. Il énonce que l'irréversibilité peut être d'origine cosmologique, « associée à la naissance même de l'univers »⁴² et que le Big Bang doit être considéré comme le « processus irréversible par excellence »⁴³. Ainsi, l'irréversibilité résulterait de l'instabilité du pré-univers et notre univers serait né sous le signe de cette instabilité. La flèche du temps irréversible, appuyant la différence entre passé et futur, constituerait dès lors un « trait universel ». Cette linéarité du temps est celle qui conduit aujourd'hui les sciences sociales et la société contemporaine. Elles se construisent sur la ligne « passé-présent-avenir ». Le droit s'établit sur cette linéarité, dans sa globalité, même si des exceptions existent. Il prend en compte les éléments passés et à venir sur le modèle de la flèche du temps, ne serait-ce que par le respect du principe de non-rétroactivité⁴⁴.

26. Le temps cyclique relève plus spécifiquement de la vision orientale du temps. Le temps cyclique « observé » correspond au temps biologique. Les saisons qui se renouvellent, le cycle de l'eau, les rotations de la terre, le soleil qui se lève et se couche, sont autant de représentations de cycles qui se reproduisent sans cesse. H. Arendt considère la vie comme « un processus qui partout épuise la durabilité, qui l'use, la fait disparaître, jusqu'à ce que la matière morte, résultante de petits cycles vitaux, retourne à l'immense cycle universel de la nature, dans lequel il n'y a ni commencement ni fin, où toutes choses se répètent dans un balancement immuable et immortel »⁴⁵. Une certaine cyclicité peut également se retrouver dans l'existence des calendriers, des rituels se reproduisant avec régularité, de répétition tendant à reconnaître un temps cyclique plutôt que linéaire. Cependant, il semble que l'on ne puisse pas vraisemblablement parler de réversibilité même dans cette cyclicité du temps

⁴¹ COMTE SPONVILLE A., *Ibid.* p. 250.

⁴² PRIGOGINE I., *La fin des certitudes, Temps, chaos et les lois de la nature*, Editions poches Odile Jacob, Paris, 2001, p. 221.

⁴³ *Ibid.*, p. 195.

⁴⁴ Cf. *Infra* Partie II, Titre I.

⁴⁵ ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Editions Calmann-Lévy, Paris, 1961, p. 109.

biologique. En effet, le soleil qui se lève aujourd'hui, n'est plus exactement le même que celui d'hier : il est plus vieux d'une journée. L'eau qui retrouve son état liquide sous forme de pluie, qui s'infiltre dans la terre, retourne à la mer et redevient nuage ne sera jamais la même. Son voyage l'aura chargée différemment, elle aura rencontré d'autres roches, se sera mélangée. L'irréversibilité existe ici dans cette différence malgré la répétition des phénomènes. Elle se caractérise dans le temps qui se sera écoulé d'un phénomène à l'autre. On se heurte ici à la différence entre l'espace et le temps. La réversibilité qui s'avère possible dans l'espace, la possibilité d'aller à un endroit et d'y revenir à notre guise, est impossible quand on y introduit la notion de temps. Revenir à l'endroit d'où l'on vient n'entraîne pas une réversion possible du temps puisque le temps se sera écoulé et qu'il ne sera donc pas le même. V. Jankélévitch résume simplement ce fait : « l'Aller et Retour dans l'espace est un aller sans retour dans le temps ». Ainsi, « revenir, c'est encore advenir »⁴⁶.

27. En parallèle des cours linéaires et cycliques du temps, il s'avère que le temps puisse revêtir plusieurs natures dans lesquelles l'irréversibilité trouve une place différente.

b) Les perceptions de l'irréversibilité dans une approche plurielle du temps

28. Les philosophes, scientifiques, juristes ont essayé de déterminer de façon certaine la nature du temps, mais les acceptions restent multiples. Le temps subjectif représente le temps « vécu », celui que notre conscience, puis notre mémoire, ont senti s'écouler. Il s'agit d'un temps personnel. Un temps dont A. Einstein refusait l'existence, ne retenant que les vérités du temps de la physique. La conscience du temps qui s'écoule, de son irréversibilité, la conscience de la dégradation, du vieillissement, du non-retour sont des manifestations de l'irréversibilité dans le cadre du temps subjectif⁴⁷. Ressentir le temps qui s'écoule, le temps vécu, nécessite que l'homme ait conscience de cet écoulement. En l'absence de conscience, le temps ne peut être ressenti et l'irréversibilité non plus. A la conscience se trouvent attachées les idées de durée et de mémoire, qui permettent la perception de l'irréversibilité du temps. La conscience est donc posée comme postulat à la perception de l'irréversibilité temporelle subjective. Le ressenti de l'irréversibilité est favorisé dans le cadre du temps subjectif, il s'agit là de son domaine de prédilection en tant que perception. H. Bergson, qui

⁴⁶ JANKELEVITCH V., *La mort, op.cit.*, p. 286.

⁴⁷ La « subjectivité » se définit comme le « caractère de ce qui appartient au sujet ; le domaine des réalités subjectives, la conscience, le moi », « le caractère de ce qui est personnel et individuel », MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Edition Armand Colin, Paris, 1980.

s'est penché plus spécifiquement sur le sujet, explique que la conscience représente une anticipation sur l'avenir. La première fonction de la conscience c'est de retenir ce qui n'est déjà plus et d'anticiper ce qui n'est pas encore. Elle joue le rôle d'un trait d'union entre passé et avenir. Le temps vécu est ainsi le seul à exister réellement, il fait prendre conscience à l'homme de la distinction : passé, présent, futur, et par là-même de l'irréversibilité. H. Bergson précise que la subjectivité du temps est liée à l'idée de « durée », et que cette même durée implique de la conscience⁴⁸. Pour M. Heidegger, le temps est l'essence du sujet, de l'être-là, du *Dasein* ; le temps assure la continuité et l'unité de la conscience dans le passage du temps. E. Lévinas préfère quant à lui parler de la durée du temps plutôt que du temps lui-même. Il considère que cela évite les erreurs de compréhension, comme celle de confondre ce qui s'écoule dans le temps et le temps lui-même⁴⁹. H. Bergson définit la conscience par son trait le plus apparent. Elle implique tout d'abord de la mémoire. Il y a « fait de mémoire dans tous les cas où le comportement de l'individu s'ordonne en fonction d'une expérience antérieurement vécue »⁵⁰. La mémoire est le plus souvent imparfaite en ce qu'elle ne garde que des fragments de passé. Cependant, la sentence est donnée, sans mémoire, pas de conscience. Ainsi, « toute conscience est donc mémoire, conservation et accumulation du passé dans le présent »⁵¹. De ce fait, la conscience du temps entraîne la conscience de l'irréversibilité. Ainsi pour pouvoir appréhender l'irréversibilité dans le temps subjectif, la conscience, puis la mémoire sont indispensables⁵².

⁴⁸ BERGSON H., *Durée et simultanéité*, Edition Quadrige, PUF, 2^e édition, 1992, p. 41. Ainsi, « il n'est pas douteux que le temps ne se confonde d'abord pour nous avec la continuité de notre vie intérieure. Qu'est-ce que cette continuité ? Celle d'un écoulement ou d'un passage, mais d'un écoulement ou d'un passage qui se suffisent à eux-mêmes, l'écoulement n'impliquant pas une chose qui coule et le passage ne présupposant pas des états par lesquels on passe : la chose et l'état ne sont que des instantanés artificiellement pris sur la transition, et cette transition, seule naturellement expérimentée, est la durée même ».

⁴⁹ LEVINAS E., *La mort et le temps*, Edition de l'Herne, Biblio Essais, 1992.

⁵⁰ MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, *op.cit.* La psychologie apporte une définition claire de la mémoire, il s'agit de « l'ensemble des fonctions qui rendent le sujet capable de prendre conscience de son passé, parmi lesquelles on distingue généralement l'enregistrement ou fixation, la conservation, le rappel ou évocation, la reconnaissance et la localisation ou chronologie des souvenirs ».

⁵¹ BERGSON H., *L'énergie spirituelle*, Editions Quadrige, PUF, 7^e édition, 2003, p. 5.

⁵² Saint Augustin parle d'un « présent de l'avenir », l'attente, et d'un « présent du passé », la mémoire. « C'est dans l'âme que le temps passe, puisque l'objet de l'attente qui fait que le futur est présent devient celui de l'attention, puis celui de la mémoire par laquelle le passé est présent dans le souvenir. Seul le présent étendu, « lesté de conscience humaine », existe comprenant le présent de l'avenir, le présent du présent et le présent du passé », CHESNEAUX J., *Habiter le temps*, Paris, Editions Bayard, 1996, p. 109 cité par SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Lyon, 2006., p. 24, à propos de Saint Augustin.

29. Dans sa critique de la raison pure, E. Kant propose une définition intéressante du temps et de notre rapport à celui-ci : « le temps ne peut pas être une détermination des phénomènes extérieurs, il n'appartient ni à une figure, ni à une position ; au contraire, il détermine les rapports des représentations dans notre état interne ». Ce « n'est qu'une condition subjective de notre (humaine) intuition, (laquelle est toujours sensible, c'est-à-dire n'intervient que dans la mesure où nous sommes affectés par des objets) et en lui-même, en dehors du sujet, il n'est rien »⁵³. Le temps et l'espace seraient donc des formes *a priori* de la sensibilité, elles précèdent toute expérience, et ainsi l'expérience ne pourra jamais nous donner un objet qui ne s'inscrit pas dans la condition du temps. E. Kant rejette ici une réalité absolue du temps qui serait attachée aux choses comme une condition ou une propriété, en dehors de notre intuition sensible. La seule réalité qui pourrait être reconnue serait celle d'une réalité empirique, ce qu'E. Kant appelle la « validité objective vis-à-vis de tous les objets qui peuvent jamais être donnés à nos sens »⁵⁴. De ce fait, il en ressort une validité objective du temps pour les objets que nous rencontrons, mais un refus d'une validité objective absolue en dehors de notre sensibilité. A ceux qui invoqueraient que le temps constitue quelque chose d'objectif, une réalité non contestable notamment par l'illustration des changements, E. Kant répond que le temps est réel en ce qu'il constitue la forme réelle de l'intuition interne. Ainsi, il possède « une réalité subjective par rapport à l'expérience intérieure, c'est-à-dire que j'ai réellement la représentation du temps et de mes déterminations avec lui. Il est donc à considérer sur le mode d'une réalité, non pas comme objet, mais comme le mode de représentation de moi-même en tant qu'objet »⁵⁵. Le temps, sans la condition particulière de la sensibilité de l'homme, n'existerait pas. Newton rejoint cette vision en considérant que « bien que le temps, l'espace, le lieu et le mouvement soient très connus de tous, on ne les conçoit communément qu'en relation avec des choses sensibles »⁵⁶. L'irréversibilité étant attachée de manière consubstantielle au temps, elle relève du sensible et de notre appréciation du temps subjectif.

30. La subjectivité a pour conséquence l'écoulement irrégulier du temps, contrairement au temps scientifique, au temps de la montre. Ce temps subjectif peut être en partie rapproché de la figure du *Kairos* « qui suggère l'opportunité, le moment adéquat, l'occasion

⁵³ KANT E., *Critique de la raison pure*, op.cit., p. 129.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 130.

⁵⁶ PASCAL, *De l'esprit géométrique*, Paris, Editions Garnier-Flammarion, 2001, cité par SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse 4 décembre 2006, Lyon 3.

propice »⁵⁷. Il induit un lien avec la durée. Selon R. Descartes le temps n'est en fait rien d'autre qu'une certaine façon dont nous pensons la durée. C'est le *Tempus fugit*, le sentiment que le temps nous échappe. A l'idée de durée se rapproche l'idée de changement.⁵⁸ La conscience du temps individuel se lie à la conscience de l'irréversibilité, au ressenti de l'irréversibilité, du temps qui passe et qui ne peut revenir. Comme le souligne A. Comte-Sponville, « que toute conscience disparaisse de l'univers, il n'y aurait plus qu'un présent sans mémoire et sans anticipation »⁵⁹.

31. Par le biais de la subjectivité, de la conscience, de la mémoire, l'homme va pouvoir ressentir l'irréversibilité de l'écoulement du temps. Le temps subjectif sera donc personnel. Chaque individu appréhendera à sa manière l'irréversibilité, en fonction des changements, des sensibilités. L'irréversibilité de sa vie se traduira plus facilement (en termes d'évidence) à travers le fait de grandir, de devenir adulte puis de vieillir. Le temps subjectif étant multiple, la saisie intellectuelle de l'irréversibilité n'en est que plus difficile. Le temps subjectif est une durée vécue, créée par la conscience. En cela cette vision diffère en tout et pour tout du temps objectif. Cela explique notamment la difficulté de prise de conscience de l'irréversibilité environnementale par l'homme. Prendre conscience de sa propre irréversibilité est difficile, prendre conscience de celle de l'environnement l'est encore plus.

32. Le temps objectif quant à lui est celui nécessaire à toute société organisée. C'est le temps des horloges, des transports, du travail. Il s'agit du cadre nécessaire à toute vie en société. C'est aussi le temps de l'histoire. Ce temps peut être accusé d'artificialité. Il est par ailleurs de plus en plus en décalage avec le temps de la nature. Le droit de l'environnement en est un exemple flagrant (procédure d'urgence, réparation des dommages et reconstruction des biens environnementaux...). Ce temps objectif est une des premières bases de la juridicisation de la société. L'irréversibilité y est présente à travers le droit mais également à travers les rapports sociétaux. Elle se retrouve dans ce temps objectif de manière plus ou moins absolue. Certaines décisions vont, du fait de leur très difficile réversibilité, devenir quasi irréversibles. Cela serait par exemple le cas pour un changement

⁵⁷ BESSIN M., *La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique*, Droit et société, 39-1998, p. 335.

⁵⁸ Pour Aristote, « le temps n'existe pas sans changement. En effet, quand nous ne subissons pas de changements dans notre pensée, ou que nous ne les apercevons pas, il ne semble pas que soit passé du temps ». La perception du temps ne se ferait qu'à travers l'expérience du changement. ARISTOTE., *Physique*, IV, 218, Paris, Editions Les Belles Lettres, 1990, p. 149.

⁵⁹ COMTE SPONVILLE A., *L'être-Temps*, op.cit., p. 250.

du calendrier actuel, ou du nombre de jours dans une année, ou plus récemment de la création de l'Union Européenne⁶⁰ et la mise en place de l'Euro. La perception de l'irréversibilité à travers le temps objectif apporte un éclairage nouveau du phénomène. Il s'agit du temps « construit », du temps nécessaire à la bonne marche d'une société un minimum organisée, le temps social. C'est le temps déterminé et mesuré selon les exigences de la société (temps de l'éducation, temps de travail, temps familial, temps libre), le temps inventé. P. Ricoeur reprend une définition d'E. Benveniste du temps chronique ou tiers. Il s'agit : « 1) de la référence de tous les événements à un événement fondateur qui définit l'axe du temps ; 2) de la possibilité de parcourir les intervalles de temps selon les deux directions opposées de l'antériorité et de la postériorité par rapport à la date zéro ; 3) de la constitution d'un répertoire d'unités servant à dénommer les intervalles récurrents : jour, mois, année etc. »⁶¹. Pour certains, il s'agirait uniquement d'une création intellectuelle de l'homme pour s'organiser. Le temps objectif n'existerait pas en tant que tel. E. Lévinas rejette d'ailleurs cette existence, « le temps mesuré, le temps de l'horloge, n'est pas authentique »⁶². Dans ce cadre, il existe un lien entre le temps et les valeurs sociales. Le temps est imbriqué dans la société et de ce fait se retrouve en relation avec les autres thématiques sociales. Ainsi, le temps se construit, se signifie. L'organisation du temps a toujours été un pouvoir. A ce propos, T. Soleilhac écrit que « le temps social est donc une institution tributaire des principaux pouvoirs, politiques, religieux ou économiques ». De ce fait, « le temps n'a pas qu'une dimension physique ou sensible, mais également une dimension sociale en tant qu'il est institué par une société »⁶³.

33. La question qui se pose à propos de cette conception temporelle est celle de la traduction de l'irréversibilité dans le temps objectif comparativement à sa traduction dans le temps subjectif. Elle s'illustre de plusieurs façons. Tout d'abord, elle se distingue d'une manière positive dans l'établissement de choix volontairement irréversibles, et ensuite d'une façon plus subtile, au sein du progrès. Le calendrier actuel peut être considéré comme une irréversibilité relative en ce qu'un retour à un calendrier antérieur ou le choix d'un autre

⁶⁰ Ce propos est bien entendu à nuancer puisque le Traité sur l'Union Européenne prévoit le retrait d'un membre. L'article 50 prévoit en effet : « tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ». La difficile réversibilité tient dans la mise en place et la perception de ce retrait par les autres états membres. Version consolidée du Traité sur l'Union Européenne, C83/13, JOUE du 30 mars 2010.

⁶¹ RICOEUR P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Editions du Seuil, Points Essais, Paris, 2000, p. 191.

⁶² LEVINAS E., *La mort et le temps*, *op.cit.*, p. 7.

⁶³ SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 39.

fonctionnement entraînerait des modifications telles que la société en serait bouleversée. Cette quasi-impossibilité de changement en fait une irréversibilité relative. Il en est de même pour les changements opérés par le progrès. La technologie instaurée par l'homme depuis des siècles a créé une telle dépendance pour lui qu'un retour délibéré à l'état initial est inenvisageable. Ensuite, l'homme peut choisir de mettre en place volontairement des irréversibilités. Le droit, la politique, l'économie, sont des domaines de prédilection de ces irréversibilités choisies. Afin de fixer le temps et les situations factuelles à un instant donné, les sociétés vont mettre en place de l'irréversibilité. Il ne s'agit plus d'un rapport individuel à l'irréversibilité traduite par la conscience de la dégradation de l'être et de l'écoulement du temps, mais bien d'un rapport collectif au temps et à son irréversibilité. C'est à travers cette notion de temps objectif que l'irréversibilité intègre principalement les réflexions juridiques.

34. L'irréversibilité est temporelle, cependant cette caractéristique, loin de simplifier la compréhension de l'irréversibilité, a pour effet d'en accentuer la complexité. Que l'on se situe dans une conception linéaire ou cyclique, qu'il s'agisse de l'irréversibilité subjective ou objective, rien ne clarifie tout à fait ce phénomène, rien ne le rend totalement transparent ou palpable. L'irréversibilité s'évertue à échapper à notre esprit. Son caractère temporel entraîne des conséquences sur l'entendement que l'on en a. Il crée un paradoxe au sein de ce concept et induit sa processualité⁶⁴.

2) Les conséquences du caractère temporel de l'irréversibilité : la complexification du concept

35. La première conséquence du caractère temporel de l'irréversibilité complexifiant le concept est le paradoxe que l'irréversibilité constitue. Il s'agit d'un concept aussi fuyant et omniprésent que le temps dans la vie de l'homme. Il oscille entre une abstraction dont il se défait difficilement, et une expérience quotidienne dont il est issu.

36. L'irréversibilité, comme le temps, crée, selon l'expression d'E. Klein, « une impression de savoir, là où il n'y a en réalité aucune espèce de savoir réel ».⁶⁵ En effet, comme nous l'avons vu, le temps est une réalité équivoque en ce qu'il constitue un élément scientifique,

⁶⁴ Cf. Infra Partie I, Titre I.

⁶⁵ KLEIN E., *Faut-il distinguer cours du temps et flèche du temps*, Conférence, École Centrale de Nantes, Cérémonie des Doctorats Honoris Causa, 26 avril 2007, p. 3.

une grandeur physique, une « création » humaine et une dimension intérieure de notre conscience. Le temps et l'irréversibilité sont présents tant dans la dimension extérieure du monde que dans l'intériorité de notre pensée. L'irréversibilité est imprégnée de la complexité du temps, comme un héritage que l'on ne peut refuser. De ce caractère temporel découlent plusieurs images de l'irréversibilité. Tout d'abord, une réalité objective, celle d'un temps qui s'écoule et qui ne revient pas, que l'on ne retrouve pas. A cette réalité objective s'ajoute la perception subjective que chaque individu a de cet écoulement, perception parfois fortement consciente et douloureuse, et parfois tendant à une négation de l'irréversibilité. Ce paradoxe qui anime l'irréversibilité en fait toute sa complexité. Ainsi, l'irréversibilité est à la fois une abstraction difficilement saisissable (a), et à la fois un élément premier de la vie quotidienne de l'homme, en tant qu'expérience non contestable (b).

a) L'abstraction de l'irréversibilité

37. Il semble qu'il soit difficile de choisir entre « irréversibilité-abstraction » et « irréversibilité-réalité » déduite de l'expérience. L'irréversibilité oscille entre abstrait et concret.

38. Deux conceptions de l'abstraction peuvent être retenues. Dans le cadre premier d'une vulgarisation du terme, il s'agit de ce qui est difficile à comprendre par le manque de représentation du monde sensible, qui est le fait des sens. L'irréversibilité est une réalité de la vie de l'homme, comment dès lors pourrait-elle constituer une abstraction, quelque chose en dehors de la réalité ? Le paradoxe se situe là. L'irréversibilité est abstraite en ce sens qu'elle représente tout à la fois un élément concret de la vie quotidienne de l'homme, tout en y étant relativement absente. L'irréversibilité souffre de l'abstraction du temps. Heidegger considère que la « consubstantion » entre être humain et temps rend impropre le temps à une saisie conceptuelle. L'esprit humain a du mal à matérialiser concrètement l'irréversibilité. A travers les aiguilles de la montre, l'irréversibilité s'illustre mais la prise de conscience et la saisie du concept s'avèrent beaucoup plus ardues. Elle fait partie de nous, elle est partout autour de nous, mais sa réalité, le plus souvent, nous échappe. Dans un cadre philosophique, une abstraction est une « opération de l'esprit qui isole, pour la considérer à part, un élément d'une représentation qui n'est pas ni ne peut être donné

séparément dans la réalité »⁶⁶. Par extension, il s'agit de quelque chose qui n'existe que sous forme d'idée, en opposition à une représentation concrète, à une réalité vécue. L'abstraction permet alors d'extraire l'irréversibilité du réel afin d'en faire un concept. Cette abstraction entraîne la compréhension humaine de l'irréversibilité à travers notamment une réflexion sur sa réalité et permet d'en tirer un sujet d'étude. L'irréversibilité constitue de ce fait une abstraction dans les deux sens du terme. Parallèlement à cette abstraction, l'expérience apporte certaines réponses.

b) L'absence d'une conception unique de l'irréversibilité empirique

39. L'expérience de l'irréversibilité ne se limite pas à une seule approche. Deux directions afférentes à l'expérience de l'irréversibilité semblent intéressantes. La première concerne l'étude de l'irréversibilité comme phénomène⁶⁷. Ainsi, comme le préconisait Husserl, il s'agit de revenir « aux choses mêmes » telles qu'elles se présentent à la conscience, donc revenir à l'irréversibilité. La seconde concerne le questionnement sur la nature même de l'irréversibilité en tant que connaissance.

40. La phénoménologie constitue une approche de la philosophie qui commence par l'exploration des phénomènes, c'est-à-dire, ce qui se présente consciemment à nous, afin de saisir la logique, l'esprit absolu de ce qui est derrière les phénomènes. Il s'agit de la science des phénomènes, c'est-à-dire la science des vécus en opposition aux objets du monde extérieur. Elle prend pour point de départ l'expérience en tant qu'intuition sensible des phénomènes afin d'essayer d'en extraire les dispositions essentielles.

Parler d'une phénoménologie de l'irréversibilité signifierait tout d'abord considérer l'irréversibilité comme un phénomène. Le phénomène consiste en ce qui se « manifeste soit aux sens, soit à la conscience »⁶⁸, ce qui se donne à notre conscience pour reprendre la vision de Hegel, ou les « vécus » selon l'expression de Husserl. Pour Kant, il s'agit « d'un composé de ce que nous recevons par des impressions et de ce que notre propre faculté de

⁶⁶ MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Editions Armand Colin, Paris, 1980.

⁶⁷ La phénoménologie peut être définie de façon générale comme « l'étude descriptive d'un phénomène ou d'un ensemble de phénomènes tels qu'ils sont donnés dans l'expérience », MORFAUX L.-M., *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

connaître tire d'elle-même »⁶⁹. Malgré des différences de définition du mot « phénomène », il est possible de retirer de ces conceptions philosophiques, qu'un phénomène est ce qui se présente à notre conscience.

41. L'irréversibilité est une chose réelle, objective qui s'impose à l'esprit de l'homme. Il tire cette connaissance de l'irréversibilité à travers la connaissance *a priori* que constitue le temps et ses composantes, mais également à travers l'expérience sensible, les impressions. Une phénoménologie de l'irréversibilité permettrait d'apporter des précisions quant au concept. Décrire ce phénomène reste simple, c'est l'incapacité d'inverser le cours du temps, de revenir à l'état initial. La difficulté intervient lorsqu'il convient d'analyser la manière dont ce phénomène se donne à l'expérience, la façon dont les sens, la conscience, acceptent, reçoivent l'irréversibilité et ce qu'ils en tirent. L'irréversibilité se donne à la conscience par l'impossibilité de retour, les jours qui passent, le corps qui se dégrade, la réduction des choix. Autant de réalités qui sont difficiles à unifier et à rassembler. Les prises de conscience sont nombreuses mais ne facilitent pas une compréhension claire de l'irréversibilité. Les facettes multiples de l'irréversibilité ont donc pour conséquences une incertitude, un flou, quant à la perception et au dégagement de l'irréversibilité par le biais de l'expérience. La connaissance qui en ressort ne peut qu'être nébuleuse⁷⁰.

42. La connaissance empirique se conçoit par le biais de l'expérience quotidienne. Kant énonce que « l'expérience est une connaissance empirique, c'est-à-dire une connaissance

⁶⁹ Kant différencie la matière du phénomène, la sensation du phénomène et la forme qui constitue l'ordonnement selon certains rapports du phénomène. La forme comprend les intuitions pures de l'espace et du temps et les concepts de l'entendement. Tout objet de connaissance ne peut être donné à l'homme que par le moyen de cette forme. Cette connaissance à travers le phénomène est selon lui réelle et objective. KANT E., *Critique de la raison pure*, *op.cit.* Pour Hume dans son *Traité de la nature humaine*, la subjectivité est plus présente dans l'appréhension du phénomène. Ainsi, ils se ramènent, soit aux impressions reçues de l'expérience, soit aux idées qui sont les images dans nos pensées et raisonnements. MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, *op.cit.* Cette méthode d'étude qu'est la phénoménologie permet par prolongement de mettre en œuvre une critique de la connaissance. Husserl développe ainsi que « la méthode de la critique de la connaissance est la méthode phénoménologique, la phénoménologie est la doctrine générale de l'essence, où la science de l'essence de la connaissance a sa place », HUSSERL E., *L'idée de la phénoménologie, Cinq leçons*, Editions PUF, 4^e édition, 1990, p. 104.

⁷⁰ E. Kant ajoute une interrogation dans la relation irréversibilité-expérience. Il instaure une catégorie dans sa classification des connaissances : les connaissances *a priori*, antérieures à toute expérience. Dans une acception générale, en opposition à l'affectivité, la connaissance constitue un savoir. Le questionnement principal résulte de l'opposition entre connaissance empirique, découlant de l'expérience et connaissance *a priori*, antérieure à toute forme d'expérience. La question se pose à propos de l'irréversibilité et de la forme de connaissance qu'elle revêt, KANT E., *op.cit.*, p. 249.

qui détermine un objet par des perceptions »⁷¹. Pour certains philosophes, l'expérience constitue la source unique de connaissance. Locke, par exemple, place la source de nos connaissances dans l'expérience sensible⁷². Si l'on rejoint les philosophes empiristes, la seule façon de comprendre et de ressentir l'irréversibilité, serait à travers l'expérience quotidienne. Prendre conscience, se rendre compte qu'hier n'est plus accessible, que l'évolution, la dégradation de notre corps ne peuvent s'inverser, sont autant de sources de connaissance de l'irréversibilité. C'est dans l'impuissance de l'homme à inverser le cours du temps, qu'il prend conscience de l'irréversibilité. Elle se traduit par l'impossibilité de revivre les événements, sauf à travers la mémoire, les souvenirs, et de façon relative. La dégradation des biens environnementaux permet également cette prise de conscience.

43. Chez Kant, l'expérience comme unique source de connaissance est à nuancer. En effet, il soutient qu'il existe certaines connaissances chez l'homme qui ne découlent pas de l'expérience, mais qui lui seraient données *a priori*. L'irréversibilité doit-elle être considérée comme une connaissance empirique ou « pure » selon l'expression de Kant⁷³ ? Kant considère que l'homme est en possession de certaines connaissances *a priori*. Il s'agit de connaissances que l'on possède sans savoir d'où elles proviennent, et « sur le crédit de principes fondamentaux dont on ne connaît pas l'origine »⁷⁴. Ces connaissances pures sont régies par la « nécessité » et « la rigoureuse universalité ». Pour Kant, le temps constitue une « connaissance pure » exempte de toute expérience. « Le temps n'est pas un concept empirique qui ait été retiré d'une quelconque expérience »⁷⁵. C'est une représentation nécessaire, un fondement pour les intuitions, il est de ce fait donné *a priori*. Le temps constitue une forme pure de l'intuition sensible, il n'est pas issu d'un concept universel. De cette connaissance pure qu'est le temps, découlent des principes apodictiques : le temps n'a

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² LOCKE J., *Essai sur l'entendement humain*, II, XIV, 19, Paris, Editions Vrin, 1972.

⁷³ Dans son essai de distinction entre connaissance empirique et connaissance pure, Kant écrit : « que toute notre connaissance commence avec l'expérience, il n'y a là aucun doute ; car par quoi le pouvoir de connaître devrait-il être éveillé et mis en exercice, si cela ne se produisait pas par l'intermédiaire d'objets qui affectent nos sens et qui, pour une part, produisent d'eux-mêmes des représentations, tandis que, pour une autre part, ils mettent en mouvement l'activité de notre entendement pour comparer ces représentations, les relier ou les séparer et élaborer ainsi la matière brute des impressions sensibles en une connaissance des objets, qui s'appelle expérience ? En ce sens, d'un point de vue chronologique, nulle connaissance ne précède en nous l'expérience et c'est avec celle-ci que toute connaissance commence ». Il s'agit là de la définition des connaissances empiriques, ou *a posteriori*. La question sous-jacente à cet énoncé est l'existence ou la non-existence de connaissance *a priori*, qui seraient indépendantes de toute expérience. KANT E., *Critique de la raison pure*, *op.cit.*, p. 91.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 126.

qu'une dimension, différents temps seront successifs et non simultanés. Ainsi, il sera possible de faire l'expérience du temps et de ces principes, mais elle n'interviendra qu'après ce temps donné *a priori*. Cette conception s'explique par le fait que l'expérience n'apporterait pas une universalité rigoureuse concernant cette connaissance du temps et de ces principes. Ainsi, l'expérience permettrait de dire « tel est ce qu'enseigne la perception commune » et non pas « tel est ce qui nécessairement doit être »⁷⁶. La successivité du temps étant considérée comme un principe apodictique du temps, l'irréversibilité ne devrait-elle pas subir le même sort ? L'irréversibilité du temps précéderait alors toute expérience qui pourrait en être faite. Cependant, Kant précise et limite cette antériorité cognitive du temps à travers le changement, le mouvement. Ils énoncent que ces deux idées supposent quelque chose d'empirique, une perception du mobile et de ce qui change. En effet, ce n'est pas le temps qui change, mais quelque chose qui est dans le temps. A quel niveau convient-il de placer l'irréversibilité ? Dans la trame même du temps ou dans ses déclinaisons ? En reprenant l'acception première de l'irréversibilité, on retient qu'elle constitue un caractère du temps. Dès lors ne serait-ce pas le temps lui-même qui revêt ce caractère irréversible, et non pas quelque chose dans le temps qui est irréversible ? De cette analyse, il est possible de considérer que l'irréversibilité peut être prise comme une connaissance pure, antérieure à toute expérience. Cette vision kantienne du temps, et son élargissement vers l'irréversibilité, doit être relativisée, et ne pas être entendue de manière universelle. Elle permet de soulever une question importante, qui est celle de la nature de la connaissance que constitue l'irréversibilité, mais pas d'y répondre de façon certaine. Il se dégage de cette analyse que l'irréversibilité représente quelque chose de tellement fondamental dans la vie de l'homme qu'elle pourrait constituer une connaissance *a priori* de toute expérience.

44. Que l'expérience de l'irréversibilité, ou la connaissance que l'homme peut en avoir, ne résolvent pas son abstraction, cela est inéluctable. Il est possible tout au moins de comprendre que l'irréversibilité se situe entre connaissance empirique et connaissance *a priori*, sans pouvoir en tirer une conclusion certaine. Ainsi, le caractère temporel de l'irréversibilité, induit des conséquences qui compliquent son appréhension générale et ajoute à l'irréversibilité de nouvelles opacités.

45. Une tentative d'appréhension de l'irréversibilité dans le domaine juridique ne peut se passer d'une définition scientifique du phénomène, ne serait-ce que parce que certaines

⁷⁶ *Ibidem.*

branches du droit sont de plus en plus empreintes de sciences dures à l'instar du droit de l'environnement.

II. La définition scientifique de l'irréversibilité

46. Le domaine où l'irréversibilité est finalement la plus traitée et la plus identifiée reste celui de la science. En effet, l'irréversibilité fait l'objet de nombreuses études notamment en physique dans le cadre de l'étude de la science du temps et de la thermodynamique et plus particulièrement le phénomène de l'entropie. On voit apparaître le mot « irréversibilité » dans la définition même de l'entropie. On retrouve l'abstraction de l'irréversibilité en science en ce sens qu'elle n'est jamais déduite mais toujours postulée⁷⁷, qu'il ne s'agit pas d'un état ou d'une chose fixée qu'il serait possible de déduire de la réflexion scientifique.

47. La science ne donne pas de définition précise du temps. Son appréhension passe par son utilisation comme outil pour décrire notamment l'évolution d'une chose, ou par le biais d'une recherche de sa signification, de sa représentation. Les propriétés du temps en science résident dans son orientation, c'est-à-dire son irréversibilité, son écoulement à travers sa continuité ou/et sa causalité totalement ordonnée. Le temps se présente donc sous forme d'une ligne droite orientée, la figure du cercle étant rejetée pour anti-causalité. Au XVIe siècle, Galilée est le premier à introduire le temps comme « dimension physique afin d'ordonner et de relier mathématiquement ses mesures du mouvement des objets »⁷⁸. Au XVIIe siècle, Newton définit le temps avec ses lois de la mécanique. Il va déterminer le mouvement des corps dans l'espace en précisant leurs positions et leurs vitesses à des instants successifs et construit donc un temps instantané, « condition de la mathématisation de la mécanique »⁷⁹. Newton et Aristote considéraient le temps comme unique, absolu et universel qui existe par lui-même. Avec A. Einstein apparaît une nouvelle conception, celle du temps relatif et malléable qui peut ralentir ou accélérer selon le mouvement de l'observateur ou l'intensité du champ de gravité dans lequel il se trouve. La théorie de la relativité restreinte d'Einstein apporte des réponses aux lacunes des conceptions philosophiques. Il unit le temps et l'espace, comme élastiques et complémentaires. Dans sa théorie générale, il énonce que le temps est ralenti par la vitesse mais également par la

⁷⁷ COSTA DE BEAUREGARD O., *Le second principe de la science du temps, Entropie, Information, irréversibilité*, Editions du Seuil, Paris, 1963.

⁷⁸ SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement, op.cit.*, p. 15.

⁷⁹ *Ibidem*.

gravité. Cette conception scientifique du temps dénie tout découpage, passé, présent et futur. Einstein considérait que « pour nous autres physiciens convaincus, la distinction entre passé, présent et futur n'est qu'une illusion, même si elle est tenace »⁸⁰.

48. Ainsi, la science et plus précisément la physique ont créé un concept de temps. Il a été pensé au départ comme un cadre naturel dans lequel les phénomènes se produisent, au même titre que l'espace. Au fur et à mesure, il s'est construit pour les nécessités de la physique. Plus tard, avec la théorie de la relativité, la cosmologie et la thermodynamique, le concept a fait face à un renversement où le temps n'est plus le contenant ou la forme des phénomènes, indépendant de cesdits phénomènes. Il s'agit au contraire de comprendre que ce sont ces phénomènes physiques qui définissent et déterminent le temps⁸¹.

49. Pendant un temps, la flèche du temps a été reléguée à la simple représentation du temps par l'homme. Depuis l'émergence de la physique des processus de non-équilibre, cette flèche et par là-même l'irréversibilité, ont retrouvé une place non contestable. Cette physique spécifique qui étudie les processus dissipatifs, caractérisés par un temps unidirectionnel, donne une nouvelle signification à l'irréversibilité⁸². Auparavant, la flèche du temps était associée à des processus simples comme la diffusion, le frottement ; l'irréversibilité constitue aujourd'hui la base de phénomènes nouveaux tels que « les tourbillons, les oscillations chimiques ou le rayonnement laser »⁸³. I. Prigogine explique la nouvelle importance de l'irréversibilité, par le fait que ce n'est pas l'homme qui crée la flèche du temps, mais bien elle qui nous engendre⁸⁴.

50. L'irréversibilité se retrouve donc constatée par le biais des lois de la thermodynamique, et plus précisément à travers le concept de l'entropie (A). La science n'est pas toujours unanime en ce qui concerne l'irréversibilité. En effet, entre le principe de causalité qui induit cette irréversibilité et la vision microscopique des choses qui accepte la réversibilité,

⁸⁰ *Correspondance Albert Einstein-Michèle Besso 1903-1955*, Paris, Editions Hermann, 1972, cité par PRIGOGINE I., *La fin des certitudes*, *op.cit.*, p. 196.

⁸¹ PATY M., *Sur l'histoire du problème du temps, le temps physique et les phénomènes*, in KLEIN E. et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, 1996, p. 22

⁸² PRIGOGINE I., *op.cit.*, p. 12.

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*, « sans la cohérence des processus irréversibles de non-équilibre, l'apparition de la vie sur terre serait inconcevable. La thèse selon laquelle la flèche du temps est seulement phénoménologique devient absurde. Ce n'est pas nous qui engendrons la flèche du temps. Bien au contraire, nous sommes ses enfants ».

l'irréversibilité a parfois du mal à se déterminer. Une partie des scientifiques se prononce pour une inexistence du temps pour lui-même. Nier le temps revient alors à nier l'irréversibilité (B). Enfin, certaines définitions de l'irréversibilité, originellement purement scientifiques, sont transposables en sciences humaines, et plus particulièrement en droit, et apportent des éléments de définitions intéressants (C).

A) Le constat de l'irréversibilité à travers les lois de la thermodynamique

51. Le « concept d'irréversibilité » est intimement lié au second principe de la thermodynamique et à l'entropie positive. Les lois de la thermodynamique sont une « branche de la physique qui étudie tous les phénomènes dans lesquels interviennent les échanges thermiques »⁸⁵. Une définition plus explicite peut être retenue : « cette discipline constate que les transformations qui se produisent spontanément dans une structure matérielle isolée s'accompagnent d'une dégradation de la qualité de l'énergie qu'elle contient. Peu à peu, les formes d'énergie noble se transforment en énergie de moindre qualité jusqu'au terme où ne subsiste plus que cette forme inférieure d'énergie qu'est la chaleur. Ce constat, connu comme le « second principe de la thermodynamique » ou *théorème de Carnot*, est décrit en affirmant que l'entropie d'une structure, c'est-à-dire son niveau de désorganisation, ne peut que croître »⁸⁶.

52. Le concept d'entropie, introduit par R. Clausius en 1865, peut se définir plus précisément comme une « fonction définissant l'état de désordre d'un système, croissante lorsque celle-ci évolue vers un autre état de désordre accru, l'entropie augmente lors d'une transformation irréversible ». C'est une dégradation de l'énergie liée à une augmentation de cette entropie⁸⁷. T. Soleilhac explique le lien existant entre la flèche du temps, l'irréversibilité et la thermodynamique. Il existe « une flèche thermodynamique qui ne va que dans une seule direction fondée sur la seconde loi de la thermodynamique selon laquelle l'énergie se dissipe irrémédiablement, conséquence de l'entropie qui est une mesure de désordre de l'univers, un indicateur du sens de son évolution. L'entropie ne peut qu'augmenter jusqu'à un maximum qui est l'état d'équilibre et sa croissance dans le temps

⁸⁵ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

⁸⁶ JACQUARD A., *De l'angoisse à l'espoir, leçon d'écologie humaine*, Edition établie par Cristina Spinedi, Editions Calmann-lévy, 2002, p. 65.

⁸⁷ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

mesure le degré d'irréversibilité d'un processus »⁸⁸. M. Intzessiloglou précise qu'en fait, c'est l'irréversibilité des événements physiques qui fait que l'entropie est « la flèche du temps » et que dans un univers où les processus seraient complètement réversibles, c'est-à-dire dans un univers sans entropie, « il n'y aurait aucune différence entre passé et futur »⁸⁹. L'irréversibilité en science donne une signification à la notion de temps, passé, présent et futur, par l'intermédiaire du phénomène de l'entropie. L'idée est exprimée similairement en d'autres termes : « les concepts d'irréversibilité et de projectivité expriment en fait les relations existant entre les trois dimensions du temps : entre un passé qui se déverse dans le présent sans pouvoir s'y reproduire que d'une manière improbable et spatio-temporellement limitée, c'est-à-dire par exception localisée, à savoir, limitée dans l'espace et dans le temps, et un état futur qui anime le présent surtout au moyen de processus finalisant tournés vers le futur et préoccupés de l'invention de celui-ci »⁹⁰.

53. Finalement, il pourrait y avoir transformation réversible dans un système fermé qui serait à même de revenir à son état initial. Cependant, cela n'existe qu'idéalement puisqu'il y a toujours des pertes d'énergie, par exemple pour cause de frottement. Cette perte d'énergie induit l'irréversibilité. La thermodynamique et la loi de l'entropie reconnaissent de ce fait l'irréversibilité, et lui accordent une place importante. D'autres disciplines de la physique sont plus réservées quant à une acceptation absolue de l'irréversibilité.

B) La réversibilité microscopique et le principe de causalité, entre postulat et réfutation de l'irréversibilité

54. L'irréversibilité est postulée en science notamment du fait du principe de causalité. La plupart des branches de la science ont décidé de choisir le temps linéaire comme base de réflexion en raison de ce principe de causalité. « La succession irréversible des phénomènes et des événements, imposée par l'observation et la raison, s'appelle la causalité »⁹¹. Le principe de causalité se caractérise comme une méthode de rangement des événements qui

⁸⁸ SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 22.

⁸⁹ INTZESSILOGLOU N., *Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert*, in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles 1998, p. 285.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ LUMINET J-P., *Matière, Espace, Temps*, in KLEIN E. et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, 1996, p. 76.

permet de les ordonner chronologiquement. Il induit le fait que la cause d'un phénomène est nécessairement antérieure au phénomène lui-même. C'est un ordre « obligatoire et absolu »⁹² qui interdit les retours en arrière et tout voyage dans le temps. L'irréversibilité s'inscrit de manière absolue dans ce principe de causalité. Une des conséquences du principe de causalité est que notre place dans le temps n'est pas libre : il est impossible de la modifier. Ce principe de causalité se retrouve en science humaine et notamment en droit. La chronologie imposée par le principe de causalité est celle d'une vie en société organisée. La réflexion juridique est basée sur cette chronologie causes-conséquences. En droit civil par exemple la causalité est le « lien de cause à effet entre la faute d'une personne ou le rôle d'une chose et le préjudice subi par un tiers »⁹³.

55. En opposition à ce principe de causalité, d'autres domaines de la physique reconnaissent la réversibilité. La réversibilité est le « caractère de ce qui peut se produire en sens inverse, du latin *reversus* qui signifie retourné »⁹⁴. Ainsi une action ayant entraîné des conséquences quelles qu'elles soient, peut s'avérer réversible si un retour à l'état initial est possible. Une réversibilité absolue d'une action paraît difficile à mettre en œuvre. En effet, comme le relève la définition philosophique de l'irréversibilité, une action existe en tant que telle. Ainsi même s'il est possible de retrouver un état initial, l'action aura eu lieu et les conséquences auront existé. Une réversibilité absolue nécessiterait un monde sans passé ni futur, le temps qui passe étant à lui seul un obstacle incontournable à la réversibilité. En droit, la réversibilité se traduit principalement à travers la notion de rétroactivité.

56. Par ailleurs, la réversibilité dans sa dimension mathématique et économique peut se définir ainsi : « un système sera dit réversible si toute transformation opérée dans l'espace de ses états peut être annulée par la réitération de cette transformation »⁹⁵. De ce fait, « la dynamique d'un système physique est réversible si les équations qui la caractérisent sont invariantes par rapport au signe algébrique du temps. Ce système, soumis à une force ou à une perturbation symétrique de celle qui a engendré le déplacement initial, continue à être régi par les mêmes équations »⁹⁶. Il est cependant possible de considérer la réversibilité

⁹² KLEIN E., *Le temps et les choses*, in *Figure du temps*, Editions Parenthèse, 2003.

⁹³ Lexique de termes juridiques, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

⁹⁴ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

⁹⁵ BOYER R., GODARD O., CHAVANCE B., « *La dialectique réversibilité-irréversibilité* » in « *Les figures de l'irréversibilité en économie* », Editions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris, 1991, p. 21.

⁹⁶ *Ibidem*.

dans un sens moins absolu. Le caractère irréversible ou réversible d'une action est également fonction de la société de laquelle elle est issue. Messieurs Godard, Boyer et Chavance retiennent que « la réversibilité ne se réduit pas à une réversion effective. Elle définit une capacité, une potentialité associée à une transformation ; elle se conçoit dans le rapport d'une réalité avec un ensemble de possibles compatibles avec elle et dont l'appréciation préalable constitue une pré-condition et le véritable enjeu ». Pareillement, en revenant à une définition scientifique, A. Verbruggen propose de concevoir la réversibilité comme « the ability to maintain and to restore the functional performance of a system »⁹⁷. Le scientifique considère que cette définition, notamment avec l'idée de maintien et de restauration, fait le lien avec la notion de capacité de résilience de l'environnement⁹⁸.

57. La difficulté réside dans la détermination de cette réversibilité. En effet, « il y a là une difficulté sérieuse quant à l'analyse de la réversibilité car seules les situations expérimentales contrôlées permettent de vérifier rigoureusement les potentialités d'un système »⁹⁹. Dans le champ des sciences sociales, et en particulier s'agissant de phénomènes de société comme « les institutions ou les modes de développement, on ne peut faire mieux qu'en appeler aux ersatz que procurent la modélisation, l'analyse comparative et l'analyse historique »¹⁰⁰. Le plus souvent dans un même choix, effets réversibles et irréversibles se mélangent, ainsi des décisions économiques réversibles vont entraîner des irréversibilités écologiques et inversement l'aménagement de réversibilités écologiques induit des irréversibilités économiques.

58. Accepter la réversibilité en science revient à nier, tout du moins partiellement, l'irréversibilité des phénomènes. La question posée est celle de la flèche du temps. Est-il possible qu'en science, cette flèche du temps, habituellement tournée vers le futur, puisse être inversée ? La réponse est multiple. Au niveau macroscopique, c'est-à-dire visible à l'œil nu, la flèche du temps orientée vers l'avenir telle que nous la connaissons est présente sans contestation possible. Elle va du passé vers le futur sans pouvoir être renversée. Dans son ouvrage sur le second principe de la thermodynamique, O. Costa de Beauregard énonce que si la physique tolère « un temps réversible, l'observateur, qui a besoin d'agir pour

⁹⁷ VERBRUGGEN A., *Revocability and reversibility in societal decision-making*, Ecological economics, Elsevier, 17 novembre 2012.

⁹⁸ Cf. Infra, Partie I, Titre I.

⁹⁹ BOYER R., GODARD O., CHAVANCE B., « *La dialectique réversibilité-irréversibilité* », *Préc.*, p. 22.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

survivre, ne peut supporter que le temps orienté »¹⁰¹. Avec les lois de la thermodynamique, on écarte une vision idéalisée issue de la mécanique classique, galiléenne puis newtonienne, et empreinte de philosophie, où la réversibilité est possible et où règne l'utopie de l'éternité et de l'éternel retour. L'irréversibilité retrouve sa place en physique, notamment avec l'introduction du concept d'entropie. Certains physiciens restent cependant persuadés qu'il n'existe pas de flèche du temps mais que le niveau macroscopique crée l'illusion qu'il y en a une. Au niveau microscopique, la réversibilité est envisageable, les lois du mouvement sont réversibles, c'est-à-dire invariantes par renversement du temps. Selon les découvertes de L. Boltzmann¹⁰², l'irréversibilité du temps serait due à la méconnaissance des détails fins du niveau microscopique. Ainsi, le temps semble acquérir une flèche lors du passage des lois microscopiques aux lois macroscopiques en raison du changement d'échelle. Il est possible de considérer que les deux caractères réversible et irréversible du temps coexistent mais à des niveaux différents d'observation du réel. La réversibilité des processus dynamiques soumis aux lois de la mécanique est envisageable au niveau microscopique mais l'irréversibilité reste présente pour les systèmes macroscopiques. I. Prigogine retient que « la flèche du temps existe mais que le niveau microscopique crée l'illusion de son absence »¹⁰³. Il s'agit là de la conception inversée de la flèche du temps de Boltzmann. E. Meyerson résume simplement l'idée de réversibilité en science : « la science démontre (...) qu'il n'est pas possible d'éliminer le temps, attendu que cette élimination aurait pour condition préalable la réversibilité et que la réversibilité n'existe nulle part dans la nature. Le phénomène réversible est purement idéal, ce n'est qu'un cas limité des phénomènes réels, tous irréversibles au fond »¹⁰⁴.

59. En dehors de l'acceptation d'une éventuelle réversibilité par certaines branches de la physique, une autre appréhension de l'irréversibilité peut être envisagée par la science. Elle concerne le débat scientifique sur l'existence ou l'inexistence du temps. Pour certains scientifiques, comme pour A. Einstein, le temps pour lui-même, le temps vécu n'existerait pas. Quelle est la place de l'irréversibilité dans une réflexion libre de temps ? J-P Luminet explique cette étrange relation qui existe entre le temps et la physique : « la physique

¹⁰¹ COSTA DE BEAUREGARD O., *Le second principe de la thermodynamique*, Editions du Seuil, Paris, 1963.

¹⁰² Cf. Notamment, L LEBOWITZ J., *Boltzmann's entropy and time's arrow*, Physics today, American Institute of Physics, 1993.

¹⁰³ PRIGOGINE I., STENGERS I., *Entre le temps et l'éternité*, Editions Flammarion, Paris, 2009, p. 119, cité par SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 22.

¹⁰⁴ MEYERSON E., in *Dictionnaire de la langue philosophique*, *Préc.*

cherche, sans se l'avouer vraiment, à éliminer le temps. Car le temps, c'est le changeant, le variable, tandis que la physique prétend à l'immuable, à l'invariant : son but est, somme toute, d'extraire des lois (scientifiques et non juridiques) éternelles, c'est-à-dire affranchies du temps, à partir de phénomènes passagers »¹⁰⁵. La suppression du temps en physique pourrait constituer une facilité afin de permettre des calculs autrement impossibles. Affranchir l'homme du temps, c'est l'affranchir de l'irréversibilité. Si le temps ne s'écoule pas, les instants irréversibles ne se succèdent pas. Mais comment justifier le devenir, le vieillissement puis la mort sans irréversibilité ? Si le temps vécu n'existe pas comment expliquer la nostalgie, les souvenirs, la conscience de sa propre dégradation ? I. Prigogine soutient que les sciences, et plus précisément la physique, ont eu tort de nier le temps au motif que toutes les équations fondamentales de la physique sont réversibles en temps¹⁰⁶. E. Klein nuance cette vision¹⁰⁷ en se demandant si les équations réversibles en temps constituent réellement des négations de l'existence même du temps. L'acceptation de la réversibilité ne reviendrait donc pas à nier le temps. Cette dernière thèse paraît difficilement soutenable puisque matériellement, il est impossible à l'homme de remonter le temps. V. Jankélévitch s'oppose d'ailleurs à cette vision négativiste du temps et nous rappelle que « dans le temps tout est permis ; mais le temps lui-même, le temps vide est inexterminable »¹⁰⁸.

60. Afin de compléter la définition scientifique de l'irréversibilité, il convient d'étudier, de manière succincte, deux notions scientifiques inhérentes au phénomène d'irréversibilité qui apportent un éclairage intéressant du point de vue des sciences humaines.

C) L'inertie et la flexibilité dans la définition de l'irréversibilité

61. Partant du fait que l'irréversibilité « absolue » est de l'ordre de l'idéalisation, il est possible de nuancer sa définition et de considérer qu'il existe de l'irréversibilité dans certains phénomènes comme ceux d'inertie et de flexibilité. Ces phénomènes « sont des propriétés qui décrivent une capacité que possède quelque chose à évoluer »¹⁰⁹.

¹⁰⁵ LUMINET J-P., *Matière, Espace, Temps, Préc.*, p. 59.

¹⁰⁶ PRIGOGINE I., *La fin des certitudes*, Editions Poches Odile Jacob, 2001.

¹⁰⁷ KLEIN E., *Faut-il distinguer cours du temps et flèche du temps*, Conférence, École Centrale de Nantes, Cérémonie des Doctorats Honoris Causa, 26 avril 2007, p. 2.

¹⁰⁸ JANKÉLÉVITCH V., *La mort, op.cit.*, p. 297.

¹⁰⁹ HA DUONG M., *Comment tenir compte de l'irréversibilité dans l'évaluation intégrée du changement climatique ?* Thèse de doctorat de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1998, p. 15.

62. L'inertie peut être définie scientifiquement (science de la mécanique) comme la « propriété qu'ont les corps, la matière, de ne pouvoir par eux-mêmes, changer l'état de repos ou de mouvement dans lequel ils se trouvent ». En sciences humaines, l'inertie correspond à l'« absence de réaction et d'initiative, état d'immobilisme »¹¹⁰. Ha Duong M. explique de manière ludique en quoi l'inertie est susceptible de constituer de l'irréversibilité. Il retient que « la difficulté de faire changer un système peut s'appeler son inertie, par analogie avec le concept physique ». Ainsi, « un objet doué d'une grande inertie, comme une machine à laver, nécessite une grande force pour le retourner ou le déplacer. Les changements de position qu'il pourrait subir seront donc plus irréversibles, et on ne s'amuse pas à déplacer son lave-linge tous les jours ». *A contrario*, « un objet de faible inertie qui a été déplacé, comme un vase, peut être replacé facilement dans sa position de départ »¹¹¹. Cet état d'immobilisme accepté en tant qu'irréversibilité est tout à fait transposable en sciences humaines, qu'il s'agisse d'inertie politique ou juridique. La problématique des changements climatiques illustrent parfaitement cette inertie. C'est dans la difficulté d'évolution que l'inertie est une notion assimilable à de l'irréversibilité.

63. La flexibilité quant à elle peut être définie comme le caractère de ce « qui est accessible à des influences diverses, capable de se modifier et de s'adapter »¹¹². A l'inverse de l'inertie, la flexibilité traduit de la réversibilité. Ainsi, « après un choix irréversible, la situation n'est pas flexible du tout. Une action difficile à défaire est dite peu flexible, et au contraire une action qui n'engage à rien préserve la flexibilité. Remarquons que plus de flexibilité c'est moins d'irréversibilité, les notions vont en sens contraire l'une de l'autre »¹¹³. Il convient de préciser que l'exact contraire de la flexibilité est la rigidité mais que l'inertie est préférée car elle induit l'idée de mouvement. L'idée de flexibilité en sciences humaines ramène indubitablement à l'idée de choix : forte flexibilité des choix/faible irréversibilité de ces derniers et inversement. Cette idée reste primordiale dans les problématiques juridiques environnementales.

¹¹⁰ CNRTL, *Inertie*.

¹¹¹ HA DUONG M., *op.cit.*

¹¹² CNRTL, *Flexible*.

¹¹³ HA DUONG M., *op.cit.*

Ces deux notions ne traduisent pas de manière absolue de l'irréversibilité ou de la réversibilité mais elles en constituent une manifestation relative et trouvent en politique et en droit un écho direct.

64. Le phénomène d'irréversibilité étant scientifique avant tout, occupe néanmoins une place importante et délicate dans la matière juridique et ce d'une double manière.

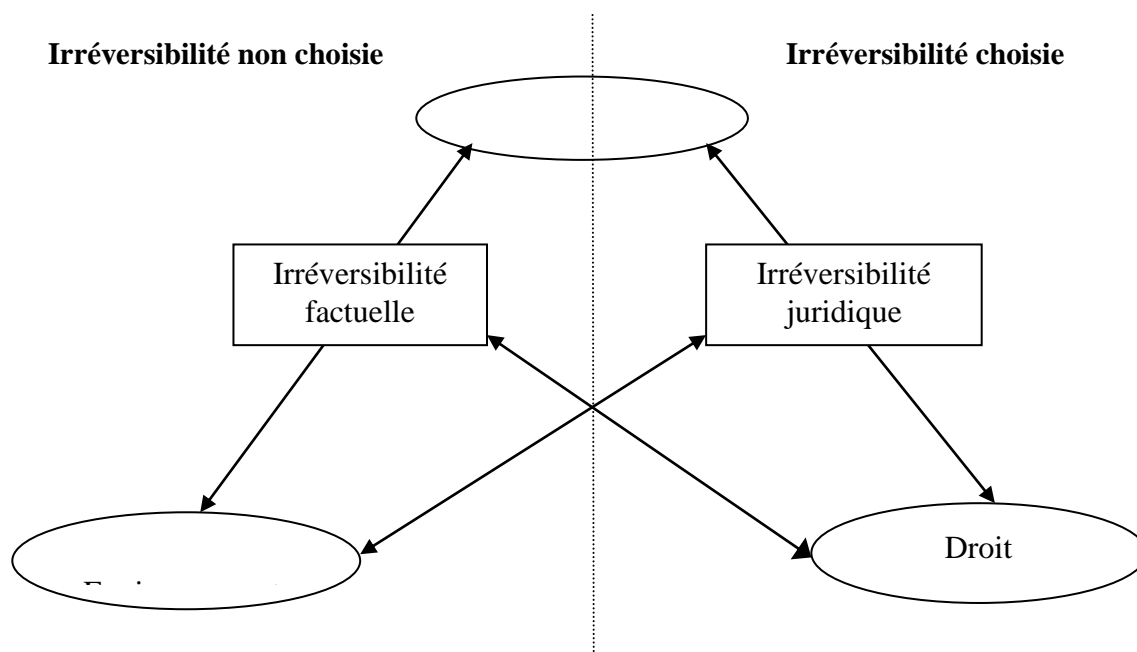
III. La dimension duale de l'irréversibilité en droit

65. Cette étude succincte et nécessairement incomplète de la signification de l'irréversibilité, le phénomène n'ayant de toute évidence pas livré tous ses secrets, prépare de manière nécessaire la réflexion juridique sur le sujet. Le phénomène d'irréversibilité se présente au droit de deux manières. Il n'est plus réellement contestable que l'irréversibilité fasse partie intégrante du quotidien de l'homme, qu'il s'agisse de ses expériences en tant qu'être humain, ou de ses décisions juridiques, politiques, sociales, économiques ou environnementales. Partant de ce postulat, il convient de voir de quelle manière l'irréversibilité existe et se manifeste au sein du droit. La première question est celle qui consiste à se demander comment le droit est amené à traiter de l'irréversibilité. A quelle manifestation de l'irréversibilité est-il confronté, et en allant plus loin reconnaît-il ce phénomène naturel ? La deuxième question concerne la juridicisation du phénomène. L'irréversibilité juridique existe-t-elle ? Ces deux catégories de questions amènent à considérer la dimension duale de l'irréversibilité en droit : phénomène naturel traité par le droit et phénomène juridique créé par le droit. Afin de tenter de mener une étude globale du phénomène d'irréversibilité, il est possible de considérer que l'irréversibilité en droit se concrétise à travers l'existence de deux axes d'étude.

66. Le premier axe d'étude du phénomène d'irréversibilité en droit est celui de l'irréversibilité factuelle. Comment le droit aborde-t-il l'irréversibilité « non-choisie », comme l'irréversibilité environnementale qui reste la manifestation la plus flagrante de ces dernières années et qui constitue un enjeu juridique primordial qui répond à un objectif de survie ? Cet axe d'étude reste relativement récent puisqu'il est lié à l'apparition des grandes problématiques environnementales.

67. Le second axe d'étude de l'irréversibilité peut être considéré comme « traditionnel ». Cet axe induit une irréversibilité purement juridique avec ses manifestations traditionnelles telles que le principe de non-rétroactivité ou encore la théorie des droits acquis. Mais de quelle manière ce phénomène flou et abstrait trouve-t-il sa place dans la matière juridique ? Sous quelle forme l'irréversibilité juridique se traduit-elle ? Il s'avère que le droit a simplifié en partie la difficulté et l'obscurité de l'irréversibilité. Cette difficulté de l'irréversibilité a cependant été remise au goût du jour à travers les enjeux environnementaux. L'axe « traditionnel » a donc permis de prendre en compte l'axe plus récent en se servant de ces outils déjà existants. Ainsi, une boucle d'irréversibilité se forme afin de régler potentiellement les nouveaux enjeux de l'irréversibilité. Des interactions se créent alors entre droit, irréversibilité et problématiques environnementales. Un schéma permettant de résumer ces interactions peut être proposé.

Schéma des interactions entre droit, irréversibilité et environnement



68. Ce schéma permet d'identifier sommairement ces interactions. Les deux axes d'étude, qui traduisent *in fine* les deux dimensions de l'irréversibilité en droit, sont l'irréversibilité factuelle et l'irréversibilité juridique. Pour simplifier le discours, il est possible de retenir que lorsque le phénomène d'irréversibilité se traduit en matière d'environnement, l'irréversibilité factuelle est avérée. Lorsqu'il se traduit en droit, l'irréversibilité juridique

est consacrée. A cela s'ajoutent d'autres interactions. En effet, le droit a vocation à intervenir sur l'irréversibilité factuelle, et de ce fait, l'irréversibilité a vocation à intégrer la sphère juridique. Dans ce dernier cas il s'agit le plus souvent d'irréversibilités « non-choisies », qui sont saisies par le droit et constituent dès lors un « objet du droit » (Partie I).

69. L'irréversibilité juridique quant à elle, elle est le plus souvent « choisie ». Elle constitue même un caractère de la règle de droit correspondant à un « objet de droit ». En cette qualité, elle est susceptible d'intervenir sur les problématiques environnementales afin de limiter, de réduire, voire de supprimer les dommages, les pollutions et les nuisances environnementales (Partie II).

PARTIE I - L'irréversibilité comme objet du droit

70. L'objet du droit est ce sur quoi le droit à vocation à s'appliquer. Il s'agit des domaines ou des phénomènes qu'il va être amené à régler. Il convient de préciser la différence qui existe entre « objet du droit » et « objet de droit ». Cette distinction opérée par J-A. Mazères¹¹⁴, et reprise par la suite¹¹⁵, permet de différencier les objets de construction juridique (objet de droit), des objets de traitement juridique (objet du droit). Etudier « l'irréversibilité comme objet du droit » nécessite au préalable l'apport de précisions quant à la nature des irréversibilités concernées.

71. La première précision qui s'impose réside dans la distinction obligatoire entre « irréversibilité de fait » et « irréversibilité de droit ». En effet, il conviendra d'utiliser le terme « irréversibilité de fait » en opposition à l'expression « irréversibilité de droit », ou « irréversibilité juridique », phénomène interne au droit qui sera approfondi dans la seconde partie de l'étude. L'« irréversibilité de fait » est une irréversibilité externe au droit qui ne constitue ni un élément ni une catégorie juridique mais bel et bien un « objet du droit ». Une irréversibilité de fait constitue dès lors un fait irréversible de l'homme ou de la nature que le droit vise à maîtriser. L'irréversibilité de fait entendue comme objet du droit concerne ainsi les situations factuelles irréversibles où le droit intervient ou est susceptible de le faire. Ces irréversibilités n'ont en réalité rien de juridique en elles-mêmes mais intègrent la sphère juridique soit comme élément perturbateur soit comme fait neutre qu'il convient de régler.

72. De quelle manière est-t-il possible d'appréhender un objet du droit aussi évanescent que l'irréversibilité ? Que constitue à proprement parler une irréversibilité de fait ? L'irréversibilité en tant que telle est un processus qui mène à la disparition de quelque chose ou d'un état qui a eu lieu ou qui a été et qui ne sera pas retrouvé. C'est l'absence de retour en arrière. L'objectif ne peut être de considérer l'irréversibilité dans sa globalité et de façon exhaustive, exercice impossible et qui ne présenterait finalement que peu d'intérêt. Il s'agit de rechercher les irréversibilités de fait caractérisées et spécifiques qui nécessitent une

¹¹⁴ MAZERES J-A, préface de la thèse de MILLARD E., *Famille et droit, recherche sur la construction d'un objet juridique*. Editions LGDJ, Collection Bibliothèque de droit public, Paris, 1995, p. 493.

¹¹⁵ MAKOWIAK J., *Esthétique et droit*, Editions LGDJ, Collection Bibliothèque droit de l'urbanisme, Paris, 2004.

réelle intervention juridique. Les questions concernant l'irréversibilité de fait sont donc nombreuses. La première est celle de l'intérêt de l'étude de la relation irréversibilité de fait/droit. Il semble que l'enjeu principal d'une telle réflexion réside aujourd'hui dans la dimension environnementale de l'irréversibilité. En effet, il paraît incontestable que le domaine de prédilection actuel de l'irréversibilité soit celui de l'environnement, et par extension celui du droit de l'environnement. M. Rémond-Gouilloud donne une définition de ces irréversibilités de fait, objet du droit de l'environnement. Il s'agit de « celles sur lesquelles les instruments juridiques ont prise, c'est-à-dire qu'elles sont sujettes à l'influence des conduites humaines. Cela signifie également qu'elles sont imputables à une activité humaine, faute de quoi le droit n'y aurait pas sa place. Cela implique enfin, surtout, que l'évolution en cause, néfaste, doit être enrayée »¹¹⁶. Cette définition nécessitera d'être relativisée par la suite. En effet, si l'homme reste à l'origine de la plupart des irréversibilités de fait environnementales actuelles, la systématisation de la recherche de sa responsabilité risque de limiter les irréversibilités prises en compte, au même titre que le temps nécessaire à cette recherche de responsabilité. Le droit de l'environnement paraît donc remettre au goût du jour un phénomène jusqu'alors réservé ou préféré par les seuls philosophes¹¹⁷ et scientifiques de la thermodynamique¹¹⁸. Ainsi, si les écrits sont abondants dans ces deux matières, le droit reste le plus souvent indifférent, si ce n'est frileux en ce qui concerne les irréversibilités de fait. Le droit de l'environnement ne peut cependant ignorer un phénomène qui s'illustre aujourd'hui de manière flagrante. En effet, qu'il s'agisse des changements climatiques, de la disparition pure et simple d'espèces ou de la destruction de patrimoine naturel et culturel, l'irréversibilité est au cœur du droit de l'environnement. Depuis une trentaine d'années, avec l'élaboration des grands textes internationaux en droit de l'environnement, l'irréversibilité a intégré les réflexions et textes juridiques. La complexité du rapport droit/irréversibilité, et en l'occurrence droit de l'environnement/irréversibilité s'illustre déjà dans les enjeux premiers du droit. Il doit répondre à deux enjeux de l'irréversibilité, communs dans leurs buts mais différenciés dans leurs approches.

73. Tout d'abord, le droit doit pouvoir appréhender les irréversibilités de fait. Il doit permettre d'endiguer les processus irréversibles, de les éviter, de les réduire, voire de les

¹¹⁶ REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 9.

¹¹⁷ Cf. notamment sur ce point, JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op.cit.*

¹¹⁸ Cf. *Supra* Introduction.

stopper. Les processus irréversibles doivent donc être saisis par le droit, qu'il s'agisse de processus environnementaux, sociaux, ou économiques. Pour ce faire, il convient de procéder tout d'abord à une définition la plus complète possible de l'irréversibilité environnementale. Cette saisine des irréversibilités de fait environnementale concerne autant des phénomènes mondiaux comme les changements climatiques, que des phénomènes plus locaux, comme la pollution de rivières. L'appréhension des irréversibilités de fait par le droit passe nécessairement par une compréhension pleine et entière de ces phénomènes complexes. Les dimensions scientifiques, économiques, sociales et culturelles de l'irréversibilité conditionnent cette saisie juridique. Les sciences sociales et les sciences dures ne peuvent s'exclure les unes des autres, en matière environnementale tout spécifiquement, au risque d'actions stériles (Titre I).

74. Le droit doit ensuite, dans une démarche réelle de saisie de l'irréversibilité, mettre en place des mécanismes juridiques permettant de lutter contre les phénomènes d'irréversibilité, et le plus souvent pallier les incertitudes créées par le phénomène. Des fondements juridiques consacrant la prise en compte du phénomène d'irréversibilité, et spécifiquement par le biais de l'avènement du droit de l'environnement, ont peu à peu été dégagés, sans toutefois répondre de manière absolue aux caractéristiques du phénomène. Cette saisie passe notamment par la naissance des concepts de « développement durable » et des « générations futures », des principes de précaution et de prévention. En parallèle des fondements juridiques « conceptuels » et « d'application », le droit a aménagé des « constructions juridiques » afin de compléter les fondements dans leurs carences (Titre II).

TITRE I - Les irréversibilités susceptibles d'être saisies par le droit

75. L'irréversibilité « objet du droit » constitue donc une irréversibilité factuelle¹¹⁹. Le phénomène de l'irréversibilité est complexe à appréhender en tant que tel. Ainsi, le paradoxe de l'irréversibilité est qu'elle représente une abstraction difficilement saisissable et un élément premier de la vie quotidienne de l'homme, en tant qu'expérience non contestable. Il semble qu'il soit difficile de choisir entre une « irréversibilité-abstraction » et une « irréversibilité-réalité » déduite de l'expérience. L'irréversibilité oscille donc entre abstrait et concret. L'irréversibilité est abstraite en ce sens qu'elle représente à la fois un élément concret de la vie de l'homme, tout en étant relativement absente de sa conscience. L'irréversibilité souffre de l'abstraction du temps. L'esprit humain a du mal à matérialiser concrètement l'irréversibilité. A travers les aiguilles de la montre, l'irréversibilité se manifeste mais la prise de conscience et la saisie du phénomène s'avèrent beaucoup plus ardues. Elle fait partie de nous, elle est partout autour de nous, mais sa réalité, le plus souvent, nous échappe. L'irréversibilité environnementale, en opposition à l'irréversibilité prise dans sa globalité, est d'un accès plus immédiat. Si l'irréversibilité est un processus qui mène à la disparition et qui ne peut être inversé, les exemples environnementaux sont nombreux et ne peuvent que forcer la prise de conscience. Une espèce qui s'éteint ne réapparaîtra pas. Le processus de diminution des effectifs d'une espèce qui a mené à sa disparition et le fait même que cette espèce ait disparu constituent une irréversibilité de fait. Il est difficile pour l'homme d'intégrer sa propre irréversibilité mais les événements environnementaux actuels forcent la prise de conscience.

76. Malgré l'existence de fondements juridiques à la saisie de l'irréversibilité¹²⁰, il est possible de s'apercevoir qu'ils ne suffisent pas à rendre une telle saisie satisfaisante. En effet, la prolixité des fondements et leurs variétés, conceptuels et d'application, ne favorisent pas nécessairement une bonne saisie juridique de l'irréversibilité. Le phénomène est à la fois au cœur de chaque norme et quasiment absent de leur énoncé, exception faite du principe de précaution. Cette « universalité » de l'irréversibilité attachée au droit de l'environnement en fait finalement une évidence non proclamée qui nuit à sa prise en

¹¹⁹ Par factuel, il convient d'entendre « tout ce qui arrive, tout ce qui se produit, tout événement, qu'il s'agisse d'un phénomène physique, social, individuel », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Editions PUF, Paris, 9^e édition, 2011.

¹²⁰ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II.

compte. La critique du questionnement à propos de la saisie de l'irréversibilité en droit de l'environnement qui pourrait être apportée est celle qui consiste à considérer qu'il s'agit d'énoncer des évidences. Il convient de ne pas s'enliser dans un tel débat faute de quoi le droit de l'environnement dans son intégralité serait amené à être remis en cause. L'homme a pris conscience depuis quelques décennies, ou à repris conscience pour être plus exact, de la fragilité de la nature mais cela ne l'empêche pas de continuer à détériorer l'environnement et de refuser certaines prises de décision. Le protocole de Kyoto est à ce titre illustrant. Ainsi, insister sur un phénomène aussi dramatique que l'irréversibilité environnementale ne peut être inutile et nécessite une saisie juridique adaptée et spécifique.

77. La possibilité de reconnaissance de l'irréversibilité de fait par le droit passe nécessairement par sa définition. La lente reconnaissance de l'irréversibilité par le droit s'explique principalement par une détermination difficile du phénomène due à des caractéristiques auxquelles le droit n'est pas familier (Chapitre I).

78. Les caractéristiques du phénomène d'irréversibilité entraînent cependant des contraintes que le droit a du mal à intégrer dans ses mécanismes. Cette saisie juridique est actuellement inadéquate en comparaison de ce qu'elle devrait être. Une des causes de l'inadéquation de cette saisie juridique est la contrainte imposée par les autres sciences sociales. La reconnaissance de l'existence d'irréversibilités de fait environnementales susceptibles d'être saisies par le droit ne suffit pas à appréhender de manière complète ce phénomène. En effet, l'objet de l'irréversibilité environnementale étant la nature et plus globalement l'environnement, l'appréhension de l'irréversibilité dépend également des sciences dures ainsi que des sciences sociales. Etudier ce phénomène sans prendre en compte sa dimension scientifique, économique, politique et sociale reviendrait à n'entrevoir qu'une partie de la problématique. Le droit de l'environnement est au carrefour des sciences dures et des sciences sociales. L'irréversibilité de fait environnementale est une illustration flagrante de cette interconnexion qui existe entre ces différentes sciences. Afin d'appréhender de manière satisfaisante ce phénomène, il convient de comprendre les différents enjeux de l'irréversibilité, notamment les enjeux scientifiques, associés aux enjeux économiques et sociaux (Chapitre II).

CHAPITRE I - La détermination de l'irréversibilité factuelle

79. Le droit a été amené à réglementer les irréversibilités de fait et certaines forment les premiers objets du droit. Dans le but d'identifier les irréversibilités de fait saisies par le droit, il est nécessaire de rechercher les faits de l'homme ou de la nature caractérisés par leur irréversibilité. L'idée principale sous-jacente aux irréversibilités de fait saisies par le droit est celle de « disparition ». L'irréversibilité factuelle semble n'intéresser le droit, de manière tangible, qu'à travers le phénomène de disparition ou de destruction. La recherche d'une définition de l'irréversibilité mène à s'intéresser en tout premier lieu à un état irrévocable, à une chose qui ne peut revenir. Vient ensuite l'étude des phénomènes qui ne peuvent être inversés et qui mènent à la disparition. De cela découle l'idée de disparition attachée à l'irréversibilité factuelle saisie par le droit¹²¹. A l'idée de disparition, il est possible de rapprocher celle de destruction entendue comme « l'action de détruire, d'altérer profondément, de dégrader jusqu'à faire disparaître »¹²² ou encore comme le fait d'« anéantir ou altérer la substance »¹²³.

80. Il apparaît que plusieurs degrés puissent être reconnus dans cette disparition-destruction irréversible appréhendée par le droit. De manière générale, les disparitions et les destructions irréversibles qui intéressent et qui vont être saisies par le droit sont celles qui portent préjudice et qui seront sanctionnées. Le droit français autorise deux cas de destructions : celles qui se font en respect du droit de propriété et celles qui touchent à la catégorie des *res nullus*¹²⁴. Historiquement, il convient de préciser que le droit a pu rechercher la destruction irréversible d'espèces comme pour le loup au XIXe et XXe siècles. Aujourd'hui encore l'éradication volontaire peut exister comme par exemple en cas d'espèces invasives. En effet, l'article L 411-3 du Code de l'environnement prévoit qu'afin « de ne porter préjudice ni aux milieux naturels ni aux usages qui leur sont associés ni à la faune et à la flore sauvages, est interdite l'introduction dans le milieu naturel, volontaire, par négligence ou par imprudence » de tout spécimen d'une espèce animale ou

¹²¹ La disparition constitue « le fait de ne plus être visible, de cesser d'exister », Dictionnaire le Petit Robert, édition 2013.

¹²² Dictionnaire le Petit Robert, édition 2013.

¹²³ REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, Editions PUF, Les voies du droit, Paris, 1989, p. 47.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 33 : « si une chose n'appartient à personne, personne n'est fondé à se plaindre de sa dégradation ».

végétale à la fois non indigène au territoire d'introduction et non domestique. L'alinéa 3 de l'article précise que « dès que la présence dans le milieu naturel d'une des espèces visées au I est constatée, l'autorité administrative peut procéder ou faire procéder à la capture, au prélèvement, à la garde ou à la destruction des spécimens de l'espèce introduite ». Ainsi, la destruction peut être recherchée comme outil afin d'éradiquer un processus environnemental potentiellement irréversible.

81. En dehors du domaine environnemental, le droit privé semble être un domaine de prédilection en matière d'irréversibilité de fait. En effet, les exemples d'irréversibilité sont nombreux et significatifs. Un élément caractéristique supplémentaire apparaît dans de telles irréversibilités : l'élément intentionnel¹²⁵. L'exemple le plus flagrant d'une irréversibilité de fait saisie par le droit reste certainement celui du meurtre. L'élément intentionnel est présent dans sa définition¹²⁶. Il peut être défini comme « un phénomène criminel constitué par un fait contraire à l'ordre social, c'est-à-dire prévu et puni par la loi pénale »¹²⁷. Le meurtre est l'irréversibilité par excellence. Le droit s'est saisi de ce fait et a créé un corpus de règles visant à le règlementer¹²⁸. Au meurtre, il est possible d'adjoindre tout ce qui touche à l'idée de destruction volontaire : le vandalisme. Terme créé par l'Abbé Grégoire¹²⁹ en 1794 dans son rapport adressé à la Convention¹³⁰, il vise originellement l'attitude destructrice des révolutionnaires à l'encontre du patrimoine artistique de l'Ancien Régime. J. Morand-Deville précise à ce sujet qu'« il convient de rendre hommage aux lois, pour la plupart bien rédigées, ce qui explique leur pérennité, qui sont intervenues au tout début du siècle pour poser des principes de conservation du patrimoine contre le « vandalisme », terme créé à propos des excès révolutionnaires contre les châteaux et les églises »¹³¹. Par extension, le vandalisme désigne aujourd'hui les actes de destruction ou de mutilation gratuite à l'égard

¹²⁵ Définition à entendre comme la « conscience éclairée et la volonté libre de transgresser les prescriptions de la loi », *Lexique de termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁶ Cf. « Homicide intentionnel », *Lexique de termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁷ BOULOC. B., *Droit pénal général*, Editions Dalloz Précis, 19^e édition, Paris, 2005, p. 5.

¹²⁸ Livre II du Code pénal « Des crimes et délits contre les personnes ». L'article 221-1 du Code pénal définit le meurtre comme « le fait de donner volontairement la mort à autrui ».

¹²⁹ « Le stigmate de vandalisme, appliqué à la destruction ou à la mutilation des œuvres d'art créées au cours des siècles est un néologisme relativement récent, puisqu'il ne date que de 1794 », REAU L., *Histoire du vandalisme, les monuments détruits de l'art français*, Editions Robert Laffont, Paris, 1994, p. 9.

¹³⁰ Rapport présenté à la Convention le 14 fructidor an III (31 août 1794).

¹³¹ MORAND-DEVILLER J., *Esthétique et patrimoine*, AJDA, 1993, p. 89.

des biens publics ou privés¹³². Il convient de préciser que même si le terme de « vandalisme » ne date que de la fin du XVIIIe siècle, les phénomènes de destruction de patrimoine culturel remontent bien au-delà et notamment pour des raisons religieuses¹³³. En droit civil, les irréversibilités de fait semblent plus relatives qu'en droit pénal. La notion de disparition peut se rapprocher d'une irréversibilité factuelle. L'article 88 du Code civil reconnaît qu'il y a disparition lorsqu'une personne « a disparu dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger et que son corps n'a pu être retrouvé ». La disparition pourra être judiciairement déclarée mais en cas de réapparition de l'individu, l'annulation du jugement pourra être demandée. En droit public, les idées de destruction et de détérioration renvoient principalement à la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public qui peut être considérée davantage comme une irréversibilité de droit que comme une irréversibilité de fait¹³⁴.

82. En dehors des branches dites « classiques » du droit dans lesquelles il est possible de retrouver des irréversibilités factuelles, il s'avère que le phénomène trouve aujourd'hui toute son ampleur en droit de l'environnement. C'est finalement à travers cette branche du droit que la problématique de l'irréversibilité a été réactivée. L'irréversibilité factuelle saisie par le droit dans ses branches « classiques » ne suppose en réalité ni de difficulté ni d'adaptation particulière du droit. Cela n'est pas le cas en matière environnementale, où le droit va devoir s'acclimater à un phénomène ayant des caractéristiques singulières.

83. La reconnaissance des irréversibilités de fait environnementales passe nécessairement par une définition de ces irréversibilités (Section I). Cette recherche de définition est complexe en raison des caractéristiques que revêt ce phénomène en matière environnementale (Section II).

¹³² Cf. Cass. Crim. 30 octobre 1984, Bull. crim n°326, p. 865, « les jeunes gens se sont livrés à des actes de vandalisme répétés contre un bâtiment en construction, clos et couvert, dont seules les finitions restaient à réaliser, à la suite des agissements, la construction est pratiquement retombée au stade brut de maçonnerie et charpente achevée, celle-ci étant d'ailleurs menacée de ruine par l'enlèvement des tuiles ». Exemple de vandalisme menant à une quasi-destruction.

¹³³ Louis Réau, dans son étude du vandalisme rappelle que « dès les premiers temps chrétiens, les hagiographes faisaient gloire aux martyrs et aux saints de renverser les idoles des temples païens », REAU L., *Histoire du vandalisme, les monuments détruits de l'art français*, op.cit., p. 18.

¹³⁴ Cf. Partie II.

Section I. La définition des irréversibilités environnementales

84. La problématique de l'irréversibilité environnementale peut se résumer ainsi : « la Terre est finie et ses ressources ne sont pas illimitées »¹³⁵. L'irréversibilité signifie que l'état de l'environnement s'est altéré au point qu'aucune remise en état initial n'est possible, ce qui existait auparavant ne pourra jamais être retrouvé. S'en suit indubitablement une perte de qualité de vie, de culture, de patrimoine, de ressources essentielles et vitales pour l'homme. C'est la certitude de l'inaptitude définitive d'un bien à remplir sa fonction. La conscience et la reconnaissance de l'irréversibilité marquent le retour aux réalités objectives avec la prise en compte de l'importance de la temporalité dans tous les domaines. L'homme devrait prendre conscience des limites qui lui sont imposées par les rythmes de la nature, notamment par le temps nécessaire au renouvellement des ressources. Nous sommes en présence d'un paradoxe humain : détruire d'un côté et de l'autre, volonté, ou force, de réparer et de préserver.

85. Il est possible d'appréhender les irréversibilités environnementales de différentes manières. L'irréversibilité considérée d'un point de vue objectif, se construit à partir d'éléments qui naissent, apparaissent ou disparaissent en modifiant de manière irréversible « le monde d'avant ». L'idée de modification irréversible n'est donc pas forcément négative. La dimension positive de l'irréversibilité s'illustre par l'émergence du « nouveau », l'apparition de nouvelles entités, de nouveaux éléments. Ce « nouveau » émerge dans la nature, avec la disparition et l'apparition d'une nouvelle espèce, ou dans l'évolution de l'homme depuis le début de son existence, dans sa constitution propre. Il apparaît également dans l'évolution des connaissances, des techniques. La théorie de l'évolution des espèces illustre cet intérêt des scientifiques pour ces irréversibilités positives¹³⁶. Dans ce cadre, l'irréversibilité représente un fait qui n'est ni bon, ni mauvais, mais un fait avéré. Une espèce qui ne s'est pas adaptée aux modifications des conditions environnementales va disparaître de la surface de la Terre d'une manière irréversible. Il s'agit ici de la « loi » de la nature contre laquelle la loi des hommes tend parfois aujourd'hui à s'insurger. Cependant, ce qui amène le droit à s'intéresser à l'irréversibilité réside principalement dans sa dimension néfaste. L'irréversibilité, telle qu'elle est prise en compte en environnement, constitue un dérèglement sociétal, un « désordre » que le droit va être

¹³⁵ REMOND-GUILLOUD M., *op.cit.*, p. 58.

¹³⁶ Cf. *Infra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

amené à régler. A ce propos, A. Kiss énonce dans un de ses articles à propos du concept d'irréversibilité, qu'il s'agit là d'« un des concepts les plus menaçants pour la vie sur notre planète, des situations où il n'y a plus rien à faire »¹³⁷. G. Bonnel va plus loin en parlant des « impératifs quasi-eschatologiques »¹³⁸ de l'irréversibilité.

86. La détermination de l'irréversibilité de fait environnementale passe par l'étude de son objet (§1), par la détermination de ses manifestations (§2), ainsi que par celle de ses causes (§3).

§ 1. L'objet de l'irréversibilité

87. En recherchant l'objet de l'irréversibilité environnementale, il s'agit de délimiter tout d'abord la matérialité de son objet (A), puis d'étudier son objet spatio-temporel (B).

A) L'objet matériel de l'irréversibilité

88. De prime abord, déterminer l'objet de l'irréversibilité de fait environnementale paraît pouvoir se résumer en un mot : l'environnement. Le phénomène irréversible qui intéresse ici la réflexion se produit dans le cadre environnemental. Cependant, cette notion « caméléon »¹³⁹ pose des difficultés de définition eu égard à l'ensemble des éléments qu'elle est susceptible de regrouper. L'environnement se définit comme « l'ensemble des conditions naturelles (physiques, chimiques, biologiques) et culturelles (sociologiques) dans lesquelles les organismes vivants (en particulier l'homme) se développent »¹⁴⁰.

89. Y. Veyret revient sur l'origine du mot « environnement »¹⁴¹. Il est employé au début du XXe siècle par E. Reclus comme synonyme de « milieu géographique » associant les « données physiques » et les « actions des sociétés ». Plus tard, A. Demangeon désigne par environnement à la fois les « influences naturelles » et « les œuvres humaines issues du passé de l'humanité qui contribuent à constituer le milieu »¹⁴². Y. Veyret souligne qu'en

¹³⁷ KISS A., *Avant-propos*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 5.

¹³⁸ BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Limoges, 2005, p. 65.

¹³⁹ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Editions Dalloz, Précis, 6^e édition, Paris, 2011, p. 1.

¹⁴⁰ Dictionnaire le Petit Robert, édition 2013.

¹⁴¹ VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement*, Editions Armand Colin, Paris, 2007, p. 133.

¹⁴² *Ibidem*.

réalité l'emploi du terme « environnement » ne recouvre à l'origine pas seulement la nature, la faune, la flore, la biodiversité ou les pollutions et nuisances, mais désigne « les relations d'interdépendance complexes existant entre la nature et les sociétés »¹⁴³. Cependant, cette définition anthropocentrique satisfait mal à une approche des irréversibilités de fait en ce qu'elle place l'homme au centre du débat et risque d'exclure un certain nombre d'éléments composant l'environnement.

90. A défaut d'obtenir une définition précise de l'environnement, il est possible de rechercher les composantes de cette notion. Au sens de la loi du 10 juillet 1976¹⁴⁴ relative à la protection de la nature, l'environnement recouvrirait trois éléments : la nature, les ressources naturelles, la qualité de l'air et enfin les sites et paysages, éléments que l'on retrouve à l'article L110-1 du Code de l'environnement sous la dénomination « patrimoine commun de la nation ».

91. En droit international, la Convention de Lugano du 21 juin 1993 dans son article 2-10 énonce les composantes de l'environnement : « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel ; et les aspects caractéristiques du paysage »¹⁴⁵. Par nature, il convient d'entendre les espaces, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques¹⁴⁶. Certains auteurs, à travers la recherche de l'objet du droit de l'environnement, distinguent les notions d'environnement, de nature et de pollutions et nuisances en les identifiant séparément comme des composantes d'un objet multiple du droit de l'environnement¹⁴⁷. Ainsi, pour J. Untermaier, la nature est « tout ce qui est en dehors de l'activité rationnelle et technique de l'homme »¹⁴⁸. L'environnement serait un terme regroupant certains éléments exclus du terme « nature » du fait de l'intervention de l'homme, comme par exemple l'espace urbain,

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Loi du 10 juillet 1976 *relative à la protection de la nature*, JO du 13 juillet et rectificatif du 28 novembre 1976, p. 4203.

¹⁴⁵ Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, Conseil de l'Europe, Lugano, 21 juin 1993.

¹⁴⁶ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 2.

¹⁴⁷ ROMI R., *Droit et administration de l'environnement*, Editions LGDJ Montchrestien, Domat droit public, 7^e édition, Paris, 2010, p. 7.

¹⁴⁸ UNTERMAIER J., *Droit de l'Homme à l'environnement et libertés publiques, Droit individuel ou droit collectif, Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat*, RJE 1978-4, p. 329 et s.

et qui autoriserait au législateur une latitude plus large¹⁴⁹. La Charte de l'environnement¹⁵⁰ quant à elle ne définit pas la notion d'environnement. Elle cite certaines de ses composantes sans pour autant les énoncer en tant que telles (diversité biologique, ressources, équilibres naturels...). L'environnement comme objet d'irréversibilités saisies par le droit nécessite à la fois d'être compris dans son acception scientifique mais également dans une acception anthropocentrique puisqu'aujourd'hui ces irréversibilités sont pour l'essentiel du fait de l'homme¹⁵¹. L'objet environnemental des irréversibilités requiert d'englober les éléments contenus dans l'article L110-1 du Code de l'environnement (nature, ressources naturelles, qualité de l'air et sites et paysages, en adjoignant un élément : les pollutions et nuisances). L'irréversibilité de fait est donc susceptible de se matérialiser à travers ces éléments et sera réglementée par le droit ou devra l'être.

92. La notion de biodiversité mérite d'être précisée en tant qu'objet de l'irréversibilité de fait. Elle est au carrefour des composantes de l'environnement. La biodiversité a été définie par la Convention de Rio sur la diversité biologique de 1992¹⁵² comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes ». A travers la notion de biodiversité, c'est la reconnaissance d'un objet environnemental de l'irréversibilité tant qualitatif que quantitatif. Il ne s'agit plus de réfléchir et d'agir selon des données chiffrées mais bien d'essayer de garantir un niveau convenable de qualité de l'environnement avec pour objectif d'élever ce niveau. La communication de la Commission européenne de 2006 relative à la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà rappelle que « la diminution de la biodiversité, qui concerne les écosystèmes, les espèces et les gènes, est préoccupante non seulement en raison de la valeur intrinsèque de la nature, mais aussi parce qu'elle engendre un déclin des « services écosystémiques » fournis par les systèmes naturels »¹⁵³.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement*, JO du 2 mars 2005, p. 3697.

¹⁵¹ Cf. *Infra*, Partie I, Titre I, Section I.

¹⁵² Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, article 2.

¹⁵³ Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà, Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain*, COM(2006) 216 final, 22 mai 2006, Bruxelles.

93. Le concept d'écosystème, proposé par le botaniste anglais A. G. Tansley en 1935, est intimement lié à la biodiversité et à cette idée de qualité¹⁵⁴. La définition des écosystèmes telle qu'elle est établie par les professeurs C. De Klemm, G. Martin, M. Prieur et J. Untermaier apporte également des précisions intéressantes : « les écosystèmes sont presque toujours composés des cinq éléments corporels de l'environnement : sol, eau, air, plantes et animaux. Ces éléments sont reliés les uns aux autres par des relations très complexes qui peuvent être considérées comme des processus écologiques internes à l'écosystème (...) Ils ont besoin d'apports extérieurs (rayonnement solaire, eau) pour pouvoir fonctionner. Mais à leur tour, ils peuvent être la somme de processus écologiques indispensables à d'autres écosystèmes »¹⁵⁵. Dans une dimension plus scientifique, l'écosystème correspond à « la biocénose homogène se développant dans un environnement homogène »¹⁵⁶, la biocénose pouvant se définir comme une « communauté d'espèces animales ou végétales en équilibre dynamique plus ou moins stable dans un territoire défini »¹⁵⁷. Cette interconnexion qui caractérise les écosystèmes illustre l'insuffisance d'une réflexion environnementale uniquement quantitative et les conséquences potentielles en cas d'irréversibilité. La disparition irréversible d'un élément inhérent à un écosystème est susceptible d'entraîner la dégradation de ce dernier, ainsi que celle d'autres écosystèmes liés au premier. Le concept d'écosystème est loin d'être parfait comme le soulignent C. et R. Larrère. Ils relèvent à son propos la difficulté de compréhension de son fonctionnement. En effet, il existe entre les « écosystèmes contigus »¹⁵⁸ des flux de matière et d'énergie. Ces flux s'expliquent notamment par les migrations d'espèces végétales ainsi que par les

¹⁵⁴ Cf. Notamment BLANDIN P., *De l'écosystème à l'éco-complexe*, in *Sciences de la nature, Sciences de la société*, Editions M. Jollivet, 1992, p. 267-280. P. Blandin reprend la définition du concept d'écosystème donnée à l'époque par le botaniste : « Bien que les organismes puissent réclamer en priorité notre attention, nous ne pouvons pas, quand nous tentons de penser en termes de principes, les séparer de leur milieu propre avec lesquels ils forment un système physique unique. Les systèmes ainsi formés sont du point de vue de l'écologiste les unités de base de la nature à la surface de la terre. Nos préjugés naturels d'êtres humains nous poussent à considérer les organismes (au sens biologique) comme la partie la plus importante de ces systèmes - mais assurément les facteurs inorganiques en font aussi partie - il ne pourrait y avoir de système sans eux - et il y a échanges constants sous les formes les plus variées à l'intérieur de chaque système, non pas seulement entre les organismes mais entre l'organique et l'inorganique. Ces écosystèmes, comme nous pouvons les appeler, offrent la plus grande diversité de type et de taille. Ils ne forment qu'une catégorie parmi la multitude des systèmes physiques qui vont de l'univers en son entier jusqu'à l'atome ».

¹⁵⁵ DE KLEMM C., MARTIN G., PRIEUR M., UNTERMAIER J., *Les qualifications des éléments de l'environnement*, sous la direction de KISS A., *L'écologie et la loi*, Editions L'Harmattan, 1989, p. 83.

¹⁵⁶ LEFEUVRE J-C., BARNAUD G., *Ecologie du paysage : mythe ou réalité ?* in *Bulletin écologique*, tome 19, 4, 1988, in LARRERE C et R., *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*, Editions Champs Flammarion, Essai, Paris, 1997, p. 139.

¹⁵⁷ CNRTL, *Biocénose*.

¹⁵⁸ LARRERE C. et R., *op.cit.*, p. 139.

nombreuses espèces animales qui « exploitent plusieurs milieux, rendent interdépendants des écosystèmes plus ou moins éloignés »¹⁵⁹. P. Blandin précise que tous les phénomènes relatifs au monde vivant s'inscrivent dans « une histoire qui ne se répète pas »¹⁶⁰. En réalité, n'importe quel fragment de la biosphère est « le produit local d'une histoire singulière »¹⁶¹. Ainsi, « entre la vision idéaliste qu'implique l'écosystème-concept, fondement d'une possible généralisation et le pragmatisme qui conduit à ne reconnaître que des objets écologiques locaux, toujours particuliers et intrinsèquement transitoires, l'expérience tend aujourd'hui à privilégier la seconde approche »¹⁶². Même si nous ne pouvons que nous plier à cette réflexion, le juriste a besoin d'un encadrement minimum dans un domaine déjà très incertain. Il est nécessaire simplement d'être conscient des limites des concepts scientifiques utilisés par le juriste en droit de l'environnement.

94. Il en résulte que l'objet matériel de l'irréversibilité de fait environnementale est également composé de la biodiversité et des écosystèmes. Ecarter ces deux notions de l'objet du phénomène d'irréversibilité reviendrait à ne pas prendre en compte la processualité de la nature et les interactions qui existent entre les différents éléments de l'environnement. L'irréversibilité étant un phénomène intrinsèquement processuel cela reviendrait à nier deux dynamiques distinctes mais liées : celle de l'environnement et celle de l'irréversibilité.

95. Il convient de poursuivre l'étude de l'objet de l'irréversibilité de fait environnementale par l'analyse de son objet spatio-temporel.

B) L'objet spatio-temporel de l'irréversibilité

96. Les irréversibilités de fait environnementales sont toutes empreintes de temporalité. Des nuances existent cependant. En effet, une irréversibilité environnementale peut être absolue, c'est le cas pour une disparition d'espèce. Le processus irréversible de disparition mène à un état qui ne pourra être modifié. Néanmoins, il convient de reconnaître que toutes les irréversibilités ne sont pas absolues.

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ BLANDIN P., *De l'écosystème à l'éco-complexe*, in *Sciences de la nature, Sciences de la société, Préc.*

¹⁶¹ *Ibidem.*

¹⁶² *Ibidem.*

97. Au risque de heurter mais dans un but explicatif, il est possible de prendre l'exemple des changements climatiques, et ainsi d'explicitier ce qu'il convient d'entendre par « la potentielle relativité d'une irréversibilité ». Aujourd'hui, avec l'accélération du temps de la société et les besoins que l'homme s'est créés, il est quasiment impossible d'inverser le processus des changements climatiques et d'enrayer l'accroissement du taux de gaz carbonique dans l'atmosphère ou de restaurer la couche d'ozone dans la stratosphère¹⁶³. Cette balance, « besoins actuels de la société/changements climatiques » traduit une irréversibilité¹⁶⁴. Il reste possible de considérer qu'un changement radical du comportement humain tel que les économistes de la décroissance le prônent¹⁶⁵ puisse mener à une inversion de ces phénomènes, mais sans certitude et à un prix que l'homme, n'est semble-t-il pas prêt à payer aujourd'hui¹⁶⁶. La notion de temporalité réapparaît ici. En effet, pour une protection satisfaisante de l'environnement, il est nécessaire de considérer qu'un phénomène de dégradation environnementale ne pouvant être inversé à l'échelle d'un temps humain est un phénomène irréversible¹⁶⁷. La science ne permet pas de dire aujourd'hui avec

¹⁶³ A ce sujet Cf. Notamment FISHER A., NARAIN U., *Irreversibility and catastrophic global warming*, <http://siti.feem.it/gnee/pap-abs/narain.pdf> : « Climatologists claim that some part of the stock of greenhouse gases may be irreversible. The atmosphere concentration of carbon is not expected to return to its original (pre-industrial) level but instead is expected to reach a new equilibrium where about 13-18% of total carbon dioxide emitted will remain in the atmosphere for several thousand years », 1998. Cf. Egalement FISHER A., *Uncertainty, irreversibility, and the timing of climate policy*, Conference « Timing of climate change policies », Pew center on global climate change, Octobre 2001.

¹⁶⁴ Cf. HA DUONG M., *Comment tenir compte de l'irréversibilité dans l'évaluation intégrée du changement climatique ? op.cit.* Ha Duong Minh précise notamment : « L'économie de l'environnement et des ressources naturelles est appelée à apporter des éclairages nécessaires à la question « comment évaluer les coûts et les bénéfices dans le problème du changement climatique ? ». Depuis plusieurs décennies, les économistes ont reconnu la valeur d'option et l'effet d'irréversibilité. Or la constitution d'un stock de gaz à effet de serre dans l'atmosphère et un éventuel changement dans sa dynamique chimique ainsi que la déforestation sont des effets irréversibles. Il convient donc d'inclure la valeur de l'irréversibilité dans l'analyse du problème du changement climatique global », p. 7-8. Cf. Egalement ALFRED J., *Climate change uncertainty, irreversibility and the precautionary principle*, Cambridge Journal of Economics, 2012, 36, p.1051-1072.

¹⁶⁵ Cf. Rapport Meadow du Club de Rome de 1972, *Limits to growth*, Cf. LATOUCHE S., *Le Pari de la décroissance*, Editions Fayard, Paris, 2006.

¹⁶⁶ Le droit international de l'environnement tente d'enrayer les changements climatiques et le dernier rapport des Nations Unies sur le développement durable, Rio de Janeiro, Brésil, de juin 2012 souligne la nécessité absolue de tout mettre en place pour combattre ce phénomène. Le rapport rappelle tout d'abord que « combating climate change requires urgent and ambitious action », p. 5 et p. 37 : « We reaffirm that climate change is one of the greatest challenges of our time, and we express profound alarm that emissions of greenhouse gases continue to rise globally ».

¹⁶⁷ A propos des changements climatiques, c'est pour cette raison qu'ont été mises en place les stratégies d'adaptation et de limitation, faute de réduction. L'observatoire national sur les effets des changements climatiques a publié en 2007 une « stratégie nationale d'adaptation au changement climatique ». L'observatoire retient notamment : « Le changement climatique est en cours et nous en constatons déjà un certain nombre de conséquences qui ne feront que s'amplifier à l'avenir. Les travaux menés à l'échelle internationale, notamment ceux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat

certitude qu'un phénomène de dégradation puisse être inversé dans le futur, futur qui peut être lointain. La notion de « temps humain » est susceptible de soulever des objections. Il ne s'agit pas ici d'appréhender la notion de temps à l'échelle de la vie humaine, mais plutôt comme le temps nécessaire à l'action de l'homme qui ne correspond pas au temps long de la nature. Y. Veyret pose la question du bornage¹⁶⁸ de l'irréversibilité. En effet, il s'agit bien de cela, de borner l'irréversibilité. Par borner, il faut entendre la mise en place de limites dans l'acception de l'irréversibilité. Certains phénomènes peuvent être perçus comme des irréversibilités alors même qu'il reste une incertitude quant à leur possible réversibilité dans le futur. Ce qui peut être considéré comme une appréhension et une conception large des irréversibilités de fait environnementales s'avère essentiel à une action efficace contre ce phénomène. Ainsi, l'objet temporel de l'irréversibilité consiste à ne pas étendre le temps de l'action en se fondant sur une éventuelle réversibilité à plus long terme. Il s'agit de ne pas justifier l'inaction, fondée sur la reconnaissance que l'environnement puisse se restaurer à très long terme, sans pouvoir déterminer objectivement et temporellement avec certitude cette restauration. Par ailleurs, il doit être précisé que le temps de l'environnement est différencié en fonction de l'élément environnemental considéré. Ainsi, « les temps multiples des composantes du géosystème¹⁶⁹ concourent à lui conférer des modalités temporelles d'évolution spécifique, différentes de celles de chacune de ses composantes »¹⁷⁰. En résumé, la temporalité de l'irréversibilité environnementale doit être appréhendée à la fois de manière anthropocentrique afin de lier le phénomène avec sa gestion sociétale et de manière scientifique (globale et individualisée) afin de ne pas nier ses caractéristiques et anéantir toute chance de succès. A titre d'illustration, l'irréversibilité d'une dégradation environnementale devra être déterminée en fonction des caractéristiques temporelles propres à l'élément environnemental visé (en prenant par exemple en considération le temps de reproduction d'une espèce), de celle de son milieu (état et durée de dégradation de l'écosystème à laquelle elle appartient) ainsi qu'en fonction de la possibilité d'inversion du processus irréversible dans un cadre temporel humain.

(GIEC), insistent aujourd'hui sur le fait que, même si tout est mis en œuvre pour éviter les dérèglements climatiques (...), ces dérèglements sont inévitables, du fait de l'inertie du système climatique et demandent de notre part une adaptation », p. 6.

¹⁶⁸ VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement, op.cit.*, p. 313 : « Mais comment définir ou plutôt borner l'irréversibilité, est-ce pour 25 ans à la manière du seuil d'irréversibilité en matière de désertification ? Pour 100 ans ou pour 1000 ans ? Est-ce à l'échelle géologique ? ».

¹⁶⁹ Pour une définition de la notion de géosystème, Cf. VEYRET Y., *op.cit.*, p. 163. Le géosystème est conçu comme un « système territorial naturel qui prend en compte l'ensemble des structures qui organisent un espace et son fonctionnement. Cette notion enrichit celle d'écosystème dont elle s'inspire (...) Le géosystème fait une part plus large aux données abiotiques et introduit les faits anthropiques ».

¹⁷⁰ VEYRET Y., *Ibid.*, p. 348.

98. Au même titre qu'il existe des déclinaisons temporelles de l'objet environnemental, des déclinaisons spatiales nécessitent d'être retenues. L'environnement comme objet de l'irréversibilité peut être entendu de manière plus ou moins étendue. Ainsi, il est possible d'identifier des irréversibilités localisées sur un territoire mais également des irréversibilités mondiales. La notion d'échelle spatiale doit être retenue afin de garantir une prise en compte satisfaisante de l'irréversibilité. De ce fait, l'objet « espace » est formé d'irréversibilités environnementales à petite, moyenne ou grande échelle ainsi que transfrontalières¹⁷¹. Une échelle de priorité qui serait attachée à l'échelle « espace » risquerait d'être préjudiciable pour l'environnement. En effet, une irréversibilité à petite échelle est susceptible d'avoir des conséquences graves sur l'environnement, notamment en ce qui concerne les espèces endémiques.

99. Qu'il s'agisse de la temporalité ou de la spatialité de l'irréversibilité, il semble que la démarche à adopter en vue d'une meilleure prise en compte soit celle d'une acception large du phénomène. Cette acception large est justifiée par l'aspect définitif de l'irréversibilité. L'objet des irréversibilités de fait environnementales permet d'identifier l'environnement comme cadre de manifestations de l'irréversibilité.

§2. Les manifestations de l'irréversibilité

100. L'objet environnemental de l'irréversibilité ne suffit pas à définir entièrement ce phénomène et permet seulement de déterminer le cadre général de manifestation de l'irréversibilité. L'irréversibilité de fait environnementale en elle-même recèle des

¹⁷¹ Pour une définition du caractère transfrontalier, il est possible de retenir la définition de « l'impact transfrontière » donnée par la Convention d'Espoo, Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, 25 février 1991, Article 1^{er}, Définitions : « L'expression « impact transfrontière » désigne tout impact, et non pas exclusivement un impact de caractère mondial, qu'aurait dans les limites d'une zone relevant de la juridiction d'une Partie une activité proposée dont l'origine physique se situerait en tout ou partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre Partie » ; Cf. Egalement Convention d'Helsinki relative à la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontières et des lacs internationaux, 17 mars 1992, Article 1^{er} Définitions : « 2. L'expression « impact transfrontière » désigne tout effet préjudiciable important qu'une modification de l'état des eaux transfrontières causée par une activité humaine dont l'origine physique se situe entièrement ou en partie dans une zone relevant de la juridiction d'une Partie produit sur l'environnement d'une zone relevant de la juridiction d'une autre Partie. Cet effet sur l'environnement peut prendre plusieurs formes : atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou interaction de plusieurs de ces facteurs ; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socio-économiques résultant de modifications de ces facteurs ».

complexités nombreuses qu'il convient d'identifier. Les « figures »¹⁷² de l'irréversibilité environnementale sont multiples (A) et sont liées notamment aux notions de renouvellement et de vulnérabilité (B).

A) Les figures de l'irréversibilité

101. Il existe des figures conceptuelles de l'irréversibilité qui s'attachent globalement au phénomène de l'irréversibilité (1), des figures matérielles qui traduisent plus spécifiquement l'irréversibilité (2) et enfin il semble possible de considérer qu'il existe une figure spécifique d'irréversibilité, celle de la catastrophe écologique (3).

1) Les figures conceptuelles de l'irréversibilité

102. L'irréversibilité environnementale, telle qu'elle doit être prise en compte par le droit, traduit *in fine* une atteinte à l'environnement. A titre d'exemple, C. Huglo définit la pollution comme « une donnée scientifiquement et objectivement mesurable, indépendamment de la qualité ou de la position de l'observateur : elle fait entrer en jeu la notion d'irréversibilité ou de potentiellement irréversible »¹⁷³. Les pollutions de tout ordre peuvent donc constituer des atteintes potentiellement irréversibles pour l'environnement¹⁷⁴.

103. Il reste difficile de proposer une définition globale et certaine de « l'atteinte à l'environnement ». Le terme « atteinte » en son sens premier signifie « un dommage matériel ou moral »¹⁷⁵. D. Lobry apporte une définition de l'« atteinte environnementale » à explorer. En effet, elle propose une nouvelle qualification juridique de l'atteinte à

¹⁷² Le terme « figure » est choisi ici en écho à l'ouvrage de Messieurs BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris, 1991.

¹⁷³ HUGLO C., *Environnement et droit de l'environnement*, J.-Cl Environnement, Fasc. 101, 1992.

¹⁷⁴ Sur l'état de l'environnement, il est possible de citer le rapport du PNUE (GEO-2000) sur « l'avenir de l'environnement mondial », afin de comprendre l'état de l'environnement aujourd'hui et les rares progrès fait pour éradiquer les atteintes irréversibles : « Des efforts sont faits pour enrayer la dégradation de l'environnement mais on admet également qu'ils sont trop peu nombreux et bien trop tardifs, les preuves d'amélioration sont rares. (...) Les améliorations et les progrès seront vraisemblablement réduits à néant par le rythme et l'ampleur de la croissance économique au niveau mondial, par l'aggravation générale de la pollution du milieu et la dégradation accélérée des ressources renouvelables de la planète ».

¹⁷⁵ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013. Pour une définition de l'atteinte cf. également CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Editions PUF, Paris, 9^e édition, 2011 : « Action dirigée contre quelque chose ou quelqu'un par des moyens divers : dégradation (atteinte matérielle), injure (atteinte morale), blessure (atteinte corporelle), spoliation (atteinte juridique) ».

l'environnement à travers la rupture de l'ordre public écologique¹⁷⁶. L'environnement fait aujourd'hui partie des valeurs primordiales de la société en rejoignant l'ordre public comme le consacre l'article 1 de la loi du 7 janvier 1983¹⁷⁷ relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat. L'article repris dans le CGCT, article L1111-2, énonce que les collectivités locales et l'Etat ont comme fin « la protection de l'environnement et l'amélioration du cadre de vie »¹⁷⁸. Cette rupture de l'ordre public écologique nécessite cependant d'être caractérisée par une collectivité et que l'atteinte soit grave. Cette collectivité et cette gravité semblent être inhérentes au phénomène de l'irréversibilité. En effet, en reprenant l'exemple d'une disparition d'espèce, il est possible de considérer qu'il s'agisse d'une perte collective, puisqu'elle prive l'homme de cette ressource, et d'une perte grave puisque désormais cette ressource aura disparu. L'atteinte environnementale irréversible pourrait donc être qualifiée juridiquement à travers une rupture de l'ordre public écologique en tant qu'elle est à l'origine et génératrice d'un dommage causé aux éléments constitutifs de la notion d'environnement telle qu'entendue précédemment.

104. L'atteinte irréversible à l'environnement suggère l'idée d'anormalité. L'irréversibilité est une atteinte spécifique à l'environnement. Une différenciation existe entre atteinte « grave » à l'environnement et atteinte « irréversible ». Il serait ainsi possible qu'une atteinte ne revête pas un caractère de gravité tout en étant irréversible, en partant de l'idée qu'une atteinte « non grave » ne concerne pas une ressource vitale pour l'homme ou les êtres vivants. Cependant, il semble préférable de considérer que tout ce qui est détruit de manière irréversible, disparaît du patrimoine humain et constitue une perte au regard de la diversité biologique, culturelle et traditionnelle. De ce fait, l'atteinte irréversible est nécessairement une atteinte grave puisqu'elle constitue une perte de potentiel. Cette réflexion éthique est une approche nécessaire dans la protection de l'environnement et plus particulièrement dans le cadre d'une lutte contre l'irréversibilité.

¹⁷⁶ LOBRY D., *Pour une définition juridique des réfugiés écologiques : réflexion autour de la qualification juridique de l'atteinte à l'environnement*, revue en ligne ASYLON(s), n°6, novembre 2008 : <http://terra.rezo.net/article846.html>. Cf. Egalement, *L'ordre public écologique, Towards an ecological public order*, Colloque sous la direction de BOUTELET M. et FRITZ J-C., Editions Bruylant, 2005.

¹⁷⁷ Loi 83-8 du 7 janvier 1983 *relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat*, dite loi Defferre, JO du 9 janvier 1983, p. 215.

¹⁷⁸ Article qui selon Michel Prieur constitue le fondement légal d'un ordre public écologique en droit français, PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 57.

105. Les figures de l'irréversibilité environnementale se déclinent de différentes manières à travers l'idée d'atteinte. La première distinction qu'il est nécessaire d'écarter est celle de positivité¹⁷⁹ ou de négativité de l'irréversibilité, puisque dans une étude sur l'irréversibilité de fait environnementale saisie par le droit, la négativité est le seul aspect à retenir. D'autres distinctions apportent en revanche des éléments intéressants pour la compréhension de l'irréversibilité.

106. En effet, il pourra s'agir tout d'abord d'irréversibilité « quantitative » ou « qualitative ». L'irréversibilité quantitative s'illustrera par exemple par la diminution du nombre d'individus d'une espèce, puis de la disparition de cette même espèce. Petit à petit les spécimens d'une espèce vont voir leur nombre diminuer pour finalement disparaître. Comme il a été vu précédemment, l'irréversibilité quantitative se manifeste au sein même de la problématique de la biodiversité. La biodiversité s'apprécie tant par la richesse du nombre d'espèces existantes que par la qualité de l'environnement. L'irréversibilité qualitative fait précisément appel à cette notion de qualité de l'environnement, illustrée notamment par le cas de la pollution des eaux ou de l'air. Cependant, il reste malaisé de prouver la diminution quantitative ou qualitative de l'environnement. L'exemple de la jurisprudence du TGI de Bastia du 8 décembre 1976¹⁸⁰, témoigne de cette difficulté, le juge n'ayant pu proclamer un préjudice écologique du milieu marin. En effet, des évaluations mathématiques avaient montré que, eu égard aux surfaces contaminées et à la quantité de poissons concernés par la pollution, la disparition théorique pouvait être avérée, mais faute de prouver que ce poisson avait effectivement disparu et que les pêcheurs avaient souffert de cette disparition, la réparation n'a pu être prononcée.

107. Il peut s'agir ensuite d'irréversibilité « objective » ou « subjective ». Cette distinction rejoint celle de la temporalité de l'irréversibilité. Une irréversibilité pourra être identifiée comme subjective parce que finalement liée à une décision humaine et aux choix qui en découleront. Les institutions humaines, par le biais de procédures notamment juridiques, considéreront telle atteinte comme irréversible en se fondant sur le fait qu'à l'échelle du temps humain aucune action ne permettra d'inverser le processus. Une irréversibilité sera

¹⁷⁹ L'irréversibilité ne doit pas être uniquement perçue dans un processus de destruction. Elle peut résulter de la création de nouvelles identités, de nouveaux systèmes et de complexification d'une organisation. Cf. GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement, Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1991.

¹⁸⁰ TGI. Bastia, 8 déc. 1976, D. 1977, Chronique 429, note REMOND-GOUILLOUD M.

objective lorsqu'elle ne pourra pas être contestée. Il est possible de considérer que tel est le cas dans le cadre d'une disparition d'espèce. En parallèle de ces deux catégories d'irréversibilité, se pose la question des cas d'irréversibilité ignorés de l'homme. La complexité et la richesse de l'environnement induit nécessairement une grande part de méconnaissance. Ainsi, certaines disparitions d'espèces inconnues de l'homme et fatalement irréversibles sont susceptibles de se produire. Ces irréversibilités qu'il convient de considérer comme objectives (en ce sens que si elles étaient connues elles ne pourraient être contestées) ne peuvent cependant entrer dans une réflexion juridique à propos des irréversibilités de fait environnementales. En effet, le droit ne peut se saisir que de ce qui lui est permis de connaître. Le champ de l'irréversibilité est donc étroitement lié au champ des connaissances scientifiques en extension.

108. Il pourra enfin s'agir d'irréversibilité « récurrente » ou « non-récurrente ». La figure d'irréversibilité non-récurrente correspond par exemple à l'épuisement d'une ressource particulière ou à la survenance d'une catastrophe écologique. Dans ce cas-là, c'est la notion de seuil qui intervient dans l'identification de l'irréversibilité. Concernant la figure d'irréversibilité récurrente, c'est l'effet de cumul qui permet l'identification. Il peut s'agir notamment d'une installation classée qui déverse pendant des années diverses substances polluantes dans l'air et dans l'eau.

109. Aux figures conceptuelles s'adjoignent les figures matérielles de l'irréversibilité. Si les figures conceptuelles forment le cadre général des manifestations de l'irréversibilité, les figures matérielles représentent quant à elles les manifestations mêmes de l'irréversibilité.

2) Les figures matérielles de l'irréversibilité

110. Les figures matérielles de l'irréversibilité au même titre que les figures conceptuelles sont multiples.

111. La première figure de l'irréversibilité qui apparaît est celle de l'usure. L'usure peut être définie comme « la détérioration par un usage prolongé, la diminution ou l'altération »¹⁸¹. Une ressource environnementale va subir une usure, une dégradation, le plus souvent du fait de l'homme, qui va à terme la mener à sa disparition. Cette figure de

¹⁸¹ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

L'usure est liée à la conception scientifique de l'irréversibilité et principalement à la notion d'entropie¹⁸². L'usure peut se traduire notamment par l'appauvrissement dû à l'introduction d'espèces exogènes. L'équilibre général qui existait au sein de la répartition des espèces a été considérablement perturbé par l'homme qui, intentionnellement ou accidentellement, a déplacé ou favorisé le déplacement hors de leur aire de répartition naturelle de milliers d'espèces¹⁸³. Ces perturbations ont entraîné des modifications irréversibles des écosystèmes. L'introduction d'espèces¹⁸⁴ est condamnée par le droit international de l'environnement. A ce propos, la Convention sur la diversité biologique de 1992 rappelle que chaque partie contractante « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, empêche d'introduire, contrôle ou éradique les espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces »¹⁸⁵. A ce titre T. Bretesche souligne qu'il existe plusieurs possibilités pour gérer les espèces introduites. Ainsi, en fonction « des possibilités techniques, économiques, et sociales, il s'agira soit de limiter les effets des espèces introduites (*mitigation*), soit de favoriser leur adaptation (*adaptation*) ». Il précise que les effets des deux stratégies ne sont pas les mêmes et que si « la première approche participe à la lutte contre l'irréversibilité des introductions et à la protection de l'intégrité du milieu », tel n'est pas le cas de « la seconde qui privilégie la simple recherche du maintien de l'équilibre du milieu »¹⁸⁶.

112. L'épuisement des énergies fossiles est l'archétype de la figure de l'usure. La Déclaration de Stockholm de 1972 pointait déjà dans son préambule « l'épuisement des ressources irremplaçables » et précisait dans son article 5 que « les ressources non renouvelables du globe doivent être exploitées de façon qu'elles ne risquent pas de s'épuiser »¹⁸⁷. Pareillement, la Charte mondiale de la nature soulignait en 1982 le fait que l'homme « peut par ses actes ou leurs conséquences, transformer la nature et épuiser ses ressources et doit, de ce fait, pleinement reconnaître qu'il est urgent de maintenir l'équilibre

¹⁸² Cf. Introduction. L'augmentation de l'entropie entraîne une dégradation de l'énergie, d'où le lien avec l'idée d'usure.

¹⁸³ Comme par exemple le cas de l'algue *caulerpa taxifolia*.

¹⁸⁴ Concernant les introductions d'espèces, Cf. notamment BRETESCHE T., *L'introduction d'espèces exotiques et la protection de l'environnement : étude d'un système juridique*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Nantes, 2008.

¹⁸⁵ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, article 8h.

¹⁸⁶ BRETESCHE T., *op.cit.*, p. 171.

¹⁸⁷ Déclaration finale de la conférence des Nations Unies sur l'environnement, Préambule, Stockholm, 16 juin 1972.

et la qualité de la nature et de conserver les ressources naturelles »¹⁸⁸. Plus récemment, l'UICN dans une de ses résolutions constate que « l'extinction des espèces n'est pas le fait du hasard, et se concentre autour de familles comptant un nombre réduit d'espèces ». Cet élément factuel entraîne « une perte bien plus importante en termes d'histoire de l'évolution que les scénarios d'extinction aléatoires »¹⁸⁹. A propos du terme même de « ressources », M. Delmas-Marty apporte un éclaircissement terminologique intéressant. En effet, en dehors de l'usage environnemental que le droit de l'environnement en fait, le mot « ressource » ramène tout d'abord à l'idée d'« ultime ressource » avec l'idée sous-jacente de pénurie ou de danger. Ensuite, le terme de « ressource » peut exprimer une « vision utilitariste » impliquant l'idée de possibilité de transformation¹⁹⁰. L'utilisation de ce mot traduit donc, même dans l'effort d'identification des éléments naturels, une empreinte humaine ineffaçable.

113. La dégradation est qualitative et/ou quantitative et peut se révéler sous la forme d'une modification qui affecte certaines zones et changent les caractéristiques de la ressource. Le terme de « modification » est repris par la Convention de Ramsar de 1971 qui souligne l'existence de « modifications écologiques des zones humides »¹⁹¹. A titre d'exemple, la communication de la Commission européenne relative à la diminution de la biodiversité soulève deux menaces responsables de cet appauvrissement de la biodiversité : l'utilisation et le développement inconsidérés des sols ainsi que l'impact grandissant des changements climatiques sur la biodiversité¹⁹². Elle ajoute qu'« une fois franchi un certain cap », il est très difficile voire impossible de rétablir les écosystèmes : « l'extinction est définitive ». La Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification adoptée à Paris le 17 juin 1994, apporte une définition de la dégradation des terres dans son article premier : « l'expression « dégradation des terres » désigne la diminution ou la disparition de la productivité biologique ou économique, des terres cultivées irriguées, des parcours, des pâturages, des forêts ou des surfaces boisées ». Cette dégradation se manifeste notamment

¹⁸⁸ Charte mondiale de la nature, 28 octobre 1982.

¹⁸⁹ IUCN, *Mettre un terme à la perte des lignées distinctes du point de vue de l'évolution*, Résolutions WCC-20120-Res-019-FR, Corée, Jéju, septembre 2012.

¹⁹⁰ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Collection La couleur des idées, Paris, 2004, p. 379.

¹⁹¹ Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, Ramsar, 2 février 1971, article 3-2.

¹⁹² Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà, Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain*, COM(2006) 216 final, 22 mai 2006, Bruxelles.

par l'érosion des sols causée par le vent et/ou l'eau, la détérioration des propriétés physiques, chimiques et biologiques ou économiques des sols, et la disparition à long terme de la végétation naturelle. La stratégie communautaire thématique en faveur de la protection des sols de 2006 précise que « la formation des sols étant un processus extrêmement lent, on peut considérer qu'il s'agit essentiellement d'une ressource non renouvelable (...). Le sol est un milieu extrêmement complexe et variable (...). Toute dégradation de sa structure détériore également les autres milieux naturels et écosystèmes »¹⁹³.

114. La seconde figure, induite par la première, est celle de la perte, pouvant aller jusqu'à la perte de l'objet unique. La perte environnementale est l'irréversibilité absolue au même titre que le meurtre l'est pour le droit pénal. Elle se traduit notamment par le terme « extinction », ou « disparition » qui est la conséquence finale d'une situation d'irréversibilité. Cette perte reste relative lorsqu'il s'agit d'espèces. En effet, la perte d'un individu ne constitue pas une perte irréversible absolue à proprement dite tant qu'il existe d'autres individus de cette espèce. Cependant, il s'agit ici d'un cas relevant de la première figure d'irréversibilité, l'usure. La première mène indubitablement à la seconde en cas d'inaction et la gravité de cette perte ne doit pas être sous-estimée. La perte sera définitivement irréversible lorsque le dernier individu de l'espèce aura disparu. Il est opportun ici de pouvoir différencier perte raisonnable et perte grave, notamment grâce à la notion de renouvellement¹⁹⁴. La figure de la perte de l'objet implique qu'il n'existe pas de substitut susceptible de remplacer l'objet unique. Le droit ne répond pas toujours de manière satisfaisante à cette figure de la perte, notamment en ce qui concerne la notion de destruction. L'article L. 411-1 du Code de l'environnement¹⁹⁵ énonce par exemple que la

¹⁹³ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie thématique en faveur de la protection des sols COM/2006/0231.

¹⁹⁴ Cf. *Infra*.

¹⁹⁵ Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 *relative à la protection de la nature*, JO du 13 juillet et rectificatif du 28 novembre 1976, article L. 411-1 du Code de l'environnement : « I. Lorsqu'un intérêt scientifique particulier ou que les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées, sont interdits : 1° La destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur détention, leur mise en vente, leur vente ou leur achat ; 2° La destruction, la coupe, la mutilation, l'arrachage, la cueillette ou l'enlèvement de végétaux de ces espèces, de leurs fructifications ou de toute autre forme prise par ces espèces au cours de leur cycle biologique, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur mise en vente, leur vente ou leur achat, la détention de spécimens prélevés dans le milieu naturel ; 3° La destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier à ces espèces animales ou végétales ; 4° La destruction des sites contenant des fossiles permettant d'étudier l'histoire du monde vivant ainsi que les premières activités humaines et la destruction ou l'enlèvement des fossiles présents sur ces sites ».

destruction d'une espèce animale non domestique ou végétale non cultivée est punissable si elle présente : « un intérêt scientifique particulier ou si les nécessités de la préservation du patrimoine biologique naturel justifie sa conservation ». Il convient de ne plus permettre la destruction d'un bien environnemental s'il y a risque d'irréversibilité.

115. En finalité, l'irréversibilité constitue la perte d'une chance pour l'homme¹⁹⁶, qu'il s'agisse d'une perte d'exploitation de la ressource ou de connaissance. Comme l'explique M. Rémond-Gouilloud, il s'agit de la perte d'un potentiel, « l'atteinte portée à la capacité de reproduction de la ressource importe plus que la destruction d'un individu »¹⁹⁷. La Convention de l'UNESCO de 1972 précise à ce sujet dans son préambule « que la dégradation ou la disparition d'un bien du patrimoine culturel et naturel constitue un appauvrissement néfaste du patrimoine de tous les peuples du monde ». La notion juridique de la « perte d'une chance » tend à pénétrer la sphère du droit de l'environnement. A. Rouyère écrit à propos du principe de précaution que « seule une sanction juridique de la prise de risque par un raisonnement de perte d'une chance, indépendant de sa réalisation et *a fortiori du dommage*, c'est-à-dire du constat de la chance perdue, pourrait donner une portée à l'exigence de précaution »¹⁹⁸.

116. Parallèlement à ces figures conceptuelles et matérielles de l'irréversibilité, la notion de catastrophe revêt une importance toute particulière au sein de l'irréversibilité.

3) *Le phénomène de catastrophe en tant que figure de l'irréversibilité*

117. Une catastrophe peut se définir comme « un évènement brutal qui provoque des dommages aux personnes, aux biens et parfois aux écosystèmes »¹⁹⁹. Le terme brutal ne doit pas forcément être entendu ici comme quelque chose de rapide ou d'instantané mais comme une « rupture du cours ordinaire des choses »²⁰⁰. La catastrophe est liée à l'idée de

¹⁹⁶ Cf. A ce sujet JEAN-BAPTISTE W., *L'espérance légitime*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, Editions LGDJ, Fondation Varenne, 2011.

¹⁹⁷ REMOND-GOUILLOUD M., *La réparation du préjudice écologique*, J.-Cl Environnement Fasc. 1060.

¹⁹⁸ ROUYERE A., *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques*, Rec. Dalloz, 2007, p. 1537.

¹⁹⁹ VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement*, *op.cit.*

²⁰⁰ *Ibidem.*

destruction et par là-même à celle d'irréversibilité²⁰¹. V. Magniny énonce l'élément principal constituant la catastrophe (en différenciation du dommage écologique)²⁰² : « les éléments caractéristiques de la catastrophe écologique sont d'ordre quantitatif, en l'absence de profondes différences de nature entre le dommage et la catastrophe écologique, quoique à un degré différent. Tous deux induisent une atteinte à l'environnement »²⁰³. C'est dans les destructions environnementales que la catastrophe constitue une potentielle figure d'irréversibilité de fait environnementale.

118. M. Reghezza apporte une définition intéressante de la notion de catastrophe en lui adjoignant quatre critères²⁰⁴. Le premier est le caractère néfaste de la catastrophe dans sa globalité. Dans cette négativité, la catastrophe écologique rejoint la définition même de l'atteinte irréversible. Le second est son aspect extraordinaire, exceptionnel. Ce caractère hors du commun le distingue d'autres dommages environnementaux. Le troisième est le caractère social de la catastrophe : il semble qu'il soit nécessaire que l'homme perçoive la catastrophe comme telle. En matière environnementale, il arrive le plus souvent qu'une atteinte soit considérée comme catastrophe lorsque des pertes humaines sont établies. L'appréhension de la notion de catastrophe écologique reste principalement anthropomorphique. Ce troisième aspect semble pouvoir être discuté. En effet, par désinformation, méconnaissance, ou désintérêt, certaines atteintes à l'environnement pouvant être qualifiées de catastrophes risquent d'être écartées de cette catégorie. Or, cette appellation présente un intérêt notamment médiatique pour la protection de l'environnement et pour les mesures politiques et juridiques qui s'en suivront. Le dernier aspect retenu par M. Reghezza est le caractère fédérateur lié à la catastrophe. Ainsi, « ce sous-système social doit se redéfinir et s'affirmer pour échapper à la destruction que porte en elle la catastrophe »²⁰⁵. La destruction réapparaît ici comme élément intrinsèque de la catastrophe. La distinction entre atteinte ou accident et catastrophe réside donc dans ce caractère exceptionnel. La question de la définition de cette exception se pose. Il semble possible d'y répondre en considérant un seuil d'acceptabilité, qui varie selon les époques, les sociétés et les individus. En cas de dépassement de ce seuil de tolérance, la catastrophe sera établie.

²⁰¹ Concernant les catastrophes écologiques, Cf. Acte de colloque, *Catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Limoges, 11, 12 et 13 mars 2009, Editions Bruylant, 2012.

²⁰² Différenciation qui existe également du point de vue juridique. Cf. *Infra*.

²⁰³ MAGNINY V., *Les réfugiés de l'environnement, Hypothèse juridique à propos d'une menace écologique*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 1999, p. 229.

²⁰⁴ REGHEZZA M., in VEYRET Y., *Dictionnaire de l'Environnement*, *op.cit.*

²⁰⁵ *Ibidem*.

119. La catastrophe est liée à l'idée de destruction et rejoint ainsi l'irréversibilité. Les inondations, avalanches, incendies, séismes, éruptions volcaniques, cyclones, pour les catastrophes naturelles, entraînent de la destruction. Outre la destruction, ce qui lie irréversibilité et catastrophe est la notion de risque²⁰⁶. L'irréversibilité est très rarement certaine, de même que pour les catastrophes lesquelles ne deviennent le plus souvent catastrophes qu'*a posteriori*, d'où un contexte d'application de prédilection du principe de précaution et du principe de prévention²⁰⁷. Un risque naturel tel qu'un incendie ou un risque technologique comme l'explosion de l'usine AZF véhicule en son sein une potentialité d'irréversibilité. Toute la difficulté du lien entre risque et irréversibilité est cette potentialité qui caractérise les deux notions. Un risque environnemental est un événement futur incertain dommageable pour l'environnement. Il s'agit déjà d'une potentialité. Dans le caractère dommageable du risque, plusieurs échelles existent dont celle de l'irréversibilité, qui reste ici une potentialité. Il est très difficile de déterminer les conséquences irréversibles d'un risque. Il s'agit ici d'une potentialité de potentialité, si la prévision d'un risque est une chose ardue, la prévision du caractère irréversible des conséquences de la concrétisation de ce risque l'est plus encore.

120. L'irréversibilité est-elle finalement une particularité, parmi d'autres, des catastrophes écologiques ou bien une catégorie à part entière de catastrophes. Autrement dit la catastrophe constitue-t-elle une figure d'irréversibilité ?

L'irréversibilité est un élément constitutif de la catastrophe, au même titre que le caractère transfrontalier ou local d'une catastrophe, ou du caractère industriel ou naturel. C'est une caractéristique particulière : les dommages irréversibles qui sont susceptibles de découler d'une catastrophe se distinguent par leur gravité et leur irrévocabilité. L'état initial d'un écosystème, d'un élément environnemental, ne pourra pas être retrouvé. Cependant, toute la difficulté en matière d'irréversibilité est l'incertitude attachée au phénomène. Sa processualité est la cause majeure de cette incertitude. Cette incertitude liée à son occurrence rend ce phénomène relatif. Les catastrophes, au même titre que l'homme, sont créatrices d'irréversibilité. La dimension dramatique d'une catastrophe se manifeste principalement dans ses conséquences irréversibles. En effet, où est le drame s'il existe une

²⁰⁶ Cf. *Infra*.

²⁰⁷ J-P Dupuy parle de « crédibilité » plus que d'incertitude de la catastrophe. Cf. DUPUY J-P., *Pour un catastrophisme éclairé*, Editions du Seuil, Paris, 2002.

réversibilité ? Si l'action de l'homme peut permettre de réparer les dommages engendrés par la catastrophe au point de faire comme si elle n'avait jamais eu lieu ? Une catastrophe est dramatique du fait de ses irréversibilités, qu'il s'agisse de pertes humaines ou environnementales. Ainsi, dans une vision économique, S. Rouillon, à propos de l'étude des changements climatiques, retient que les catastrophes écologiques représentent un « type de discontinuité irréversible dans la trajectoire du bien-être »²⁰⁸. Du fait de cette spécificité d'irrévocabilité, puisque la fin du processus irréversible mène à une situation irrévocable, les mesures de précaution ou de prévention à prendre sont plus importantes. Ne serait-il donc pas envisageable de reconnaître la catastrophe écologique comme figure d'irréversibilité à part entière ? Si l'on reprend les critères définitionnels de la catastrophe et ceux de l'irréversibilité, les points communs existent : néfaste, exceptionnel. Les critères social et fédérateur tiennent plus d'une prise de conscience que d'une qualité intrinsèque. La catastrophe, du fait de la destruction qu'elle entraîne nécessite d'être appréhendée comme une figure d'irréversibilité. Cependant, il ne s'agit pas ici de reconnaître toute irréversibilité comme catastrophe, chose irréalisable et qui dans certains cas s'avérerait de peu d'intérêt, mais de reconnaître finalement à l'irréversibilité une dimension catastrophique qui obligerait une prise de conscience et une prise en compte renforcée. La dimension catastrophique de l'irréversibilité est finalement la perte d'une chance pour l'homme. L'usure provoquée par le processus irréversible, la dégradation, la disparition environnementale, prive l'homme au mieux d'une qualité de vie, d'une connaissance scientifique, d'une utilisation des ressources naturelles, au pire d'une vie durable sur la planète.

121. Les figures de l'irréversibilité sont nombreuses et finalement difficilement qualifiables en dehors d'un classement généraliste. Deux phénomènes importants viennent compléter la détermination de l'irréversibilité : celui de renouvellement et celui de vulnérabilité.

²⁰⁸ ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, in *Revue Economique*, vol. 52, n°1, 01/01/01, p. 61-90, p. 67.

B) Les phénomènes de renouvellement et de vulnérabilité dans les figures de l'irréversibilité

122. Les notions de renouvellement et de non renouvellement ainsi que celle de vulnérabilité sont étroitement liées à l'irréversibilité et doivent être prises en compte pour une détermination satisfaisante de l'irréversibilité environnementale.

123. Dans une approche première, le renouvellement est antagoniste au phénomène d'irréversibilité. Il se définit comme le fait de « remplacer par une chose nouvelle et semblable »²⁰⁹. C'est l'idée de renaissance qui est liée au renouvellement. Si l'image de l'irréversibilité pouvait se traduire par une ligne finie, celle du renouvellement serait un cercle. Le qualificatif « semblable » présent dans la définition illustre l'opposition entre renouvellement et irréversibilité. En effet, si la nouveauté peut être une manifestation de l'irréversibilité, telle que la naissance, le renouvellement exclut l'irréversibilité. Par renouvellement, il s'agit d'entendre la réapparition de quelque chose qui existait déjà. C'est dans cet antagonisme que l'idée de renouvellement est importante dans le cadre d'une détermination de l'irréversibilité. Dans les textes juridiques, il est possible de trouver le terme de « réanimation », qui est lié à l'idée de renouvellement, c'est-à-dire la volonté de renverser le processus de dégradation environnementale. Ce terme est repris par exemple dans la Convention sur le patrimoine mondial de 1972 qui prévoit de « prendre toutes les mesures juridiques, scientifiques, techniques, administratives, financières adéquates pour (...) la réanimation du patrimoine »²¹⁰. Le terme de « régénération », est également employé dans la Convention sur la diversité biologique de Rio de 1992. Elle énonce que chaque partie contractante « adopte des mesures en vue d'assurer la reconstruction et la régénération des espèces menacées »²¹¹.

124. En matière d'environnement, le phénomène de renouvellement est principalement lié à la problématique des ressources naturelles. Elles peuvent être définies comme des « matières premières reconnues comme nécessaires aux besoins essentiels de l'activité humaine »²¹². Ce sont « les matières premières comme les minéraux, la biomasse, et les ressources biologiques, les milieux comme l'air, l'eau et le sol ; les ressources dynamiques

²⁰⁹ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

²¹⁰ Convention sur le patrimoine mondial naturel et culturelle, Paris, 23 novembre 1972, article 5.

²¹¹ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, article 9.

²¹² VEYRET Y., *Dictionnaire de l'Environnement*, op.cit.

comme le vent, la géothermie, les marées et l'énergie solaire ; et l'espace (surface de terre)²¹³ ». Deux catégories de ressources naturelles peuvent être retenues, les ressources renouvelables et les ressources non renouvelables. Les ressources renouvelables sont celles qui sont capables de se régénérer à l'échelle du temps, c'est-à-dire de se reconstituer. Les ressources non renouvelables sont celles qui en sont incapables. Il s'agit d'éviter d'utiliser des ressources non renouvelables ou de transformer les ressources renouvelables en non renouvelables par le biais d'une surexploitation. Le phénomène d'irréversibilité est susceptible d'apparaître dans le cadre des ressources non renouvelables. En effet, l'utilisation incontrôlée de ressources non renouvelables traduit nécessairement la figure de l'usure qui conduira à la disparition de la ressource. En ce qui concerne les ressources renouvelables, une surexploitation ou une mauvaise exploitation peut mener à un non-renouvellement, traduction d'un phénomène irréversible. La stratégie thématique communautaire sur l'utilisation durable des ressources naturelles rappelle à ce sujet que « la façon dont les ressources naturelles sont utilisées et la vitesse à laquelle celles qui sont renouvelables sont exploitées érodent rapidement la capacité de la planète à les régénérer et à préserver les services dispensés par la nature »²¹⁴. L'exemple de l'exploitation des ressources halieutiques est une illustration probante de ce phénomène. En effet, les ressources halieutiques sont principalement des ressources renouvelables. Cependant, une mauvaise exploitation, et notamment la pêche de poissons avant leur maturité sexuelle, exclut la reproduction et transforme ces ressources en ressources non renouvelables²¹⁵. De nombreuses Conventions internationales préconisent une utilisation durable des ressources. La Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique dite Convention d'Helsinki du 22 mars 1974²¹⁶ énonce que les parties doivent assurer « la remise en état écologique de la mer Baltique en vue de l'auto-régénération de son milieu marin ». La Convention sur la protection des Alpes de 1991 évoque la question du temps nécessaire à la reconstruction en « considérant que (...) la réparation des dommages, quand

²¹³ Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Stratégie thématique sur l'utilisation durable des ressources naturelles*, COM(2005) 670 final, 21 décembre 2005, Bruxelles, p. 3.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Cf. NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, Editions LGDJ, 8^e édition, Paris, 2009, « La vieille croyance dans le caractère inépuisable des richesses de la mer a en effet cédé la place à la prise de conscience du danger de leur dévastation à la suite des progrès techniques de la pêche ». La gestion durable de la pêche fait partie des objectifs du Plan stratégique pour la diversité biologique de l'IUCN, « Objectif 6 : D'ici à 2020, tous les stocks de poissons et d'invertébrés et plantes aquatiques sont gérés et récoltés d'une manière durable, légale et en appliquant des approches fondées sur les écosystèmes, de telle sorte que la surpêche soit évitée ».

²¹⁶ Convention pour la protection de la mer baltique, Helsinki, 22 mars 1974, entrée en vigueur en 1980, remplacée le 9 octobre 1992 par une nouvelle Convention, entrée en vigueur le 17 janvier 2000.

elle est possible, ne peut se faire qu'au prix d'intenses efforts (...) et en règle générale, sur de longues périodes ». Les termes de reconstitution, régénération, renouvellement sont donc présents dans l'appréhension du phénomène irréversible. La notion de fréquence est également très importante puisque « tout dans la nature est fait de rythmes, de cycles et de leurs ruptures »²¹⁷. Comme le souligne justement M. Fritz-Legendre, « si les atteintes à la biodiversité peuvent revêtir un caractère irréversible lorsqu'une espèce disparaît, leur portée est plus complexe à analyser si l'on tente de répercuter les conséquences de cette disparition sur les processus complexes qui animent la nature »²¹⁸. Cette analyse rejoint la définition de la biodiversité et des écosystèmes, et de cet enchevêtrement dont est faite la nature. Ces enchevêtrements induisent nécessairement des conséquences graves en cas d'irréversibilité.

125. Au même titre que la notion de renouvellement, celle de vulnérabilité joue un rôle important qu'il convient de ne pas négliger.

Chaque espèce, chaque écosystème, chaque élément de l'environnement a ses propres spécificités. Ces spécificités, tout autant que l'action de l'homme, sont susceptibles de les fragiliser, ce qui entraîne une vulnérabilité propice à créer de l'irréversibilité. A ce titre, H. Jonas parlait déjà en 1979 de la « vulnérabilité critique de la nature – vulnérabilité qui n'avait jamais été pressentie avant qu'elle ne se soit manifestée à travers les dommages déjà causés »²¹⁹. Cette découverte de la vulnérabilité a entraînée « le début d'une science de l'environnement »²²⁰. La vulnérabilité est née de « l'idée que l'aléa ne suffisait pas à comprendre le déclenchement de catastrophes »²²¹. Le mot vulnérabilité vient du Latin *vulnus* qui signifie blessure. Par extension ce qui est vulnérable est ce qui est sensible aux attaques. Certaines zones vont donc apparaître comme plus vulnérables que d'autres et de ce fait, plus propices à l'irréversibilité. Cette vulnérabilité résulte de l'exposition à des menaces physiques qui dépassent la capacité de résistance de l'environnement. Elle se pose pour l'environnement mais également pour l'homme qui a à pâtir de la dégradation de l'environnement. Cette vulnérabilité doit s'entendre autant qualitativement que quantitativement. Cette double manifestation, qualitative et quantitative, englobe donc une

²¹⁷ REMOND-GOUILLOUD M., *A la recherche du futur : la prise en compte du long terme par le droit de l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 5.

²¹⁸ FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 79-100.

²¹⁹ JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions du Cerf, 3^e édition 1995, p. 31.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ REGHEZZA M., in VEYRET Y., *Dictionnaire de l'Environnement*, *op.cit.*

conception scientifique mais également anthropocentrique de la vulnérabilité. En effet, un territoire peut s'avérer vulnérable du fait de ses caractéristiques environnementales mais présenter également une vulnérabilité sociale (pauvreté, sécheresse..), qui accroît la vulnérabilité globale du territoire. Un troisième angle peut être retenu, celui du caractère cumulatif des vulnérabilités de la nature. H. Jonas écrit à ce sujet que « son irréversibilité (des développements techniques) (...) introduit un autre facteur inédit dans l'équation morale. S'y ajoute son caractère cumulatif : ses effets s'additionnent de telle sorte que la situation de l'agir et de l'être ultérieur n'est plus la même que celle du premier acteur mais qu'elle devient de plus en plus différente (...) »²²². Ce cumul créé par les développements techniques déteint sur l'environnement. Les atteintes à l'environnement ont été depuis deux siècles si nombreuses et agressives qu'il n'est quasiment plus possible d'isoler une atteinte d'une autre. Les atteintes se cumulent les unes aux autres et produisent des vulnérabilités elles-mêmes cumulées.

126. Il est intéressant de préciser la notion de capacité de résilience en matière de vulnérabilité. C'est en réalité « l'antonyme de la vulnérabilité »²²³. Il s'agit de la capacité d'un écosystème, d'un habitat, d'une population ou d'une espèce à retrouver un fonctionnement et un développement normal après avoir subi une perturbation importante. Ce concept de résilience, concept scientifique de l'écologie de l'évolution, a été développé notamment par le biais des travaux de C.S. Holling relatifs à la stabilité des écosystèmes. Ses travaux ont porté « sur les rapports paradoxaux entre l'efficacité et la persistance, la constance et le changement, la prévisibilité et l'imprévisibilité des dynamiques caractéristiques des écosystèmes »²²⁴. C.S. Holling parle plus spécifiquement de la résilience « écologique ». Il s'agit de la capacité d'un système à pouvoir intégrer dans son fonctionnement une perturbation, sans pour autant changer de structure qualitative. Il ne s'agit plus ici de la capacité à revenir à l'état initial donc à une certaine capacité de réversibilité, mais d'étudier l'intensité maximale de la force que le système peut absorber sans changer de comportement, de fonctions, de processus de régulation. Passé ce seuil d'absorption, le système passe à une réorganisation de ces processus. Cette étude du passage tend à démontrer qu'un système écologique loin de s'effondrer après une perturbation grave peut s'adapter et évoluer. Les inconvénients de ce passage, même s'il s'agit d'une évolution et malgré tout d'une capacité à s'adapter, restent la perte irréversible

²²² JONAS H., *Le principe responsabilité*, op.cit., p.32.

²²³ REGHEZZA M., *Résilience et risques*, in VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement*, op.cit.

²²⁴ BOUCHON S., *Résilience*, in *Dictionnaire de l'environnement*, op.cit.

inévitables de certains éléments du système écologique en question suite à la perturbation. Une perturbation peut être ponctuelle ou régulière, tout comme locale ou globale. Elle entraîne dans tous les cas une modification plus ou moins importante « du fonctionnement de l'écosystème »²²⁵. La perturbation peut constituer un phénomène naturel auquel l'environnement doit pouvoir faire face du fait de sa capacité de résilience²²⁶. Cependant, la vulnérabilité d'un élément environnemental est susceptible de transformer une simple perturbation en une modification irréversible. Ainsi, la vulnérabilité de l'environnement doit être prise en compte par l'homme, soit comme une donnée supplémentaire permettant d'avoir une connaissance plus approfondie du milieu afin de garantir une prévention de l'irréversibilité, soit comme un facteur favorisant ou traduisant de l'irréversibilité. L'amélioration de la résilience des écosystèmes est d'ailleurs un des objectifs d'Aichi établis par l'IUCN d'ici à 2020²²⁷.

127. Enfin, la recherche d'une approche définitionnelle de l'irréversibilité environnementale passe nécessairement par l'examen de ses causalités.

§3. Les causalités de l'irréversibilité

128. Les causes de l'irréversibilité de fait environnementale sont nombreuses et entremêlées. Il est cependant possible de regrouper ces causes en deux catégories principales : les causalités qu'il est possible de considérer comme positives (A) et les causalités dites humaines (B).

A) Les causalités positives de l'irréversibilité

129. En prenant la définition de l'irréversibilité d'un point de vue neutre, il convient de considérer que l'irréversibilité représente une modification qu'il n'est pas possible d'inverser. L'irréversibilité est donc également constituée d'éléments qui naissent, qui apparaissent et surgissent, modifiant de manière irréversible le monde d'avant. L'idée de modification irréversible n'est pas forcément négative. De même, les instants irréversibles

²²⁵ VEYRET Y., *op.cit.*

²²⁶ Le rapport des Nations Unies suite à la conférence Rio + 20 de juin 2012, rappelle qu'il « est important de préserver la biodiversité, d'améliorer la connectivité entre les habitats et de renforcer la résilience de l'écosystème », ONU, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288, p. 43.

²²⁷ Plan stratégique pour la diversité biologique de l'IUCN, Objectif 15 d'Aichi.

qui se succèdent ne revêtent un caractère négatif que dans la mesure où intervient la subjectivité. Objectivement, la conscience du devenir se terminant par la mort, ces mêmes instants irréversibles ne traduisent aucune négativité. Le positif est entendu ici dans son sens qualitatif, c'est-à-dire « qui met l'accent sur le bien qui a été fait ou qui est à faire, plutôt que sur le mal commis ou à éviter »²²⁸, qui affirme ou pose une qualité comme existante et réelle, qui est favorable. Comme le souligne V. Jankélévitch, « assurément l'irréversibilité, n'est pas mortelle dans tous les cas »²²⁹.

130. La théorie de l'évolution permet d'appréhender l'irréversibilité de manière objective, en dehors d'un sentiment subjectif de crainte ou de rejet. Cette irréversibilité universelle doit être considérée comme un attribut des êtres vivants présents sur Terre. Son caractère « neutre », indépendant de tout jugement, atténue l'idée de négativité dans le phénomène d'irréversibilité. Dans un cadre d'étude plus individuel, la création, qu'elle se traduise par la naissance ou à travers les œuvres humaines, apporte un aspect subjectivement positif à l'irréversibilité.

131. L'irréversibilité universelle est celle qui concerne tous les êtres vivants. Le « nouveau » apparaît dans la nature, avec la disparition et l'apparition d'une nouvelle espèce, ou dans l'évolution de celle-ci. Il apparaît également dans l'évolution des connaissances et des techniques. Le terme même d'évolution induit le changement. La théorie de l'évolution des espèces regroupe plusieurs thèses plus ou moins divergentes les unes par rapport aux autres. L'irréversibilité y est présente dans une dimension neutre, sans cette connotation oppressante habituelle. Dans ce cadre, elle représente un fait qui n'est ni bon, ni mauvais, mais un fait avéré. Une espèce qui ne s'est pas adaptée aux changements de température va disparaître de la surface de la Terre d'une manière irréversible. Il n'est pas question ici d'étudier les disparitions et les apparitions d'espèces provoquées par l'action de l'homme, mais uniquement de démontrer que l'irréversibilité fait partie de la vie sur Terre, que toutes les espèces y sont soumises, et qu'elle n'est pas invariablement négative.

132. Il est intéressant d'étudier les conceptions des deux principaux scientifiques de l'évolution. J-B. Lamarck soutient que le milieu modifie les caractères des êtres vivants qui

²²⁸ FOULQUIE P., *Dictionnaire de la langue philosophique, op.cit.*

²²⁹ JANKÉLÉVITCH V., *La mort, op.cit.*

se transmettent ensuite à leurs descendance. La transformation des espèces est due à leur adaptation au milieu²³⁰. Cette notion d'adaptation rejoint la vision de la biodiversité de R. Barbault. C. et R. Larrère. résumant sa théorie sur la biodiversité et rappellent ainsi que les diversités « auraient la propriété de conférer aux systèmes qu'elles caractérisent la faculté de s'adapter aux modifications de leur contexte, aux perturbations de leur environnement ». A ce propos, ils citent R. Barbault qui souligne que « la diversité est la base de l'adaptabilité des êtres vivants et peut-être des systèmes écologiques et de la biosphère toute entière, face aux changements qui peuvent affecter leur environnement »²³¹. Cette thèse est totalement opposée au fixisme qui est la « doctrine scientifique selon laquelle les espèces vivantes ont toujours été les mêmes et n'ont subi aucune évolution depuis leurs créations »²³². C. Darwin considère lui, que les caractères du vivant sont innés. Le combat pour la survie est omniprésent. Dans une lutte forcenée et généralisée pour la survie, seuls sont autorisés les caractères innovants qui permettent une meilleure adaptation au milieu et seuls les êtres vivants qui sont les plus aptes transmettent leur patrimoine à leur descendance²³³. L'évolution est faite par le biais de « la sélection naturelle ». Ainsi, apparaissent et disparaissent des espèces, que l'on retienne la thèse de l'adaptation ou celle de la « sélection naturelle ». Il s'agit de disparition irréversible et d'apparition irréversible dans le sens d'une modification de l'état des espèces. L'irréversibilité revêt ici un caractère neutre.

133. Dans une dimension plus personnelle, l'idée de « création » rejoint l'idée d'une irréversibilité positivée. En opposition à universel, le terme « personnel » doit être compris en ce qu'il concerne l'être humain pris dans son individualité. L'échelle est modifiée. Le temps est la condition de la mort, et l'irréversibilité sa caractéristique. Mais le temps comme l'irréversibilité conditionnent et caractérisent également la naissance. « Ce qui fait

²³⁰ LAMARCK J. B., cité par LANGANEY A., *La philosophie...biologique*, Editions Belin, Paris, 1999, p. 19 : « il paraît (...) que du temps et des circonstances favorables sont les deux principaux moyens que la nature emploie pour donner l'existence, à toutes ses productions. On sait que le temps n'a point de limite pour elle et qu'en conséquence elle l'a toujours à sa disposition. Quant aux circonstances dont elle a eu besoin et dont elle se sert encore chaque jour pour varier ses productions, on peut dire qu'elles sont en quelque sorte inépuisables. (...) Avec de nouvelles formes, de nouvelles facultés ont été acquises et peu à peu la nature est parvenue à l'état où nous la voyons actuellement ».

²³¹ LARRERE C. et R., *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement, op.cit.*, p. 283.

²³² Dictionnaire Larousse, 2013.

²³³ DARWIN C., cité par LANGANEY A., *La philosophie...biologique, op.cit.*, p. 33 : « L'idée me vint tout à coup que dans ces circonstances, les variations favorables auraient tendance à être préservées et les défavorables à être détruites. Il en résulterait la formation de nouvelles espèces ».

pour nous l'expérience fondatrice de cette irréversibilité, c'est la naissance et la mort »²³⁴. La naissance est l'illustration la plus ostensible de cette irréversibilité positive, sans pour autant en être la seule. Chaque événement de la vie de l'homme, chaque instant écoulé, dirige l'homme vers son devenir, vers son vieillissement mais aussi vers son but : vivre sa vie. C'est l'idée du *Dasein être-tout-entier* de M. Heidegger, cet être vers lequel tend chaque homme durant sa vie, la construction petit à petit de cet *être-tout-entier*. Si Saint Augustin voit dans le temps la dégradation de l'éternel, pour H. Bergson, il existe une importance de la nouveauté créatrice de chaque instant du présent. Il considère que « le temps est invention ou il n'est rien du tout »²³⁵. C'est dans cette création, dans cette nouveauté que l'irréversibilité existe. Les concepts de création et de nouveauté sont essentiels à cette appréhension positive de l'irréversibilité. La création, c'est l'« action de créer, de tirer du néant, l'action de faire, d'organiser une chose qui n'existait pas encore »²³⁶, de donner l'existence. La nouveauté, c'est ce qui existe depuis peu, qui change la situation actuelle. Créer quelque chose revient à ce qu'une chose qui n'existait pas avant, existe maintenant. Elle « irréversibilise » l'ordonnement existant, en le modifiant. Qui plus est, par cette « naissance », l'irréversibilité y est doublement présente car chaque création est unique et irréversible. Il est en effet impossible de faire que cette « naissance » n'ait pas eu lieu.

134. De cette idée de création et de nouveauté, il est possible de concevoir un « désir d'irréversibilité » de l'être humain ou du droit. L'art, la littérature, la philosophie, la politique, le droit, sont des domaines qui sont en quête perpétuelle de nouveautés créatrices, irréversibles, qui changeraient la vision du monde de manière irrémédiable. Les grands hommes n'ont-ils pas cherché à marquer l'Histoire de façon irréversible ? La construction d'édifices gigantesques à l'image des pyramides ou du château de Versailles, les grandes guerres et les conquêtes, les écrits comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le Code napoléonien, n'ont-ils pas été menés pour que reste aussi à jamais le nom de leurs auteurs ? L'idée de pouvoir est sous-jacente dans ces créations. L'irréversibilité signifie également « changer le monde » et interdire qu'il redevienne comme avant. Le « vandalisme restaurateur », expression de L. Réau²³⁷, répond également à cette

²³⁴ AGACINSKI S., *La fécondité du temps*, in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003.

²³⁵ BERGSON H., *L'évolution créatrice*, in *Œuvres*, Editions PUF, 4^e édition, Paris, 1970, p. 341, cité par SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 25.

²³⁶ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

²³⁷ REAU L., *Histoire du vandalisme, les monuments détruits de l'art français*, *op.cit.*, p. 676.

irréversibilité prétendument positive. Cependant, comme Mérimée le souligne : « les réparateurs sont peut-être aussi dangereux que les destructeurs »²³⁸. Il semble donc que l'irréversibilité fasse l'objet d'un désir par l'éternel qu'elle induit.

135. En dehors des causalités positives, la causalité principale des irréversibilités environnementales, principalement négative, réside dans les activités humaines.

B) Les causalités humaines de l'irréversibilité

« L'homme, par son égoïsme trop peu clairvoyant pour ses propres intérêts, par son penchant à jouir de tout ce qui est à sa disposition, en un mot, par son insouciance pour l'avenir et pour ses semblables, semble travailler à l'anéantissement de ses moyens de conservation et à la destruction même de sa propre espèce ».

J-B LAMARCK²³⁹

136. Il existe de nombreuses raisons à l'érosion des diversités et notamment des raisons naturelles. Cependant, les causes principales sont celles découlant des activités humaines comme la surexploitation des espèces, la destruction par ricochet, les collectionneurs, la disparition par superstition, la destruction des habitats, l'introduction d'espèces, le risque d'isolement des populations. Toutes ces causes peuvent à terme entraîner un état irréversible des ressources et comme le rappelle A. G. Tansley, « nous ne pouvons pas nous limiter aux entités prétendument naturelles et laisser de côté les processus et les phénomènes végétaux que nous fournissent aujourd'hui aussi abondamment les activités de l'homme »²⁴⁰. Pareillement, M. Godelier retient à propos de l'érosion de la nature que « l'homme a une histoire parce qu'il transforme la nature. L'idée est que, de toutes les forces qui mettent l'homme en mouvement et lui font inventer de nouvelles formes de

²³⁸ MERIMEE, *Correspondance générale*, Editions Maurice Parturier, Paris, 1951, in REAU L., *Ibid.*, p. 677.

²³⁹ LAMARCK J-B., *Système analytique des connaissances positives de l'homme*, Editions PUF, Collections Quadrige, 1992.

²⁴⁰ TANSLEY A. G., *The use and abuse of vegetational concepts and terms*, in *Ecology*, 16, 1935, p. 284-307, <http://karljaspers.org/files/tansley.pdf>

société, la plus profonde est sa capacité de transformer ses relations avec la nature en transformant la nature elle-même »²⁴¹.

137. L'homme est au cœur de l'irréversibilité, il est à la fois l'élément principal déclencheur et le moyen d'endiguer le processus d'irréversibilité. De ce fait, son comportement ne peut qu'être ambigu. Une phrase de J. Ellul résume toute la dangerosité du génie humain : « tout ce qui pourra être découvert sera fait, tout ce qui aura été découvert sera utilisé »²⁴². Ce rapport de l'homme à la science, ce rapport de puissance est principalement la raison de l'état actuel de l'environnement. L'homme, fort de ses découvertes et avide de les appliquer, a causé des dégâts environnementaux qui s'avèrent à terme de plus en plus irréversibles. E. Naim-Gesbert écrit à ce propos que « le phénomène contemporain de disparition des espèces sous l'effet de l'action de l'homme moderne se caractérise par un rythme soutenu incomparable »²⁴³. L'homme est donc à l'origine de la plupart des irréversibilités de fait environnementales. Cependant, la prise de conscience de cet état a engendré la peur d'une menace d'extinction des ressources le poussant à réagir.

138. Les Conventions internationales reconnaissent la responsabilité de l'homme dans l'existence des situations d'irréversibilités environnementales. A titre d'exemple, la Convention sur la biodiversité de Rio de 1992²⁴⁴, rappelle la préoccupation environnementale du « fait que la diversité biologique s'appauvrit considérablement par suite de certaines activités de l'homme »²⁴⁵. De même, la Convention de Ramsar sur les zones humides de 1971 dans son article 3-2 souligne « les modifications des caractéristiques écologiques des zones humides qui se sont produites ou sont en train ou sont susceptibles de se produire, par la suite d'évolution technologique, de pollution ou d'une autre intervention humaine ». La Convention sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de 1972 énonce que « le patrimoine culturel et naturel est de plus en plus menacé de destruction non seulement par les causes traditionnelles de dégradation mais encore par l'évolution de la vie sociale et économique qui les aggrave par des phénomènes d'altération

²⁴¹ GODELIER M., *L'idéal et le matériel*, Pensée, économies, sociétés, Paris 1984, Fayard in GODARD O., SALLES J-M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, op.cit.

²⁴² ELLUL J., *Le système technicien*, Editions Calmann-Lévy, Paris, 1977.

²⁴³ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Thèse, Editions Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 239.

²⁴⁴ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992.

²⁴⁵ *Ibid.*, préambule, alinéa 6.

et de destruction encore plus redoutables »²⁴⁶. La recommandation adoptée par le Conseil de l'OCDE le 14 novembre 1974 portant proclamation de principes relatifs à la pollution transfrontière définit la pollution environnementale comme « l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteinte aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement »²⁴⁷.

139. Le droit français reconnaît également cette responsabilité. La Charte de l'environnement souligne dans son préambule que « l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution »²⁴⁸.

140. Cette activité humaine dévastatrice peut être résumée comme « toute activité portant atteinte à la diversité biologique, dangereuse pour le milieu marin, entraînant des changements climatiques, provoquant des effets transfrontières (...), menaçant d'extinction une espèce de faune, de flore, voire l'existence d'un peuple, engendrant une situation d'urgence radiologique, présentant des risques pour la santé humaine, entraînant des souffrances pour les animaux »²⁴⁹. La prise de conscience du lien entre les activités humaines et la dégradation des ressources est de plus en plus présente et commence à ne plus être niée.

141. L'homme prend conscience de sa responsabilité et les actions de protection se mettent en place dans l'urgence. Un système curatif insuffisant s'est installé. Il y a sous cette peur de la menace d'extinction de la ressource, le refus d'un « suicide collectif », une réaction humaine caractéristique. Accepter serait un acte contre nature puisqu'il revient à long terme à la destruction de la vie humaine. Empêcher la destruction, la dégradation irréparable des ressources naturelles n'est en effet qu'un autre moyen d'en assurer la perpétuation. Il s'agit de l'obsession de la pérennité du genre humain. C'est une caractéristique intrinsèque à la nature humaine qui se manifeste ici à travers l'exemple de l'irréversibilité

²⁴⁶ Convention pour la protection du patrimoine culturel et naturel, Paris, 16 novembre 1972, préambule, alinéa 2.

²⁴⁷ Recommandation du conseil de l'OCDE, du 14 novembre 1974, C(74)224).

²⁴⁸ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement*, JO du 2 mars 2005, p. 3697.

²⁴⁹ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité en droit international de l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 33.

environnementale. Aujourd'hui, la connaissance des possibilités des situations d'irréversibilités peut apparaître comme une évidence, mais tel n'a pas été le cas pendant longtemps. Cette prise de conscience résulte de la remise en cause de l'homme « tout puissant ». En effet, au vu de l'état de dégradation de l'environnement, l'homme ne peut que prendre conscience de l'effet destructeur de ses actions.

142. L'acceptation des limites de la science a également participé à cette prise de conscience, celle des limites des découvertes et de leurs contreparties dévastatrices. Il s'agit de la fin de ce que les économistes appellent le « millénarisme scientifique », ainsi que celle de la gloire de l'état progressif. Prôné par D. Riccardo et T. Malthus, cet état progressif s'appuyait sur la peur que le progrès s'arrête. Il préconisait le progrès technique et la libéralisation du commerce international. Selon J. S. Mills, un état progressif conduit à la surexploitation des ressources. Ainsi « ce qui est une fois accompli en matière d'extirpation des espèces ne peut jamais se réparer »²⁵⁰. On voit apparaître le refus de la stratégie de recherche qui consiste à poursuivre le développement en attendant de prouver les effets nocifs.

143. A propos de la technique et du progrès, J. Ellul développe la thèse de « l'autonomie de la technique ». La science aurait sa propre logique d'auto-accroissement. Elle évoluerait en fonction des découvertes antérieures et avancerait, mais ne se développerait pas dans un but précis. Elle n'aurait pas pour finalité le bonheur de l'homme. Cependant, la technique est-elle un moyen ou une fin en soi ? Permet-elle d'obtenir des solutions aux problèmes humains ou est-elle juste de la science pour la science ? J. Ellul soulève le fait que la techno-science provoque toujours plus de problème qu'elle n'en résout. Ainsi, on ne fait que déplacer les problèmes à un niveau supérieur. On assiste alors à la prise de conscience de l'imprévisibilité des effets des problèmes techniques. L'acceptation des limites de la science, revient à rejeter la thèse des « rationnels théoriciens optimistes » qui prônent « la croyance que non seulement la science peut déterminer avec exactitude la menace pour l'environnement et donner des solutions techniques pour limiter cette menace, mais également qu'une fois les menaces prouvées et les solutions techniques trouvées, il sera

²⁵⁰ GOUGUET J.-J., *Le principe de précaution face à l'économie*, in *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Les cahiers du CRIDEAU, 2000.

encore temps d'agir »²⁵¹. Ils proposent d'attendre d'être sur des résultats nocifs d'une action pour résoudre les problèmes.

144. La place de l'homme dans l'irréversibilité met également en jeu la problématique de la réversibilité dans le processus environnemental. Comme le souligne M. Rémond-Gouilloud « le postulat de la réversibilité apparaît à présent comme l'expression de l'illusion de la capacité de l'homme à maîtriser la nature »²⁵². Une réversibilité environnementale reste utopique. Il est possible de reprendre l'expression d'A. Michelot²⁵³ qui souligne « l'illusion de la réversibilité ou la négation des réalités écologiques ». Le « caractère omniprésent du postulat de la réversibilité » qui est soulevé ici explique la difficulté pour l'irréversibilité de trouver sa place dans une réflexion environnementale protectionniste. L'homme ayant pris conscience de l'irréversibilité environnementale, il s'agit de mettre en place une réflexion nouvelle, plus efficace en matière de protection de l'environnement.

145. Le phénomène de l'irréversibilité environnementale peut ainsi se résumer à une atteinte spécifique de l'environnement se traduisant par le non-retour à l'état initial de l'élément atteint. La définition de l'irréversibilité de fait environnementale telle qu'elle doit être comprise par le droit reste tributaire d'éléments complexes inhérents à ce phénomène et qui entraînent une identification difficile de ce dernier. Les caractéristiques de l'irréversibilité de fait environnementale contribuent à cette difficile identification.

Section II. Les caractéristiques de l'irréversibilité environnementale

146. L'identification des figures d'irréversibilité n'est pas en soi complexe. L'usure, la détérioration, la disparition, sont des phénomènes connus du droit. Cependant, du fait de l'objet « environnement » de l'irréversibilité, certaines caractéristiques complexifient l'identification en y intégrant un doute et une incertitude. Il reste très difficile de dire à quel moment une atteinte environnementale est réellement irréversible ou ne l'est pas. La dimension temporelle ainsi que les incertitudes scientifiques qui jalonnent la science environnementale rendent l'identification moins évidente.

²⁵¹ ROANY DE C., *Des principes de précaution, analyse de critères communs et interprétation différenciée*, RJE 2/2004.

²⁵² REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimiste dans l'environnement*, in *L'irréversibilité*, n° spécial RJE, 1998, p. 7-13.

²⁵³ MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 15.

147. La notion de risque inhérente au phénomène d'irréversibilité (§1), ainsi que sa processualité (§2) constituent des facteurs qui complexifient son appréhension.

§1. Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité

148. Historiquement, l'idée de risque est fondamentalement anthropomorphique. Le risque n'a existé que parce qu'il était susceptible d'affecter l'homme et que ce dernier en avait conscience. Ce risque reste donc lié à la conscience de la mort et de la disparition qui caractérise la vie humaine. Il est cependant possible aujourd'hui de concevoir un élargissement de la notion de risque. La place actuelle de l'environnement en tant que préoccupation primordiale de l'homme, laisse entrevoir une conception du risque élargie à d'autres vulnérabilités que celles de l'homme. La faune, la flore, la biodiversité, les écosystèmes via notamment le droit de l'environnement, font l'objet de protection contre des risques de détérioration et de destruction, et donc d'atteintes irréversibles.

149. Il peut être intéressant de distinguer « risque d'irréversibilité » et « irréversibilité du risque ». Dans l'expression « irréversibilité du risque », l'irréversibilité constitue une caractéristique du risque, un attribut. L'intérêt est porté sur le risque en tant qu'élément d'étude. Dans le cas du « risque d'irréversibilité », l'irréversibilité tient une autre place, celle d'une occurrence dans la vie de l'homme, au même titre que le risque de maladie, d'inondation ou de mort. Il s'agit en réalité d'une catégorie de risque et non plus d'une caractéristique attachée à ce dernier. Inévitablement, les deux positionnements de l'irréversibilité dans la réflexion sur le risque se mélangent et se côtoient de manière extrêmement ténue. Dans le cadre d'une analyse de l'irréversibilité, il semble préférable de parler de « risque d'irréversibilité », l'irréversibilité restant la principale préoccupation.

150. Le risque est une caractéristique de l'irréversibilité, qu'il s'agisse d'irréversibilité de fait (A) ou d'irréversibilité de fait environnementale (B).

A) Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité factuelle

151. En se plaçant dans une approche globale et compréhensive du risque, il convient d'admettre qu'il représente une déclinaison de la mort et par extension de la disparition.

V. Jankélévitch énonce que l'incertitude de la mort est le fondement même de la notion de risque²⁵⁴. La mort/disparition étant une irréversibilité, et une irrévocabilité incarnée, le risque trouve sa place au sein de l'irréversibilité. Il s'agit de la rencontre entre l'homme et le danger. L'aléa qui forme le fondement du risque, peut être défini comme la possibilité de l'apparition d'un phénomène ou d'un événement résultant de facteurs ou de processus qui échappent au moins en partie à l'homme²⁵⁵. Les enjeux ou les vulnérabilités sont les biens ou personnes soumis à cet aléa. La formule du risque peut alors se résumer à l'aléa multiplié par les enjeux. La difficulté qui se pose concernant le risque et l'aléa se situe dans la quantification du risque et dans son acceptabilité²⁵⁶. Le risque représentant une potentialité, il reste inévitablement difficile à déterminer.

152. Les historiens considèrent trois étapes dans l'histoire du risque. Une première période religieuse où toutes les manifestations catastrophiques de la nature ou de la politique constituent l'expression divine d'une réprobation d'actes commis par l'homme, le risque pouvant dès lors être minimisé. Au commencement, l'homme évolue dans une nature hostile qu'il ne maîtrise pas. Il développe alors une philosophie du risque, fondée sur la fatalité et le châtement. Au XVIIIe siècle, l'explication religieuse s'oppose à un courant plus rationnel qui voit dans le risque et dans ses conséquences, des erreurs tactiques de l'homme, des problèmes d'urbanisme, d'insalubrité. Le concept de risque prend alors une dimension scientifique, il donne lieu par exemple à la création de la théorie des probabilités aux XVIIe²⁵⁷ et XVIIIe siècles. Enfin au XXe siècle et jusqu'à aujourd'hui, l'homme a cherché à créer une société sans risque, avec l'idée d'un risque zéro ou d'un risque nul. C. et R. Larrère expliquent cette nouvelle vision du risque à travers la qualification du risque naturel. Ils relèvent que cette qualification va donc consister à « étendre au rapport à la nature l'exigence de sécurité qui définit l'obligation étatique ». De ce fait, « si la liberté politique consiste (...) dans la sûreté, ou, dans l'opinion que l'on en a, l'exigence vis-à-vis de l'Etat sera que non seulement il mette ses citoyens à l'abri des torts qu'ils pourraient s'infliger mutuellement, mais également qu'il les protège des risques que leur fait courir la

²⁵⁴ JANKELEVITCH V., *Penser la mort ?* Editions Liana Levi, essai piccolo, 1994, p. 27 : « Quand on consent à appeler les choses par leur nom, le risque s'appelle la mort ».

²⁵⁵ Cf. VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement, op.cit.*, p 15 : « Par aléa, terme qui signifie « dé » en latin, on désigne le couple formé par la liste des événements possibles en un lieu donné associée aux probabilités d'occurrence de chacun de ces événements. L'aléa est un fait potentiel objectif, qui peut dans certaines circonstances, affecter des enjeux très divers ».

²⁵⁶ Cf. infra Partie I, Titre II.

²⁵⁷ Cf. notamment Blaise Pascal.

nature, parce que ces risques interviennent dans un espace social, et résultent du lien social »²⁵⁸. Le XXe siècle a donc vu les politiques de réduction d'exposition aux risques foisonner²⁵⁹. J. Moury rappelle que techniquement « la perception exacerbée qu'en ont les individus est le symptôme, (...) des dérèglements d'une société qui ne parvient pas à maîtriser totalement les applications des avancées constantes de ses connaissances théoriques ». Sociologiquement, le risque est le symptôme « de la maladie de cette même société dont le besoin de sécurité ne cesse de croître »²⁶⁰. Le risque pour l'homme est universellement au cœur de toute sécurité. Le mythe de la sécurité totale reste évidemment utopique puisque l'homme ne peut en tout état de cause prévoir l'ensemble des phénomènes amenés à se produire. Cela traduit néanmoins une volonté de réduire quasi à néant le risque d'irréversibilité, ainsi que celle d'une réduction des risques tant au point de vue de la sécurité que de la sûreté de l'être que dans son intégrité propre. M. Delmas-Marty retient à propos des effets de la globalisation sur les risques « qu'elle ne crée pas à proprement dit de nouveaux risques, mais elle a un effet multiplicateur et déstabilisateur, en ce sens qu'elle accroît l'incertitude des données ». Elle explique en partie les difficultés pour le droit, et dans le cas présent le droit international de l'environnement, à se saisir des « risques globaux ». En effet, « face à un risque de nature globale, la réponse est multipliée par le nombre de systèmes de droit applicables, dont chacun définit à sa manière les critères déterminant la gravité du risque et permettant de fixer le seuil du risque « acceptable » »²⁶¹. De plus, cette globalisation « en accentuant le caractère grave et irréversible des dommages potentiels, augmente la marge de l'incertitude à prendre en compte en invitant à considérer des risques non seulement avérés mais encore seulement potentiels »²⁶².

²⁵⁸ LARRERE C. et R., *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*, op.cit., p. 211.

²⁵⁹ Cf. notamment pour les risques technologiques et naturels : loi n°87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs complétée par la loi n°203-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels, JO n° 175 du 31 juillet 2003 ; pour les risques nucléaires : Convention sur la responsabilité civile en matière d'énergie nucléaire, Paris, 29 juillet 1960, complétée par la Convention de Bruxelles du 31 janvier 1963, loi n° 68-943 du 30 octobre 1968, relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, JO du 31 octobre 1968, modifiée par la loi n°90-488 du 16 juin 1990, JO du 17 juin 1990.

²⁶⁰ MOURY J., *Le droit confronté à l'omniprésence du risque*, Recueil Dalloz 2012, p. 1020.

²⁶¹ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions Seuil, Collection La couleur des idées, Paris, 2004, p. 354.

²⁶² DELMAS-MARTY M., *Ibid.*, p. 355.

153. U. Beck définit le contenu du risque comme « l'événement-non-encore-survenu qui motive l'action »²⁶³. Le risque induit du futur dans l'action²⁶⁴. A l'image de l'irréversibilité, il a une dimension « réelle et irréelle »²⁶⁵. Il s'agit de dangers projetés dans l'avenir. Le risque d'irréversibilité dans son étude globale peut être appréhendé de deux manières différentes. La première s'entend dans le cadre du « ressenti » humain, dans le subjectif, le vécu. La seconde se rencontre dans le domaine du « décidé » humain, dans l'objectif, le construit, la prise de décision.

154. Dans le cadre du « ressenti »²⁶⁶, l'irréversibilité est prise dans sa dimension subjective, individuelle. Il s'agit de comprendre de quelle manière l'homme ressent le risque d'irréversibilité. L'idée de risque est liée à celle d'avenir, avenir qui forme le cadre d'expérience du risque d'irréversibilité. Dans cet avenir plusieurs figures du risque d'irréversibilité se dessinent de manière plus ou moins théorique. Au concept de risque sont attachées celles d'imprévision et d'incertitude. L'imprévisible est le « fait que l'on ne peut pas prévoir »²⁶⁷, le « défaut, le manque de prévision, de connaissance de l'avenir »²⁶⁸. L'incertitude quant à elle, constitue l'« état de ce qui est incertain, qui n'est pas fixé, ni déterminé à l'avance, qui n'est pas sûr de se produire dans l'avenir »²⁶⁹. L'avenir est donc constitué fondamentalement d'incertitudes et ne peut être prévisible. Il puise de ce fait son origine dans le futur²⁷⁰, dans quelque chose d'incertain et d'imprévisible. A ce sujet, P. Daure considère que le risque « est l'acceptation de la mauvaise fortune. Ainsi

²⁶³ BECK U., *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Editions Champs Flammarion, 2001, p. 60.

²⁶⁴ BECK U., *Ibidem.*, « En réalité, les risques ne se résument pas aux conséquences et aux dommages déjà survenus. En eux, s'exprime essentiellement une composante future, qui repose en partie sur la prolongation dans l'avenir des dommages prévisibles dans le présent et en partie sur une perte de confiance généralisée, ou sur des potentialisateurs de risques présumés. Les risques ont donc forcément partie liée avec la prévision, avec des destructions non encore survenues mais menaçantes, dont la réalité présente réside justement dans cette dimension à venir ».

²⁶⁵ *Ibidem.*

²⁶⁶ L'expression « ressenti » doit être comprise comme le fait pour l'homme d'éprouver vivement, de sentir l'effet moral d'une cause extérieure, d'être pleinement conscient d'un état subjectif. Il s'agit de sentiment, de tendance, « d'éprouver une sensation », Dictionnaire Larousse, édition 2013.

²⁶⁷ Dictionnaire Larousse, édition 2013.

²⁶⁸ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

²⁶⁹ Dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, 1992.

²⁷⁰ BECK U., *op.cit.*, « La conscience que l'on a du risque ne se situe pas dans le présent, mais essentiellement dans l'avenir ». L'avenir qui constitue de l'inexistant, devient alors quelque chose « de construit, de fictif, qui devient la cause de l'expérience et de l'action présente (...) Nous abordons donc l'avenir sur le mode de la variable projetée, nous en faisons une cause projetée de l'action présente », p. 60.

l'imprévisibilité de l'avenir associe inéluctablement l'action au risque, et l'engagement se présente comme une partie de jeu de hasard »²⁷¹.

155. Il existe plusieurs figures du risque d'irréversibilité dans le cadre du « ressenti » humain, c'est-à-dire dans la conscience individuelle de l'homme. V. Jankélévitch pose une classification intéressante des différentes figures d'irréversibilité qui peuvent se présenter²⁷². Tout d'abord, « l'irréversibilité absolument absolue » ou « irréversibilité-limite ». Cette irréversibilité reste théorique. Elle exclut toute possibilité de réitération car il s'agit d'une pure succession de « premières-dernières fois ». La conscience de l'irréversible est ici quasiment inexistante. Il n'existe pas de souvenirs, de prévision de l'avenir. Le présent est le temps maître de cette irréversibilité-limite. « L'irréversibilité relativement absolue » est une autre éventualité. Cette possibilité reste encore abstraite mais théoriquement possible. La conscience voit venir le futur et a le temps de s'y habituer, mais le passé n'existe pas, ainsi une fois le futur advenu il disparaît dans le néant. Un long avenir, un présent infinitésimal. L'irréversible s'avère décevant puisqu'une fois le futur advenu, après avoir été attendu, il disparaît. Le risque d'irréversibilité est présent mais en l'absence de passé l'anticipation reste limitée, restreinte. « La réversion » se manifeste quant à elle principalement dans le domaine des œuvres artistiques, comme l'écoute d'une œuvre musicale, de la découverte d'un livre. La première fois pourra être « revécue », relue, revue, réentendue. Il s'agit ici d'une « prévision rétrospective »²⁷³. L'anticipation du futur étant quasi inexistante, le risque d'irréversibilité est difficilement ressenti sauf par l'intermédiaire de la conscience rétrospective et de manière très relative. « L'irréversibilité relative » enfin est relativement imprévisible. Elle est relativisée dans le devenir. Dans le cadre de l'irréversibilité empirique, il est possible de considérer que le risque d'irréversibilité puisse être relativisé. En effet, le passé et le futur se mélangeant au présent, la prévision se fait ressentir²⁷⁴. Le souvenir passésant le devenir, le futur en devient moins obscur et plus prévisible. « Rien n'est donc ni absolument nouveau, ni absolument ancien »²⁷⁵ puisque empreint de passé et de futur déjà un peu construit. Cette survivance

²⁷¹ DAURE P., *Encycl. Fr.*, XX, 54, 5, in *Dictionnaire de la langue philosophique*, *op.cit.*

²⁷² JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op.cit.*, p. 49.

²⁷³ V. Jankélévitch donne l'image d'un individu placé sur la plate-forme arrière d'un train, incapable de voir le paysage qui se dessine à l'horizon, mais qui a tout le loisir d'observer le décor qui s'éloigne, d'apprécier et de mesurer le passé.

²⁷⁴ JANKÉLÉVITCH V., *La mort*, *op.cit.*, p. 297 : « La préformation d'un futur déjà présent à titre de possible, la survivance d'un passé encore actuel à titre de souvenir atténuent le caractère imprévisible, instable et fugace de la poussée en avant ».

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 298.

permet une certaine pérennité et continuation, elle induit un temps qui oscille entre création, irréversibilité, et prolongation. Le risque d'irréversibilité est de ce fait appréhendé de façon plus satisfaisante puisque mieux prévu. Dans le cadre du « ressenti », l'homme peut donc être amené à vivre différemment le risque d'irréversibilité, avec une prévision plus ou moins présente de l'avenir. Ce cadre du « ressenti » est important en ce qu'il apporte des éléments de réponse sur la gestion actuelle de l'irréversibilité par l'homme.

156. En dehors de ce cadre restreint et spécifique de la conscience individuelle, le risque d'irréversibilité se rencontre dans le domaine plus vaste du « décidé »²⁷⁶ humain, à savoir dans l'action humaine et non plus uniquement dans sa pensée. Le droit est une des illustrations de ce cadre du « décidé » humain. Le risque d'irréversibilité concerne alors une prise de décision, un élément objectif et non plus un sentiment, un vécu. Le risque convient d'être pris dans une vision plus négative qu'objective de l'irréversibilité, c'est-à-dire dans une dimension plus préjudiciable. Le risque d'irréversibilité dans les décisions humaines, eu égard à son caractère irrévocable, justifie que l'homme s'en préoccupe. Il peut être amené à prendre des décisions qui pourront avoir des conséquences irréversibles, la mort d'un condamné par exemple. Si la décision de l'exécution est prise, la conséquence en sera irréversible. Dans d'autres cas, le caractère irréversible d'une décision n'est pas assuré. Il existe un risque d'irréversibilité sans pour autant que l'on en soit certain. C'est souvent le cas dans le choix des décisions politiques. A. Michelot écrit à ce propos que « l'irréversibilité inscrit l'être humain dans la temporalité historique en établissant un lien dans la suite des choix auxquels il est confronté au cours de son existence »²⁷⁷.

157. L'intérêt de cette problématique du risque d'irréversibilité se place dans la dimension potentiellement néfaste et préjudiciable de la décision²⁷⁸. Puisque l'irréversibilité ne permet pas de retour en arrière et impose l'irrévocabilité, ce risque n'est pas anodin et justifie une prise en considération. F. Ost met en exergue cette crainte des sociétés de rester dans l'irréversibilité de ce qui est advenu²⁷⁹. Il s'agit de se positionner dans une réflexion relative de l'irréversibilité, et non pas absolue, étant donné qu'une conception absolue considérerait que n'importe quelle décision humaine serait de toute manière irréversible puisque unique,

²⁷⁶ L'expression « décidé » humain doit être entendue comme ce qui est arrêté, déterminé, pris par le biais d'une décision.

²⁷⁷ MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité(s)*, *Préc.*, p. 15-30.

²⁷⁸ Cf. Notamment LOFFLER C., PFEIFFER T., SCHNEIDER G., *The irreversibility effect and agency conflicts*, Springer Science, Theory Dec., 3 octobre 2012.

²⁷⁹ OST F., *Pour une temporalité citoyenne* in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003, p. 129.

et que le temps écoulé durant cette prise de décision serait irrattrapable. Une telle vision semble trop restrictive. Il convient de considérer l'irréversibilité en ce qu'elle interdit et rend impossible un « retour » à un état initial et conduit à un constat d'immobilisme donc d'impuissance. La mort d'un homme à la suite d'une décision judiciaire, la construction d'un barrage ayant pour effet la destruction d'écosystèmes qu'il sera humainement et matériellement impossible de réparer, sont des exemples d'irréversibilités.

158. La notion de « réversibilité » est fortement présente dans les choix humains. Il peut être dangereux de procéder à des choix irréversibles restreignant *de facto* la liberté d'action à venir, ou de prendre des décisions qui induisent un risque d'irréversibilité. La réversibilité laisse la possibilité de pouvoir retourner à l'état initial d'une situation, sachant qu'il n'est pas possible de prévoir de façon certaine les conséquences d'un choix, de son irréversibilité. Le droit introduit dans certains cas cette notion de réversibilité. L'enfouissement des déchets nucléaires en est un exemple. La loi n°91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs prévoit dans son article 3-1 que l'autorisation de stockage de produits dangereux, et notamment les déchets radioactifs ne peut être accordée ou prolongée « que pour une durée limitée et peut en conséquence prévoir les conditions de réversibilité du stockage. Les produits doivent être retirés à l'expiration de l'autorisation »²⁸⁰. La réversibilité doit donc être étudiée sur un projet d'enfouissement de déchets radioactifs. Cependant, la science n'ayant pas apporté toutes les réponses concernant la radioactivité, cette réversibilité ne peut rester que théorique. Il est à noter tout de même la création de l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs (ANDRA), par arrêté du 7 novembre 1979, modifiée par la loi du 30 décembre 1991²⁸¹. L'agence a pour mission la gestion à long terme des déchets radioactifs notamment pour les recherches, la gestion des centres de stockage, la réalisation et l'exploitation de laboratoires souterrains, la définition des spécifications de conditionnement et de stockage et la localisation de tous les déchets radioactifs sur le territoire national.

159. Le risque d'irréversibilité dans le cadre des décisions humaines doit être pris en compte partant du fait que l'irrévocabilité de ces décisions et leurs conséquences dommageables ne constituent pas des éléments anodins. A ce propos, H. Arendt développe

²⁸⁰ Loi n°91-1381 du 30 décembre 1991 *relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs*, JO du 1er janvier 1992.

²⁸¹ Arrêté du 7 novembre 1979, JO du 10 novembre 1979, modifié par la loi n°11-1381 du 30 décembre 1991 *relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs*, JO du 1 janvier 1992, p. 10, modifiée par arrêté du 2 mars 1984.

l'idée du pardon liée à l'irréversibilité des actions humaines. Ainsi, « la rédemption possible de la situation d'irréversibilité – dans laquelle on ne peut défaire ce que l'on a fait, alors que l'on ne savait pas, que l'on ne pouvait pas savoir ce que l'on faisait - c'est la faculté de pardonner »²⁸². Ce pardon, bien qu'issu de la science philosophique, se manifeste aujourd'hui en droit de l'environnement de manière implicite. La volonté de partenariat en matière de conservation, de protection et de réhabilitation de l'environnement entre les pays du Sud et les pays du Nord témoigne de ce « pardon »²⁸³.

160. Le risque inhérent à l'irréversibilité trouve sa continuité, avec des enjeux différenciés, en matière d'irréversibilité de fait environnementale.

B) Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité environnementale

161. Le risque reste une « situation de rupture »²⁸⁴ que le droit n'apprécie guère mais qu'il lui convient de prévenir, notamment par le biais d'outils juridiques comme le principe de précaution, et d'appréhender par des mécanismes de réparation et de répression.

162. L'idée de risque dans le phénomène d'irréversibilité de fait environnementale induit deux idées distinctes mais liées. La première est que l'irréversibilité est un risque environnemental à part entière. Elle constitue une atteinte environnementale qui est susceptible de se produire. Ainsi, la notion de risque en environnement regroupe principalement deux catégories de risques : les risques naturels et les risques technologiques. Le risque en droit de l'environnement relève d'un corpus de droit établi et fait appel à une réglementation qui, même si elle n'est pas parfaite, tend à s'améliorer. La

²⁸² ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Editions Calmann-Lévy, Agora, 1983, p. 302, H. Arendt lie pardon et promesse à travers les risques d'irréversibilité, « ressentie » et « décidé » ce qui permet d'atténuer les conséquences du phénomène. « Contre l'imprévisibilité, contre la chaotique incertitude de l'avenir, le remède se trouve dans la faculté de faire et de tenir des promesses. Ces deux facultés vont de pair : celle du pardon sert à supprimer les actes du passé (...); l'autre, qui consiste à se lier par des promesses, sert à disposer, dans cet océan d'incertitude qu'est l'avenir par définition, des îlots de sécurité ».

²⁸³ Cf. notamment le principe de responsabilité commune mais différenciée issu de la Convention de Rio (article 7) qui peut témoigner d'un certain « pardon » des Etats du Sud : « Les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème. Etant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent ».

²⁸⁴ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droit et risque*, LPA, 7 septembre 2009, n° 178, p. 5.

seconde idée est la part d'incertitude liée au risque qui est présente au sein même du phénomène d'irréversibilité et de sa détermination. Dans ce cas, l'idée rejoint la problématique de l'incertitude scientifique²⁸⁵ : incertitude quant à l'échéance d'une atteinte environnementale irréversible, incertitude sur l'ampleur de l'irréversibilité de cette atteinte.

163. Les réglementations françaises en la matière ne donnent pas à proprement parler de définition générale du « risque naturel ». Elles procèdent à un listage des phénomènes relevant de la catégorie de risque naturel. A titre d'exemple, la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement et créant le plan de prévention des risques naturels énonce dans son article 40-1²⁸⁶ que « l'Etat élabore et met en application des plans de prévention des risques naturels prévisibles tels que les inondations, les mouvements de terrain, les avalanches, les incendies de forêt, les séismes, les éruptions volcaniques, les tempêtes ou les cyclones »²⁸⁷. Il est possible de considérer qu'un risque naturel est un risque qui trouve principalement sa cause dans un élément de la nature, eau, air, terre... J. Dubois-Maury définit le risque naturel comme un risque « qui résulte de l'intensité exceptionnelle d'un phénomène naturel, dont les effets affectent des espaces rendus d'autant plus vulnérables qu'ils sont urbanisés et développés économiquement »²⁸⁸. Cette origine naturelle du risque doit donc être relativisée puisque le développement et l'urbanisation résultent d'actions humaines.

164. Les risques technologiques quant à eux sont ceux liés au « dysfonctionnement d'un système technique de production et d'échanges d'énergie, de biens et de services »²⁸⁹. Ils comprennent notamment les risques industriels, les risques nucléaires, de transport de matières dangereuses. L'article L. 515-15 du Code de l'environnement donne des précisions supplémentaires sur les risques industriels avec la mise en place des plans de prévention des risques technologiques²⁹⁰. Les risques industriels sont liés à « la production, la

²⁸⁵ Cf. *Infra*.

²⁸⁶ Article L. 562-1 et s. du Code de l'environnement.

²⁸⁷ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JO du 21 février 1995, p. 2755.

²⁸⁸ VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement, op.cit.*, p. 232.

²⁸⁹ PROPECK-ZIMMERMAN E., in VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement, op.cit.*, p. 324.

²⁹⁰ Article L. 515-15 du Code de l'environnement : « L'Etat élabore et met en œuvre des plans de prévention des risques technologiques qui ont pour objet de limiter les effets d'accidents susceptibles de survenir dans les installations figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 et pouvant entraîner des effets sur la salubrité, la santé et la sécurité publiques directement ou par pollution du milieu. Ces plans délimitent un périmètre d'exposition aux risques en tenant compte de la nature et de l'intensité des risques technologiques décrits dans les études de dangers et des mesures de prévention mises en œuvre ».

transformation, la manipulation ou le stockage de substances dangereuses²⁹¹ au sein d'un établissement industriel »²⁹². Trois grandes catégories de risques industriels majeurs peuvent être retenues : incendie de produits inflammables, explosion de produits gazeux, combustibles ou explosifs et la propagation d'un nuage toxique.

165. Ces catégories juridiques de risque contiennent en leur sein une possibilité de risque d'irréversibilité. Ce risque peut être considéré comme une catégorie de risque *sui generis*. Il s'agit d'un risque transversal puisqu'il est susceptible d'affecter les risques naturels comme les risques technologiques. De plus, cette caractéristique « irréversible » en fait un risque particulier où la remise à l'état initial ne sera pas possible. La difficulté supplémentaire qui intervient ici est la notion de subjectivité qui peut être attachée au risque irréversible. L'identification du caractère irréversible du risque sera, pour la majorité des cas, incertaine. L'irréversibilité portant déjà une incertitude relative, cette incertitude s'ajoute à celle du risque. Cette caractéristique présentant une gravité certaine, il semble nécessaire de prendre en compte les risques irréversibles avec un sérieux accentué. Les mesures de prévention se doivent d'être accrues et adaptées. Certaines techniques permettent de mieux appréhender ces risques d'irréversibilité, ou tout du moins de les identifier. La notion de « seuil d'irréversibilité » est une de ces méthodes²⁹³.

166. Outre la dimension du risque, la processualité, caractéristique essentielle de l'irréversibilité, contribue à la difficile identification de l'irréversibilité de fait environnementale.

La liste IV prévue à l'article L. 515-8 renvoie à la catégorie des installations classées pour la protection de l'environnement.

²⁹¹ A propos des produits chimiques, la directive européenne de la Commission n°2001/59/CE portant vingt-huitième adaptation au progrès technique de la directive 67/548/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses, JOUE L. 225 du 21 août 2001 p. 1-33, a complété la liste des « phrases de risque » sur les étiquettes, avec notamment des risques d'irréversibilité. Cf. R.39 : Danger d'effets irréversibles très graves.

²⁹² SAINT-GERAND Th., in VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement*, *op.cit.*, p. 322.

²⁹³ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II.

§2. *La processualité : caractéristique essentielle de l'irréversibilité*

167. L'irréversibilité dans sa dimension générale constitue un processus et non un phénomène unique et arrêté (A). En matière d'environnement, l'irréversibilité s'avère être un processus potentiellement dommageable (B).

A) La détermination de l'irréversibilité en tant que processus

168. Une des causes de complexification de l'irréversibilité réside dans sa processualité. Un processus est un « ensemble de phénomènes, conçu comme actif et organisé dans le temps. Une suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat »²⁹⁴. V. Jankélévitch parle du « caractère chronologique »²⁹⁵ de l'irréversibilité qui rend ainsi toute inversion absurde et qui détermine sa processualité. Deux conséquences fondamentales du caractère temporel de l'irréversibilité se dégagent : la processualité comme caractéristique première de l'irréversibilité et l'impossibilité d'inversion du phénomène.

169. Le terme de processualité se retrouve dans la définition globale de l'irréversibilité : « l'irréversibilité au sens strict désigne un processus qui s'écoule sans que l'on puisse le retenir. Il implique l'idée d'usure, d'érosion inévitable, d'identités qui se défont. L'irréversibilité témoigne alors de l'impuissance à fixer et conserver »²⁹⁶. C'est encore le temps qui confère à l'irréversibilité sa caractéristique processuelle. Elle se constitue à travers les instants, tous irréversibles, mais également dans sa globalité et dans ce cadre, elle est attachée à l'idée de durée, cette durée qui forme l'irréversibilité. Les prémices de cette globalité irréversible sont difficilement perceptibles. Dans le cas de la dégradation irréversible de l'homme, les prémices de l'irréversibilité se traduisent par les premiers signes de vieillesse. Le corps est un parfait miroir du processus temporel irréversible. Entre prémices et avenir, le processus irréversible ne peut exister que dans cette dimension future.

170. Il est possible que l'irréversibilité processuelle constitue une potentialité, une action « potentiellement irréversible ». Certains processus, et notamment les processus décisionnels, peuvent être arrêtés. Il en découle un certain nombre de conséquences dans

²⁹⁴ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

²⁹⁵ JANKÉLÉVITCH V., *La mort*, *Op.cit.*, p. 287.

²⁹⁶ BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *La dialectique réversibilité - irréversibilité*, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*, *op.cit.*

l'appréhension de l'irréversibilité. La potentialité d'irréversibilité d'une action entraîne l'incertitude et de ce fait la difficulté d'agir correctement. Un processus porte une fin en soi. Il se termine et se caractérise par son irrévocabilité et induit une impossibilité d'inversion.

171. De cette inversion impossible et de ce tyrannique sens du temps découlent deux perceptions. La première est celle qui se traduit par l'irrévocabilité. Si l'irréversibilité reflète la processualité du non-retour en arrière, l'irrévocabilité représente l'état de ce non-retour. Il s'agit d'une irrévocabilité tournée vers l'avenir, quelque chose dont on ne parlera plus. L'irrévocabilité est donc attachée à l'irréversibilité mais ne doit pas lui être substituée. Il s'agit de deux choses différentes, l'une est mouvante, l'autre stationnaire. Ce sont deux menaces du temps, différenciées dans leurs manifestations et communes dans leurs effets. La seconde perception qui s'impose à l'esprit de l'homme, est cette force contenue dans l'irréversibilité, cette force contraignante que rien ne peut commander. L'impossibilité de revenir en arrière constitue le caractère objectif de l'irréversibilité. C'est ce que V. Jankélévitch appelait « l'objectivité destinale de l'irréversible »²⁹⁷, cet irréversible qui ne se laisse pas fléchir et qui résiste, qui est indépendant de notre volonté. Ainsi, le fait accompli du devenir irréversible constitue un ensemble irrévocable²⁹⁸. Chaque instant qui passe constitue une irrévocabilité. Il ne sera pas possible de modifier cet instant, pas plus que de le revivre. L'irrévocable²⁹⁹ est sur quoi il est impossible de revenir. L'irrévocable peut être pris dans le cadre plus spécifique du processus décisionnel. R. Boyer, B. Chavance et O. Godard précisent que « l'irrévocable caractérise l'état des choses définitivement fixées. Le plus irrévocable est sans doute le passé, l'avoir eu lieu, qu'on ne saurait effacer même si on peut éliminer certaines de ses conséquences »³⁰⁰. C'est dans son aspect « fixé » que l'irrévocable se différencie de l'irréversible. Ainsi, l'irrévocable est la conséquence tragique des processus irréversibles, la fin du processus, la conséquence de ce processus et l'illustration la plus flagrante reste la mort. L'irréversibilité se traduit par un processus qui peut parfois être arrêté, et dès lors constitue une potentialité, alors que l'irrévocabilité se détermine par sa qualité d'état. L'irréversibilité donne un sentiment d'écoulement, de dynamique. L'irrévocabilité induit le définitif, l'acquis, un état des lieux, comme si

²⁹⁷ JANKELEVITCH V., *La mort, op.cit.*, p. 294.

²⁹⁸ Une irrévocabilité qui peut être nuancée à travers le pardon et la promesse comme le soutient H. Arendt. Cf. *Infra*, Section II, sur le risque d'irréversibilité.

²⁹⁹ Le mot « irrévocable » peut être défini de cette manière : « qui ne peut être révoqué, qui ne peut être rappelé, qui ne peut revenir ». Les synonymes retenus sont les suivants : « arrêté, définitif », Dictionnaire Le petit Robert, édition 2013.

³⁰⁰ BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *Les figures de l'irréversibilité en économie, op.cit.*, p. 20.

l'homme empruntait un escalier et que les marches qu'il venait de passer disparaissaient. L'irrévocable entraîne l'idée d'« irréparable », d'« avoir-fait », d'« avoir-été »³⁰¹ selon les expressions de V. Jankélévitch. Par le simple fait de vivre, par ses décisions, l'homme fabrique de l'irréparable³⁰².

172. Ainsi, à l'irréversibilité du devenir s'ajoute l'irréparable de ses actions. V. Jankélévitch résume la force contraignante du temps, et par extension celle de l'irréversibilité. Elle ne s'emploie pas avec le verbe vouloir³⁰³. Le caractère contraignant du temps se traduit par son inéluctabilité et l'irréversibilité de son passage. A. Adde rappelle que « l'irréversibilité de la vie est irréfragable, on ne peut pas y échapper »³⁰⁴. Ainsi, vaine est la lutte de l'homme contre cette irrésistibilité. L'obsession des voyages dans le temps dans la littérature, dans la poésie, dans l'art en général, reflète l'angoisse humaine de la non-maîtrise du temps³⁰⁵. Les voyages dans le temps, qui confondent finalement temps et mouvement, supposent une superposition dans un même monde de deux temps différents, ils traduisent cette volonté de l'homme d'abolir les contraintes et les obstacles du temps irréversible. Comme nous le rappelle E. Morin, « la philosophie et la littérature sont les baromètres du degré d'angoisse diffuse, des ruptures souterraines d'une société »³⁰⁶.

173. Si la force contraignante de l'irréversibilité se manifeste dans l'impossible inversion du processus temporel, elle s'illustre également dans l'impossibilité de répétition dans le futur. Une musique une seconde fois écoutée, ne constituera jamais une répétition absolue de la première fois, l'oreille y reconnaîtra des sons non entendus la première fois ou au

³⁰¹ JANKELEVITCH V., *La mort, op.cit.*, p. 333.

³⁰² Cf. Partie II. L'irrévocabilité peut être rapprochée du droit. Le mot irrévocabilité vient du mot « vocare » qui signifie dialogue. Le dialogue du droit est performatif, c'est-à-dire qu'il crée par le simple fait de dire.

³⁰³ JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie, op.cit.*, p. 25.

³⁰⁴ ADDE A., *Sur la nature du temps*, Editions PUF, Perspectives Critiques, 1998, Paris, p. 75.

³⁰⁵ Cf. notamment H.G Wells dans « La machine à explorer le temps », Daphné du Maurier dans « La maison sur le rivage », les exemples sont nombreux. R. Barjavel dans « Le voyageur imprudent » introduit le « paradoxe du grand-père ». Ce paradoxe constitue une expérience selon laquelle un homme retourne dans son passé et tue son grand-père avant même qu'il n'ait eu des enfants, anéantissant par là-même sa propre vie. Cette idée reflète toute la problématique du voyage dans le temps, son improbabilité ainsi que son absurdité. « Il a tué son ancêtre ? Donc, il n'existe pas. Donc, il n'a pas tué son ancêtre. Donc, il existe. Donc, il a tué son ancêtre (...) Être *et* ne pas être, voilà la question. A moins que ce ne soit la réponse... », BARJAVEL R., *Le voyageur imprudent*, Editions Gallimard, 1973.

³⁰⁶ MORIN E., *L'homme et la mort*, Editions du Seuil, Points Essais, Paris, 1970, p. 300.

contraire cherchera en vain la mélodie première³⁰⁷. Les conséquences de la processualité de l'irréversibilité sont donc l'irrévocabilité et la contrainte.

174. La processualité de l'irréversibilité se manifeste également en matière d'environnement. Dans ce cadre-là, l'irréversibilité constitue un processus essentiellement dommageable.

B) L'irréversibilité : un processus écologique dommageable

175. Il semble qu'en matière d'irréversibilité environnementale deux approches de la notion de processus soient envisageables.

176. La première est une approche à caractère purement scientifique. Il s'agit ici de la processualité attachée aux phénomènes naturels. Pour E. Naim-Gesbert les processus écologiques « sont innombrables dans la nature, plus exactement, ils sont la nature, ses lois, ses rythmes, ses cycles. Ils désignent les échanges physiques, chimiques, énergétiques et biologiques établis au sein des écosystèmes en vue de maintenir leur potentiel évolutif »³⁰⁸. Ainsi, ils constituent « la relation vivante de l'écosystème envisagée comme une structure biologique dans le fonctionnement implique sans cesse l'existence de déplacements à l'intérieur de ces composants et entre ces derniers »³⁰⁹. Les idées de mouvement, de temporalité sont omniprésentes dans ce phénomène de processus. F. Ost énonce qu'une des deux caractéristiques de la nature est sa processualité. Pareillement, I. Prigogine rappelle que « les processus irréversibles décrivent des propriétés fondamentales de la nature »³¹⁰. Ainsi, « ils nous permettent de comprendre la formation de structures dissipatives de non-équilibre. Ces processus ne seraient pas possibles dans un monde régi par les lois réversibles de la mécanique classique ou quantique »³¹¹.

³⁰⁷ V. Jankélévitch avance l'idée d'un individu amnésique comme cadre d'expérience d'une seconde fois absolue. Il abandonne cette étude considérant rapidement que malgré l'absence de souvenir ce n'est pas le même homme qui réitère une expérience, le temps s'est écoulé. Ainsi « c'est pourquoi la pure secondarité, comme elle est par devant innovation sans nouveauté, apparaît rétrospectivement comme l'irrévocable fait accompli », JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, op.cit., p. 49.

³⁰⁸ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Editions Bruyant, Vubpresse 97, p. 358.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 359.

³¹⁰ PRIGOGINE I., *La fin des certitudes*, Editions Odile Jacob, 1996, p. 89.

³¹¹ *Ibidem*.

177. Cette processualité implique un équilibre complexe, la notion de cycle, ainsi que l'idée de régénération³¹². Les deux fonctions essentielles de l'environnement sont donc la fonction de reproduction, qui permet la survie de millions de personnes tributaires des ressources environnementales, et la fonction d'absorption de la pollution et de nettoyage indispensable pour la vie sur Terre. Ces deux fonctions sont étroitement liées dans un cycle de production et de renouvellement³¹³ et forment le phénomène de processualité. Cette approche scientifique des processus écologiques visent deux objectifs principaux. Le premier est la reconnaissance de leurs existences, la nature n'étant pas un élément stagnant. Cette reconnaissance entraîne *de facto* la conscience de la complexité de l'environnement. Le second objectif est la prise de conscience de la nécessité de protéger ces processus écologiques qui sont comparables au moteur d'une machine qu'il ne faut pas enrayer³¹⁴. L'irréversibilité s'ancre dans ces deux objectifs. La complexité de l'environnement, notamment créée par sa processualité, rejait sur l'irréversibilité qui est dès lors plus difficile à prévoir ou à guérir. La protection de ces processus écologiques quant à elle est justifiée par le refus de l'irréversibilité.

178. Le phénomène de processus trouve notamment à s'appliquer en matière de dégradation, figure d'irréversibilité. La dégradation peut se manifester de plusieurs manières. L'appauvrissement d'une ressource, sa réduction, sa modification sont autant de manifestations d'une dégradation environnementale. La Convention sur la diversité biologique rappelle que « la diversité biologique s'appauvrit considérablement »³¹⁵, et met en garde contre « la réduction de la diversité biologique »³¹⁶. Le terme « menacé » traduit également cette idée de processus. Selon la Convention de Bonn sur les espèces migratrices, il signifie qu'une « espèce migratrice est en danger d'extinction sur l'ensemble ou sur une partie importante de son aire de répartition »³¹⁷. Le terme « menacé », induit l'idée de processus dans l'atteinte irréversible future faite à la ressource.

³¹² OST F., *La nature hors la loi*, Edition La découverte, 1995, p. 95 : « s'il y a de l'irréversibilité dans la nature, c'est alors aussi l'idée d'équilibre qui doit être réintégrée ».

³¹³ Global Environment Outlook 3, PNUE.

³¹⁴ Cf. notamment NAIM-GESBERT E., *op.cit.*, p. 361 : « Préserver les dimensions processuelles de la nature ressort de l'objectif essentiel du droit de l'environnement qui désigne un état harmonieux de l'équilibre entre les diverses formes de vie sur trois vocables différents mais synonymes : équilibre naturel, biologique ou écologique ».

³¹⁵ Préambule de la Convention, alinéa 6.

³¹⁶ *Ibid.*, alinéa 8.

³¹⁷ Convention de Bonn relative aux espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 23 juin 1979, préambule, article 1^{er}.

179. Les processus écologiques restent difficiles à appréhender, notamment par le droit. L'altération, la dégradation ou la destruction d'un élément corporel environnemental aura pour conséquence la disparition ou tout du moins la modification d'un processus écologique avec des conséquences sur l'ensemble de l'écosystème auquel il appartient. Cependant, comme chaque processus est attaché à un point de départ constitué par un élément corporel de l'environnement (sol, eau, animal, couche d'ozone) il reste possible, lorsque le processus est connu, de pouvoir réglementer afin que le processus continue d'exister. Les professeurs De Klemm, Martin, Prieur et Untermaier proposaient en 1989 l'instauration d'obligations de résultat « fondées sur des objectifs définis en fonction de seuils établis sur des bases scientifiques »³¹⁸. Ils proposaient notamment de réglementer les émissions de substances polluantes dans l'environnement et plus précisément la quantité maximum acceptable de ces substances dans un milieu donné. Il s'agit des « normes d'immiscions », mécanisme qui a été instauré pour les émissions de gaz à effet de serre afin d'enrayer le processus des changements climatiques. La difficulté juridique engendrée par les processus écologiques est qu'ils ne constituent pas en eux-mêmes des biens corporels mais qu'ils ont des biens corporels pour origine. De ce fait, c'est notamment à travers la notion de « service » que ces processus sont susceptibles d'être appréhendés par le droit. Il est possible de prendre l'exemple des forêts de protection destinées avant tout à éviter l'érosion des sols³¹⁹.

180. La seconde approche du processus est de nature anthropomorphique. Par le biais du droit, l'homme a été amené à conceptualiser le processus et notamment de processus dommageable pour l'environnement afin de mieux prévenir les atteintes. La notion de processus apparaît pour la première fois dans un texte de loi en 1988, le « fauna and flore guarantee act » de l'Etat australien de Victoria³²⁰. Cette notion est par la suite reprise dans la Convention sur la diversité biologique de 1992. Selon la Convention, les États parties ont l'obligation, dans la mesure du possible et selon ce qu'il conviendra, d'identifier les

³¹⁸ DE KLEMM C., MARTIN G., PRIEUR M., UNTERMAIER J., *Les qualifications des éléments de l'environnement*, in *L'écologie et la loi, Le statut juridique de l'environnement*, Dir. KISS A., Editions L'Harmattan, Paris, 1989, p. 93.

³¹⁹ Article L411-1 du Code forestier : « Peuvent être classées comme forêts de protection, pour cause d'utilité publique : les forêts dont la conservation est reconnue nécessaire au maintien des terres sur les montagnes et sur les pentes, à la défense contre les avalanches, les érosions et les envahissements des eaux et des sables ».

³²⁰ Flora and Fauna Guarantee Act, 24 mai 1988, Act No. 47/1988, version consolidée le 29 juin 2000 : Article 3, Definition : « potentially threatening process means a process which may have the capability to threaten the survival, abundance or evolutionary development of any taxon or community of flora or fauna ».

processus et les catégories d'activités qui ont ou risquent d'avoir une influence défavorable sensible sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique³²¹, puis de surveiller les effets de ces processus et activités et enfin de les réglementer³²². Un « processus potentiellement dommageable » pour une espèce ou un écosystème est tout phénomène susceptible de rendre son état de conservation moins favorable. Les « processus potentiellement dommageables » sont donc principalement la conséquence d'activité ou d'absence d'activité humaine³²³.

181. Encore une fois, il convient de se placer dans une vision pessimiste de l'irréversibilité, celle qui intéresse principalement le droit³²⁴. La processualité de l'irréversibilité se soustrait ou se fonde à la processualité de l'élément corporel environnemental. L'inquiétude réside dans la prise de conscience que l'environnement est formé d'une multitude de processus et qu'une atteinte à l'un entraîne des conséquences sur d'autres. Cette processualité amène la question de la cause du phénomène, de son identification. La difficulté qui se pose est également l'effet cumulatif des sources de nuisances qui multiplie généralement la gravité des conséquences pour l'environnement. Les atteintes environnementales se traduisent le plus souvent par leur globalité et leurs interconnexions. De plus, l'existence de certaines pollutions comme les pollutions diffuses empêche une traçabilité précise de l'origine du processus irréversible.

182. Du fait de son caractère processuel, l'irréversibilité induit forcément la notion de dommage futur. De manière générale, le dommage futur est admis mais à condition qu'il ne soit ni hypothétique ni éventuel, chose extrêmement ardue en matière d'irréversibilité, et qu'il apparaisse comme « la prolongation certaine et directe de l'état de chose actuel »³²⁵. Si l'irréversibilité constitue un processus qu'il convient d'identifier comme dommageable pour l'environnement, il est donc primordial de porter une attention toute particulière aux prémices de ces processus. Ces dernières ne peuvent être identifiées que dans un état de droit qui donne une place importante à l'environnement.

³²¹ Article 7 c.

³²² Article 8 I.

³²³ KLEMM DE C., *La réglementation et l'irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial 1998, p. 59-78.

³²⁴ Jean Carbonnier parle du juriste comme d'un « pessimiste actif », CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Editions LGDJ, 10^e édition, Paris, 2001.

³²⁵ LITTMANN M.J., LAMBRECHTS Cl., *La spécificité du dommage, Le dommage écologique*, SFDE, 1992.

183. Qu'il s'agisse de la processualité même de la nature ou de processus potentiellement dommageables, l'irréversibilité reste fondamentalement processuelle, ce qui complique son identification. La détermination de l'irréversibilité environnementale passe nécessairement par une évaluation scientifique.

CONCLUSION CHAPITRE I

184. Les irréversibilités de fait sont des phénomènes susceptibles d'être saisis par le droit, qu'il s'agisse d'irréversibilité environnementale ou non. Ce phénomène est complexe d'où une saisie tardive et le plus souvent incomplète ou non éclairée. Son objet matériel environnemental ainsi que son objet spatio-temporel empreint d'une temporalité spécifique, forcent peu à peu la compréhension. Ses manifestations ne peuvent plus être niées de même que ses causalités. Le risque et la processualité comme caractéristiques de l'irréversibilité encadrent la détermination du phénomène mais induisent une connaissance complémentaire qui ne relève pas du droit.

185. La saisie juridique d'un phénomène comme l'irréversibilité oblige à ces définitions préalables mais également à comprendre les obstacles autres que définitionnels. C'est tout l'enjeu de l'efficacité du droit de l'environnement, soit parvenir à comprendre cet objet aux aspects scientifiques, sociaux, économiques qu'est l'environnement afin de garantir que les lois environnementales puissent être applicables. La saisie juridique de l'irréversibilité fait l'objet de contraintes qu'il est nécessaire d'analyser.

CHAPITRE II - Les contraintes de la saisie juridique de l'irréversibilité

186. A-J. Arnaud le reconnaît lui-même « le Droit n'a pas vocation à tout régler, et parfois une régulation non-juridique s'avère plus efficace qu'une régulation par le droit »³²⁶. Il s'agit en réalité dans cette affirmation de relever que le droit seul, n'est plus apte à régler correctement certaines problématiques actuelles. A-J. Arnaud précise que nos sociétés sont passées d'« un jeu simple à un jeu complexe » et que l'ensemble des acteurs sont « conscients du changement que cela implique dans leurs manières et leurs habitudes ». Il s'agit en réalité « d'une sorte de révolution (...) assez comparable à ce que fut dans d'autres domaines la révolution industrielle ou la plus récente révolution technologique »³²⁷. L'irréversibilité s'ancre indubitablement dans ces réflexions.

187. L'obstacle principal en matière d'irréversibilité reste l'incertitude scientifique qui entoure l'identification du phénomène. L'expertise scientifique est une phase primordiale à l'appréhension de l'irréversibilité. Elle conditionne notamment l'application du principe de précaution³²⁸ et par la suite la prise de décision dans le cadre d'une situation d'irréversibilité environnementale. Il semble important de souligner que, contrairement à ce qu'avance G. Bonnel en ce qui concerne les termes utilisés dans les principes du droit de l'environnement issus de la langue naturelle, et qui ne nécessitent selon lui pas de connaissances techniques particulières³²⁹, l'irréversibilité introduit des connaissances scientifiques très particulières. Il convient de comprendre cette spécificité qu'est l'incertitude scientifique attachée au phénomène d'irréversibilité afin d'avoir une vision complète de la problématique (Section I).

188. Le second point conditionnant la saisie juridique de l'irréversibilité de fait est la dimension potentiellement économique, politique et sociale de ce phénomène. À l'instar d'une réflexion environnementale qui ne peut s'exclure totalement des sciences sociales

³²⁶ ARNAUD A-J., *Du jeu fini au jeu ouvert, réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, Droit et société, 17/18-1991, p. 50.

³²⁷ *Ibidem.*

³²⁸ Cf. Infra Partie I, Titre II.

³²⁹ BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 145.

pour être adaptée aux problèmes actuels, l'irréversibilité est caractérisée par son contexte global (Section II).

Section I. La détermination scientifique de l'irréversibilité

« La rationalité scientifique des experts face au risque, exprimé objectivement comme le produit d'un dommage et d'une probabilité, par opposition à la perception subjective, longtemps jugée irrationnelle qu'en a le public est un sujet ancien ».

Rapport de l'AFSSET, janvier 2006.

189. Les sciences « dures » apportent les premières réponses en matière de détermination de l'irréversibilité (§1). Cependant, l'incertitude scientifique qui entoure le phénomène d'irréversibilité oblige le droit à prendre le relais et à trouver à son tour des réponses (§2).

§1. La détermination de l'irréversibilité : la science au secours du droit

190. Décider de lutter, d'agir à l'encontre d'une situation environnementale qui à terme peut s'avérer irréversible, doit se faire, autant que possible, à partir d'une connaissance éclairée. C'est ici qu'intervient la science. « La science au secours du droit », l'affirmation semble loin d'être évidente. Les scientifiques sont donc les premiers experts de la détermination de l'irréversibilité environnementale. Les politiques déterminent quant à eux le risque acceptable à partir de cette identification scientifique.

191. Ainsi, l'évaluation environnementale, et donc l'évaluation de l'irréversibilité, relève de la science, les scientifiques devant être en mesure de déterminer si une situation est irréversible ou non. La difficulté d'évaluation résulte du fait que l'évaluation du risque, autrement dit l'étude des effets potentiels d'activités déterminées sur différentes populations pendant différentes périodes et à des niveaux différents, doit être fondée sur la recherche et l'extrapolation à partir des résultats. Elle doit aboutir à un jugement sur l'importance du problème prenant en compte les incertitudes inévitables. La science a mis en place des

méthodes destinées à faciliter la détermination de l'irréversibilité environnementale (A). Cependant, les caractéristiques du phénomène de l'irréversibilité introduisent une incertitude scientifique dans une telle détermination, qu'il est difficile de réduire (B).

A) Les méthodes scientifiques de détermination de l'irréversibilité

192. Déterminer l'irréversibilité scientifiquement revient à déterminer le risque d'irréversibilité puisque le phénomène est processuel et qu'il est inutile, dans une optique de traitement de l'irréversibilité, de déterminer l'irrévocabilité d'une atteinte irréversible. La détermination de l'irrévocabilité revient seulement à constater l'impuissance des décideurs. Dans la gestion du risque d'irréversibilité, il est donc nécessaire de pouvoir utiliser les informations scientifiques obtenues afin de choisir la meilleure stratégie et s'il y a lieu, les moyens juridiques d'action permettant de limiter, voire d'inverser le processus irréversible. Cette utilisation des informations scientifiques comporte nécessairement un « jugement de valeur sur l'acceptabilité du risque et le caractère rationnel des solutions envisagées »³³⁰.

193. Les acteurs du droit ont pris peu à peu conscience de la nécessité d'un lien entre connaissances scientifiques et évolution juridique. A ce sujet, E. Naim-Gesbert rappelle l'importance de l'expertise scientifique en matière d'environnement. Il retient que « le droit de l'environnement a essentiellement recours à l'expertise scientifique et à la recherche d'une meilleure connaissance de son objet »³³¹. Par la spécificité de son objet, il ne peut s'extraire des sciences dures. Et « c'est dans cet espace d'indécision et d'incertitude réciproque, que les rapports de la science et du droit convergent justifiant la conception d'un droit à l'environnement médiateur du rapport de l'homme à la nature par le truchement de l'expertise scientifique »³³². Ainsi, le principe 18 de la Déclaration de Stockholm énonce que « la science et la technique doivent être utilisées pour améliorer l'environnement ». L'article 20 de la même Déclaration précise que « la recherche écologique doit être encouragée, en particulier dans les pays en développement ». De même, le principe 9 de la Déclaration de Rio de juin 1992 énonce la nécessité de mettre en place une coopération scientifique. Il retient que « les Etats devraient coopérer ou intensifier le renforcement des

³³⁰ SHELTON D., *Certitude et incertitude scientifiques*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 39-47.

³³¹ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 577.

³³² *Ibidem*.

capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par des échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices ». Pareillement, l'article 174 du Traité d'Amsterdam³³³ énonçait dans son alinéa 3 que « dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, la Communauté tient compte : des données scientifiques et techniques disponibles ». C'est un investissement dans des expertises impartiales, objectives qui s'impose ainsi que la mise en place d'un dialogue public sur les risques et les incertitudes environnementaux.

194. Afin d'améliorer la détermination scientifique, des moyens institutionnels ont été mis en place. A titre d'exemple, la loi n°2001-398 du 9 mai 2001³³⁴ a créé l'Agence Française de Sécurité Sanitaire Environnementale (AFSSET, ANSES depuis 2010³³⁵). Il s'agit d'un établissement public d'Etat sous la tutelle des ministres chargés de l'environnement et de la santé qui a pour vocation de fournir au gouvernement l'expertise et l'appui technique nécessaires à l'élaboration des lois et des décrets en matière d'environnement. L'agence doit de plus recueillir les données scientifiques et techniques nécessaires à l'exercice de ses missions³³⁶ et proposer toute mesure de précaution ou de prévention d'un risque sanitaire lié à l'état de l'environnement.

195. Les juges se sont également saisis de cette problématique. En matière de jurisprudence internationale, la CJUE et le Tribunal de Première Instance font tous deux appel à l'expertise scientifique afin d'éclairer leurs décisions³³⁷. Dans l'arrêt *Gabcikovo-*

³³³ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union Européenne, les Traités instituant les Communautés Européennes et certains actes connexes, JOUE n° C 340 du 10 Novembre 1997.

³³⁴ Loi n°2001-398 du 9 mai 2001 *créant une Agence française de sécurité sanitaire environnementale*, JO n° 108 du 10 mai 2001, p. 7325.

³³⁵ L'AFSSET a fusionné en 2010 avec l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) pour devenir l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES). Ordonnance n° 2010-18 du 7 janvier 2010, *portant création d'une agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail*, JO n°0006 du 8 janvier 2010, p. 453, prise en application de l'article 115 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, JO n°0167 du 22 juillet 2009, p.12184.

³³⁶ Article L. 1336-1 du Code de santé publique : « Elle fournit aux autorités compétentes toutes les informations sur ces risques ainsi que l'expertise et l'appui technique nécessaires à l'élaboration des dispositions législatives et réglementaires et à la mise en œuvre des mesures de gestion des risques ».

³³⁷ MONEDIAIRE G., *Qualification matérielle et qualification juridique des faits : expertise et droit de l'environnement*, in *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Les Cahiers du CRIDEAU, 2000.

*Nagymaros*³³⁸, la CIJ énonce en ce qui concerne les expertises scientifiques « qu'il ne lui est pas nécessaire (...) de déterminer lequel de ces points est scientifiquement le plus solide », dès lors que les conclusions divergentes mettent en lumière la réalité des considérables conséquences environnementales du projet examiné. La CIJ n'ignore pas les expertises scientifiques dans sa prise de décision mais ne désire pas être liée de manière certaine par ces dernières. Elle exprime en général une certaine méfiance vis-à-vis des expertises produites par les parties elles-mêmes. Elle préfère le recours à une expertise d'une tierce partie, indépendante et impartiale.

196. L'impartialité des experts est primordiale et de ce fait, une nécessité de séparation de l'évaluation des risques et de leur gestion s'impose. Il faut une expertise objective, indépendante et respectant le principe du pluralisme d'expertise. Le principe de la pluralité d'expertises repose sur deux fondements : la scientificité et la légitimité démocratique. Une unique expertise scientifique relèverait de l'arbitraire. La science n'ayant pas une seule réponse absolue à un problème, ce principe s'appuie sur une présomption d'incomplétude³³⁹. Les experts, même en étant intègres, peuvent être influencés par leur propre conviction scientifique, philosophique, religieuse, ou intuitive. La participation du public, la discussion des rapports d'experts, la recherche d'un consensus, peuvent réduire la subjectivité de l'évaluation.

197. Il n'existe pas réellement de détermination scientifique claire de l'irréversibilité. Le vocabulaire employé est le plus souvent qu'un événement est « plus probable qu'improbable », qu'il est « raisonnablement sûr », ou « pourrait probablement être démontré », qu'il « a donné un résultat déterminé », ou encore « pourrait donner un résultat déterminé ». L'évaluation en elle-même du phénomène s'appuie sur des « preuves scientifiques crédibles », ou encore sur les méthodes théoriques ou des recherches « généralement acceptées par la communauté scientifique ». Ce vocabulaire reste vague et démontre l'absence de certitude absolue. En réalité, il s'agit plus d'une échelle de degré dans l'incertitude que dans la certitude. Concernant l'évaluation du phénomène d'irréversibilité, les critères possibles permettant de déterminer le risque d'irréversibilité sont notamment les probabilités d'occurrence du dommage, l'importance

³³⁸ CIJ. 25 sept.1997, Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros – Hongrie-Slovaquie, RGDIP 1998, 1, p. 85-119, article de SOHNLE J.

³³⁹ MONEDIAIRE G., *Qualification matérielle et qualification juridique des faits : expertise et droit de l'environnement*, Préc.

du dommage, le rapport coût-bénéfice, la longueur du temps qui s'écoule entre l'acte générateur et ses effets, les effets cumulatifs des dommages, autant de critères difficiles à identifier séparément.

198. Plusieurs méthodes globales d'évaluation peuvent être retenues. Il est possible tout d'abord de procéder à une « analyse du pire » pour envisager les conséquences les plus graves possibles du projet. Il s'agit d'envisager la réalisation des risques de dommages environnementaux les plus importants. Une autre possibilité est celle de la « règle de la rationalité », qui permet de n'envisager que les effets potentiels d'un projet sur l'environnement, c'est-à-dire ceux qui peuvent être « raisonnablement prévus ». Il y aura incertitude scientifique en l'absence de preuves concluantes d'un lien de causalité entre les substances et leur impact ou l'absence de preuves scientifiques d'un impact. L'incertitude scientifique pouvant en fait se définir comme étant un désaccord entre les experts, il est possible de procéder au choix de « l'acceptation générale » mais cela n'est en aucun cas une garantie de certitude. La méthode scientifique d'évaluation passe donc par la recherche, le retour sur expérience, les méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai³⁴⁰. Il est important de préciser que l'évaluation doit prendre en compte les évolutions des connaissances scientifiques. Le *statu quo* n'existe pas en matière d'évaluation scientifique. A ce titre, l'article 95 §3 du Traité CE³⁴¹ prévoyait déjà que les institutions de la Communauté devaient poursuivre un objectif en matière d'environnement « de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques ». Le Traité de Lisbonne a quelque peu modifié la formulation de l'objectif. L'article 2 du Traité prévoit que l'Union œuvre pour « un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » et qu'« elle promeut le progrès scientifique et technique »³⁴². Dans sa communication sur la mise en œuvre du principe de précaution, la Commission Européenne³⁴³ énonce que « même si l'avis scientifique n'est soutenu que par une fraction minoritaire de la communauté scientifique, les avis exprimés devraient être pris en compte à condition que la crédibilité et la réputation de cette fraction soit reconnues ». La Commission renvoie au rapport de l'organe d'appel de l'OMC en

³⁴⁰ Livre vert de la Commission du 30 avril 1997, COM(97)176 final, *Les principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union Européenne*.

³⁴¹ Traité instituant la Communauté Européenne, 25 mars 1957, Rome, Article 95 §3.

³⁴² Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union Européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, JOUE C/306 du 17 décembre 2007, article 2.

³⁴³ Communication de la Commission Européenne sur la mise en œuvre du principe de précaution, 2 février 2000, COM. 2000-1.

matière d'hormones, qui, en son paragraphe 194 pose que « l'évaluation des risques (...) débouche sur une conclusion monolithique avec l'opinion scientifique qui sous-entend implicitement la mesure SPS. L'évaluation des risques pourrait faire ressortir à la fois l'opinion la plus répandue qui représente le courant scientifique « dominant » ainsi que les opinions de scientifiques qui ont un point de vue divergent. De ce fait, l'article 5-1 ne requiert pas que l'évaluation des risques fasse état nécessairement du seul point de vue de la majorité de la communauté scientifique intéressée. Parfois, l'existence même d'opinions divergentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique ». Il est possible de reprendre l'exposé du processus d'évaluation des risques qui a été soumis dans la communication de la commission du 2 février 2000 sur la mise en œuvre du principe de précaution³⁴⁴. Ces indications peuvent aider à la détermination d'un risque d'irréversibilité environnementale et simplifier en aval la prise de décision.

199. Ainsi l'incertitude se pose en termes scientifiques à la vue des connaissances actuelles scientifiques, mais également en termes de qualité des avis scientifiques. Cette incertitude induit un doute quant à la décision à prendre. Le droit doit alors relayer la science face à cette l'incertitude.

B) L'incertitude de la détermination scientifique de l'irréversibilité

200. La communication de la Commission relative au recours au principe de précaution apporte quelques éclairages concernant la définition de l'incertitude scientifique. L'incertitude scientifique résulte le plus souvent de cinq caractéristiques principales de la méthode scientifique : la variable choisie, les mesures effectuées, les échantillons prélevés, les modèles utilisés et le lien de causalité employé. « Elle peut également découler d'une controverse sur les données existantes ou l'absence de certaines données pertinentes. Elle peut concerner des éléments tant qualitatifs que quantitatifs de l'analyse ». De manière plus globale, l'incertitude relève de trois catégories : le biais³⁴⁵, l'erreur aléatoire et la variabilité réelle. La Commission rappelle que les évaluateurs du risque sont habitués à prendre en compte ces facteurs d'incertitude et notamment en utilisant des « éléments de prudence »

³⁴⁴ Communication de la Commission Européenne sur la mise en œuvre du principe de précaution, 2 février 2000, COM. 2000-1.

³⁴⁵ En statistique ou en épidémiologie, un biais est une démarche ou un procédé qui engendre des erreurs dans les résultats d'une étude.

comme par exemple faire des essais sur « des modèles animaux » pour établir les effets potentiels sur l'homme³⁴⁶. Le rapport précise que les gestionnaires du risque, donc les décideurs doivent avoir pleine conscience de ces facteurs d'incertitude « lorsqu'ils adoptent des mesures en se fondant sur l'avis scientifique fourni par les évaluateurs ».

201. Le rapport Viney-Kourilsky voit dans l'expertise la « clef de voûte qui donne toute sa solidité à la prise de décision et qui permettra de trancher de façon équitable les litiges que celle-ci peut, à plus ou moins longue échéance, provoquer »³⁴⁷. Cette évaluation scientifique reste donc un préalable mais ne lie pas les politiques dans leurs décisions d'agir ou pas. Le traitement de l'incertitude dépend des enjeux étatiques et il arrive parfois que cette même incertitude scientifique soit mise en avant afin d'écarter la prise en compte de l'irréversibilité environnementale. Le rapport de la Commission sur le recours au principe de précaution rappelle qu'il y a des « situations où les données scientifiques sont largement insuffisantes pour pouvoir concrètement appliquer les éléments de prudence, où l'absence de modélisation des paramètres ne permet aucune extrapolation et où les relations de cause à effet sont pressenties mais pas démontrées ». C'est dans ces situations que « les décideurs politiques sont placés devant le dilemme d'agir ou de ne pas agir ».

202. Dans le cadre d'une recherche de « graduation de la consistance scientifique des hypothèses de risques »³⁴⁸, le rapport Kourilsky-Viney de 2000 propose de définir des seuils critiques de plausibilité scientifique. La première échelle du risque est celle des « risques hypothétiques » avec une plausibilité faible. Ces risques ne justifient qu'une recherche de base et une veille scientifique. La seconde échelle est celle des « risques potentiels plausibles » avec une plausibilité moyenne. Il s'agit de faits ou d'observations disponibles

³⁴⁶ La Commission retient l'exemple de cinq « éléments de prudence » :

- se baser sur des modèles animaux pour établir les effets potentiels sur l'homme ;
- utiliser des échelles de poids corporel pour les comparaisons entre les espèces ;
- adopter un facteur de sécurité dans l'évaluation d'une dose journalière admissible pour tenir compte de la variabilité intra et inter spécifique, la valeur de ce facteur est variable en fonction du degré d'incertitude des données disponibles ;
- ne pas déterminer de dose journalière admissible pour les substances reconnues génotoxiques carcinogènes ;
- prendre pour base le niveau « ALARA » (as low as reasonably achievable) pour certains contaminants toxiques.

³⁴⁷ KOURILSKY P., VINEY G., *Le principe de précaution*, Rapport au 1^{er} ministre, 15 octobre 1999, Editions Odile Jacob, La documentation française, 2000.

³⁴⁸ GODARD O., *Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question*, in *Revue Economique*, vol.54, n°6, novembre 2003, p. 1253.

débouchant sur des hypothèses jugées recevables par une partie non négligeable de la communauté scientifique. Ces hypothèses nécessitent cependant d'être confirmées ou démenties. Elles entraînent une recherche ciblée mais ne justifient pas encore de mesures restrictives. La troisième échelle concerne les « risques potentiels étayés » avec une plausibilité forte. Les faisceaux d'observation de terrain, les travaux de modélisation et d'expérience, la conviction de la grande majorité de la communauté scientifique, entraînent la possibilité de mise en place de mesures restrictives. Ces échelles permettent de poser un cadre aux connaissances scientifiques dans un contexte d'incertitude.

203. Cependant, comme le rappelle O. Godard, cette graduation montre ses limites dans l'hypothèse des risques à « effets fortement retardés mais faiblement réversibles » comme les changements climatiques. Il propose d'enrichir la grille de classification relative à la maturité scientifique des connaissances des risques³⁴⁹. Ainsi, tout d'abord en matière d'hypothèse, il conviendrait de retenir les étapes progressives suivantes. La première étape est celle de la simple conjecture scientifique. La seconde étape réside dans l'hypothèse non étayée, non réfutée et compatible avec l'état des savoirs scientifiques. L'incertitude est encore très forte à cette étape. Il s'agit des prémices d'une connaissance d'un risque. La troisième étape est l'hypothèse non étayée mais résultant d'une méthode scientifique acceptée. La quatrième étape démontre déjà une connaissance améliorée puisqu'il s'agit de l'hypothèse étayée par des travaux scientifiques de modélisation et/ou simulation, des observations empiriques ou des résultats expérimentaux ayant la validité d'indices et acceptée ou soutenue par une minorité de scientifiques. La cinquième étape se concrétise par l'hypothèse scientifique étayée, empiriquement ou par modélisation, et acceptée par une majorité de scientifiques. Il convient de noter une étape à part qui est celle de l'hypothèse validée de façon isolée, à confirmer, qu'il s'agisse d'une démonstration expérimentale ou d'une découverte, demandant à être reproduite, confirmée ou critiquée. En matière de résultat, deux graduations seraient à retenir. Premièrement, le résultat majoritairement accepté par la communauté scientifique, mais encore soumis aux critiques ou réserves d'une minorité scientifique. Deuxièmement, le résultat avéré, accepté par la communauté scientifique quant à l'existence du risque. Ces propositions de graduation de la maturité des connaissances scientifiques par rapport à un risque illustre la complexité du processus d'acquisition d'un avis scientifique permettant ensuite de faire un choix. La processualité de l'irréversibilité renforce cette difficulté de maturité puisque les connaissances empiriques

³⁴⁹ GODARD O., *Ibidem*.

peuvent prendre un temps considérable. A titre d'exemple en matière de champs électromagnétiques et de leurs conséquences sur la santé, l'OMS en partenariat avec le PNUE a publié une monographie. Le rapport retient que l'« on s'inquiète d'un certain nombre d'effets que les champs RF pourraient avoir sur la santé : promotion et progression des tumeurs cancéreuses, effets indésirables sur la fonction de reproduction (...) et effets sur le fonctionnement du système nerveux central ». Les rapporteurs précisent que même si ces craintes ont des raisons d'être, « les connaissances dans tous ces domaines restent trop fragmentaires pour que l'on puisse se prononcer sur l'existence de ces effets, aussi ne dispose-t-on d'aucune base rationnelle pour proposer des recommandations visant à protéger la population générale contre d'éventuels effets nocifs »³⁵⁰.

204. La difficulté en matière d'évaluation scientifique de l'irréversibilité environnementale peut être réduite par le biais de la connaissance même du risque qu'elle représente, sans pour autant apporter des solutions concrètes. Le rapport de 2006 de l'AFSSET sur la perception du risque et la participation du public établit un schéma de caractérisation des risques. L'irréversibilité est difficilement caractérisable. Elle fait partie des risques potentiellement inconnus, et non observables, aux effets retardés. Le droit ne peut se prétendre omniscient, il reste dépendant d'autres sciences pour mener à bien ses missions. Il « n'intervient que sur le fondement des données ainsi acquises »³⁵¹. La matière environnementale du droit est une illustration flagrante de cette interconnexion nécessaire. Afin de pouvoir agir et réglementer l'irréversibilité environnementale, la science juridique est subordonnée à l'expertise scientifique du phénomène.

205. Cette difficile détermination scientifique de l'irréversibilité environnementale est un frein à la gestion de l'irréversibilité et justifie notamment la création du principe de précaution, forme contemporaine de la prudence antique³⁵². Afin de pallier quelque peu cette incertitude, le droit prend le relais de la science dans la détermination de l'irréversibilité environnementale.

³⁵⁰ OMS, PNUE, EHC 137 Champs électromagnétiques (300 Hz – 300 GHz), publié en 1993.

³⁵¹ SHELTON D., *Certitude et incertitude scientifiques*, in *L'irréversibilité*, RJE, numéro spécial, 1998, p. 39-47.

³⁵² Cf. *Infra*, Partie II, Titre I.

§2. *La détermination de l'irréversibilité : le droit au secours de la science*

206. R. Kast rappelle le relais des sciences sociales vis-à-vis des sciences dites dures. Ainsi, dans le cas d'une absence de certitude scientifique par rapport aux conséquences d'un phénomène, « les sciences sociales sont appelées à la rescousse »³⁵³. S. Ove Hansson se pose la question du savoir dans la démarche d'une réflexion sur l'incertitude dans nos sociétés. Il retient que le savoir est tout d'abord une sorte de croyance, « ce que l'on ne croit pas ne saurait être du savoir : si l'on a accès à une information exacte, mais sans y croire, cet accès ne constitue pas un savoir »³⁵⁴. Cependant, le savoir doit être justifié pour être considéré comme tel. Ainsi, le savoir est composé d'éléments subjectifs et objectifs. A propos de l'incertitude scientifique, S. Ove Hansson précise que la science, bien que nous apportant un savoir nouveau et en expansion, engendre également des incertitudes supplémentaires notamment parce qu'elle attire l'attention sur de nouvelles questions³⁵⁵. La science moderne a dû se consacrer à l'étude de systèmes hétérogènes tels que les écosystèmes, le corps humain, le système climatique, qui sont constitués de nombreux éléments et d'interactions potentielles qui rendent la prévision très difficile.

207. La science est devenue la « référence sociétale »³⁵⁶ à partir du XVIII^e siècle. Les sociétés industrielles ont considéré que la science permettrait d'expliquer tous les phénomènes et de trouver les méthodes susceptibles de maîtriser les effets négatifs de l'évolution desdites sociétés. L'économiste R. Kast apporte un éclairage sur la notion de certitude et d'incertitude en science³⁵⁷. Dans l'Antiquité, la certitude, qui en latin signifie « certifié », était acquise par un serment devant les dieux. Aujourd'hui, la certitude scientifique face à la détermination d'un phénomène vient de la certification par un groupe de scientifiques reconnus. La question de la signification du qualificatif « certain » en

³⁵³ KAST R., *Calcul d'un coût économiquement acceptable pour la mise en pratique du principe de précaution*, in *Revue économique*, vol. 54, n°6, novembre 2003, p. 1307-1334, p. 1330.

³⁵⁴ HANSSON S., *Les incertitudes de la société du savoir*, *Revue internationale des Sciences Sociales*, 2002/1 n° 171, p. 43-51.

³⁵⁵ HANSSON S., *Ibid.*, p. 47 : S. Hansson prend l'exemple des gaz à effet de serre : « parmi les objets qu'étudie la science, certains sont extrêmement complexes et cette complexité est l'une des causes primordiales de l'incertitude scientifique. L'effet de serre anthropique en est un exemple patent. Pour déterminer les effets des concentrations accrues de gaz à effet de serre observées dans l'atmosphère, il faut tenir compte d'une multitude de facteurs causals et de mécanismes potentiels ».

³⁵⁶ KAST R., *Calcul d'un coût économiquement acceptable pour la mise en pratique du principe de précaution*, *op.cit.*, p. 1310.

³⁵⁷ *Ibidem*.

science se pose. Ainsi, le cheminement de la « certitude scientifique » peut s'énoncer de la manière suivante : « une science élabore des théories susceptibles d'intégrer des faits observés. Les prédictions théoriques sont vérifiées, si possible, par des expériences qui peuvent être répétées ou bien par de futures observations. Ces observations ne sont jamais exactement identiques aux prédictions. Cependant, elles sont considérées comme les vérifiant, ou pas, avec un certain degré de précision. A ce niveau de précision, la théorie peut être appliquée pour développer des techniques qui produiront un « certain » résultat³⁵⁸. *In fine*, la certitude scientifique reste déterminée par la théorie des probabilités introduite par B. Pascal au XVII^e siècle ainsi que par les statistiques. L'appréhension de la certitude scientifique permet de procéder à une définition de l'incertitude scientifique *a contrario*. R. Kast retient deux hypothèses principales. Soit il existe plusieurs théories concurrentes capables de décrire le même phénomène, certifié par plusieurs scientifiques, soit aucun scientifique ne peut ou ne veut certifier les résultats d'un phénomène donné. Dans le second cas, deux raisons essentielles peuvent expliquer cette situation. La première est qu'il y a des théories expliquant le phénomène mais qu'elles ne proposent pas de mesure sur les résultats. La seconde est qu'il n'y a aucune théorie disponible ou bien que, s'il y en a, aucun scientifique n'accepte de s'y référer.

208. Cette appréhension de la certitude et de l'incertitude scientifique permet de comprendre les difficultés que peut apporter la détermination scientifique de l'irréversibilité. Il est évidemment exclu de considérer l'irréversibilité des dommages environnementaux dans leur globalité. L'irréversibilité d'un phénomène de dégradation environnementale devra se faire au cas par cas.

209. L'exemple des OGM illustre cette difficulté de détermination scientifique. Le processus qui a été mis en œuvre à propos des OGM peut-il être scientifiquement certifié irréversible par les scientifiques ? Les scientifiques sont en désaccord sur ce point, et à l'instar de la première situation d'incertitude scientifique, les théories scientifiques sur les OGM sont nombreuses et différenciées. En dehors même du fait qu'évaluer scientifiquement l'environnement reste complexe, la notion de processus pose ici de réels problèmes. En effet, cela oblige les scientifiques à évaluer les conséquences sur le long terme et à prendre en considération les impacts directs et indirects du dommage.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 1311.

210. Le problème qui se pose ici résulte du rapport qui existe entre le droit et la science. Il semble intéressant de reprendre une classification faite par M. Prieur³⁵⁹. Il est possible de classer en quatre catégories les relations entre la science et le droit. Selon la théorie positiviste³⁶⁰, la science exprime la certitude, le savoir, la rationalité, et le droit, la cohérence, l'ordre, la logique. Il n'y a ici aucune place pour l'incertitude. La théorie moderne quant à elle oppose le droit à la science, la science est le domaine des certitudes, des constats vérifiables à partir d'expériences. Le droit quant à lui est du domaine du social donc de l'incertain, de l'imprévu. Dans le cadre de la théorie du « *verum factum* »³⁶¹, le droit relèverait du certain parce qu'il est créé et maîtrisé par l'homme, alors que la science dominée par la nature relèverait de l'incertitude, voire traduirait l'incertitude. Enfin, la théorie post-moderne suggère que la science et le droit se rejoignent dans le brouillard, la science révélant son ignorance et le droit restant objet de discussion et d'interprétation. Cette théorie post-moderne trouve son application aujourd'hui en matière de droit de l'environnement et d'irréversibilité. Le droit de l'environnement a permis de réunir ces deux sciences, l'une ne pouvant se passer de l'autre. Sauf à devenir un droit abstrait et non applicable, les juristes ne peuvent s'affranchir des sciences dures et des informations qu'elles apportent en matière d'environnement. Les sciences dures quant à elles ne peuvent régler les difficultés des mutations de la nature sans les prescriptions du droit. Comme le rappelle D. Shelton, « aucune branche du droit ne dépend autant des sciences dures que le droit de l'environnement »³⁶². Ce partenariat indispensable est d'autant plus flagrant que ces deux sciences voient aujourd'hui leurs limites atteintes et leurs réponses inadaptées face à une dégradation de l'environnement de plus en plus rapide.

211. Le droit ne pourra intervenir qu'en fonction des résultats scientifiques obtenus. La décision d'agir face à une irréversibilité environnementale devrait pouvoir se fonder sur des

³⁵⁹ PRIEUR M., *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement*, in *Incertitude juridique, Incertitude scientifique*, Les cahiers du CRIDEAU, 2000.

³⁶⁰ Cf. notamment COMTE A., *Cours de philosophie positive*, Editions BookSurge Publishing, 2001.

³⁶¹ Cf. notamment VICO J-B., *La science nouvelle*, Editions Nagel, 1954. J-P Dupuy rappelle ce principe. Ainsi écrit-il : « Nous ne pouvons connaître rationnellement que ce dont nous sommes la cause, que ce que nous avons fabriqué. Par ordre décroissant de perfection de la connaissance, les mathématiques, selon ce critère, étaient classées en premier, suivies non par les sciences de la nature, mais par les sciences morales et politiques. Cependant, la science de la nature elle-même devait être dès les commencements orientée par la conviction qu'on ne peut connaître qu'en faisant. L'insistance sur le comment des processus plutôt que sur l'être des choses s'explique ainsi, mais aussi et surtout le rôle considérable dévolu à l'expérimentation et à la modélisation par la science », DUPUY J-P., *Les rêves de la raison*, Revue Européenne des Sciences Sociales, XLII130, 2004, <http://ress.revues.org/337>.

³⁶² SHELTON D., *Certitude et incertitude scientifiques*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial 1998, p. 39-47.

données scientifiques disponibles et claires, ce qui n'est presque jamais le cas. En matière de disponibilité des connaissances scientifiques, il convient de soulever un point important. Le producteur du risque ne fournit pas l'évaluation de ce même risque. Ainsi la mise en œuvre du principe de précaution à travers la gestion du risque environnemental inclut également la mise en place de moyens destinés à la recherche scientifique sur les risques. Il est difficile pour les gouvernements de se baser sur une évaluation scientifique non absolue. Le problème se pose également pour les juges qui sont saisis de demandes de réparation de dommage écologique. Ils ont la possibilité de recourir sur la compétence des experts, sur le caractère pertinent des témoignages, ou encore sur la conformité à une théorie généralement acceptée. La jurisprudence sur les antennes relais est une première illustration des faisceaux d'indices utilisés par les juges, le rapport ZMIROU de 2001 ayant servi de base au raisonnement des magistrats³⁶³.

212. La décision d'agir en elle-même devra se reposer sur les termes employés tels que : « l'absence de certitude scientifique »³⁶⁴, « l'absence de preuves concluantes »³⁶⁵ ou « pertinentes ». Les données scientifiques sont généralement insuffisantes, peu concluantes, imprécises, en l'absence de consensus scientifique. Finalement, il ne s'agit plus de décider aux vues de résultats scientifiques absolus mais plutôt, comme le précise l'accord de Carthagène du 29 janvier 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques dans les mouvements internationaux d'OGM, sur une évaluation des risques qui doit permettre de prendre une décision en « connaissance de cause ». La décision n'est dès lors plus rationnelle mais informée. On arrive à ce que M. Prieur qualifie comme étant une « instrumentalisation du droit qui sert à camoufler l'incertitude scientifique ». Et ainsi les « décideurs politiques face à des incertitudes scientifiques s'efforcent de rassurer l'opinion grâce au droit »³⁶⁶.

213. Déterminer ou tenter de déterminer l'irréversibilité environnementale conditionne l'action des gouvernements selon les modalités du principe de précaution. Cette évaluation reste scientifique avec les doutes, les incertitudes que cela engendre. Les avis sont partagés autant dans le domaine scientifique que dans celui des juristes. Pour certains juristes ou

³⁶³ Cf. *Infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Sous-section II, §1.

³⁶⁴ Principe 15 de la Déclaration de Rio, 5 juin 1992.

³⁶⁵ Convention pour la protection de la mer baltique, Helsinki, 22 mars 1974, entrée en vigueur en 1980, remplacée le 9 octobre 1992 par une nouvelle Convention, entrée en vigueur le 17 janvier 2000, article 3-2.

³⁶⁶ PRIEUR M., *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement*, *op.cit.*

scientifiques, il semble possible de déterminer un cas d'irréversibilité. Pour d'autres, le risque grave d'atteinte à l'environnement est déjà difficile à déterminer et même à définir, le risque d'irréversibilité relève dès lors d'une complexité supérieure. Ces considérations ne peuvent cependant pas empêcher l'action, sous peine d'entraîner un immobilisme dangereux pour l'état de l'environnement. A ce titre, la Convention sur la diversité biologique de 1992 reconnaît que « les renseignements et les connaissances sur la diversité biologique font généralement défaut et qu'il est nécessaire de développer d'urgence les moyens scientifiques, techniques et institutionnels propres à assurer le savoir fondamental nécessaire à la conception des mesures appropriées et à leur mise en œuvre »³⁶⁷. M. Fritz-Legendre énonce que « la lutte contre l'ignorance est la première condition pour lutter efficacement contre l'irréversibilité car elle permet d'appréhender la gravité du danger à venir »³⁶⁸. Il est difficile de procéder à la détermination du risque grave, qu'en est-il du risque incertain ? Le risque futur peut être pris en considération s'il est certain. En cas d'irréversibilité, il s'agit le plus souvent d'un risque futur, à long terme et incertain. Ainsi « le principe de précaution ne vise pas à atteindre un risque zéro mais à affronter la probabilité de réalisation des risques qui ne sont pas jugés socialement acceptables »³⁶⁹.

214. Les réflexions à propos de l'incertitude scientifique dans le processus décisionnel, qui se met en place principalement à travers le droit, sont de plus en plus fréquentes notamment avec l'avènement du principe de précaution. S. Ove Hansson établit une classification de l'incertitude scientifique dans la prise de décision³⁷⁰. Il retient quatre degrés d'incertitudes : les conséquences, la confiance, l'horizon de la décision et les valeurs. L'incertitude des conséquences sont celles des options qui s'offrent au décideur. Les conséquences du choix du décideur à un instant précis par rapport à une situation environnementale critique sont le plus souvent incertaines, qu'il s'agisse d'une incertitude liée à une méconnaissance des probabilités ou des issues possibles. La notion de confiance fait appel à la marge d'incertitude des expertises scientifiques, aux avis divergents des scientifiques, ou au revirement des thèses scientifiques sur un même sujet, que le décideur doit prendre en compte et qui donne lieu le plus souvent à une prise de décision dans un contexte incertain. L'incertitude dans le cadre de l'horizon introduit la notion temporelle dans la prise de

³⁶⁷ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, préambule, alinéa 7.

³⁶⁸ FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial 1998, p. 79-100.

³⁶⁹ DE ROANY C., *Des principes de précaution, analyse de critères communs et interprétation différenciée*, RJE 2/2004, p. 143-156.

³⁷⁰ HANSSON S. O., *Les incertitudes de la société du savoir*, in RISS, n°171, 2002/1, p. 48.

décision. Il s'illustre notamment par le fait qu'il varie en fonction des intérêts du groupe qui le fixe. S. O. Hansson prend l'exemple de la problématique des déchets nucléaires. Il retient quatre horizons de décision différents. Tout d'abord, celui du danger de l'élimination des déchets au vue des structures installées sur le territoire. Ensuite, l'horizon de la production d'énergie à la lumière des problèmes posés par l'élimination des déchets nucléaires et des consommations énergétiques de la société. Le troisième horizon est celui de la réflexion sur le système énergétique de cette même société en se fondant sur les informations tirées des deux premiers horizons. Enfin, le dernier horizon, celui du système social qui recentre la réflexion sur l'organisation énergétique même de la société. L'exemple de la France à la lumière de ces quatre horizons est flagrant. Dans une démarche de recherche de développement de l'énergie propre, la France se retrouve confrontée à ces quatre horizons. Le nucléaire a été fortement développé sur le territoire. L'incertitude dans la gestion des déchets nucléaires et dans la probable irréversibilité de leur enfouissement et de leur toxicité forme un paradoxe quant à la politique environnementale du pays.

215. Les valeurs, elles, centrent l'incertitude sur les différentes dimensions sociales liées à la gestion d'un problème environnemental. Les vies humaines, le bien-être, l'économie, la préservation du milieu sont autant de valeurs qui diffèrent d'une société à l'autre. Ces quatre catégories d'incertitudes dans la prise de décision sont présentes dans le débat sur l'irréversibilité. Dans le cas d'un risque d'irréversibilité attaché à une dégradation environnementale, les conséquences sont difficilement identifiables eu égard à la détermination du processus. Cela entraîne de fait une incertitude de confiance vis-à-vis de l'évaluation scientifique du phénomène. L'horizon temporel est omniprésent en matière d'irréversibilité puisqu'elle fait appel à la notion de temporalité dans l'action humaine. L'incertitude quant aux valeurs à respecter, et finalement quant aux choix dans la prise de décision, tend à intégrer autant les populations actuelles que les générations futures, destinataires d'un droit difficilement identifiable³⁷¹. Cette difficile identification peut être partiellement palliée par l'expression de devoirs incombant aux générations présentes.

216. L'incertitude scientifique entourant la détermination du phénomène d'irréversibilité peut donc se voir combler par des instruments juridiques tels que le principe de précaution. Cet outil juridique porte en son sein l'incertitude mais permet l'action. A ce titre, la communication de la Commission Européenne relative au principe de précaution rappelle

³⁷¹ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II.

que « les décideurs doivent être conscients du degré d'incertitude lié aux résultats de l'évaluation des informations scientifiques disponibles. Juger ce qui est un niveau « acceptable » de risque pour la société est une responsabilité éminemment « politique ». Les décideurs confrontés à un risque inacceptable, à une incertitude scientifique et aux préoccupations du public ont le devoir de trouver des réponses. Par conséquent, tous ces facteurs doivent être pris en considération »³⁷². Les notions de risque, de potentialité, d'incertitude ont donc franchi la barrière des sciences dures pour entrer dans la sphère juridique. Les incapacités de chaque science se voient finalement résolues, du moins en partie, par leurs capacités réciproques. Ainsi, le politique, par le biais du droit, ne pourra détenir la connaissance de l'irréversibilité d'un phénomène naturel, mais pourra, au vu des éléments scientifiques établis, prendre une décision. De même, la science sera dans l'incapacité de proposer des mesures avec certitude face à un phénomène qu'elle a elle-même déterminé, mais aura fourni les éléments qui permettront la prise de ces mesures. Il s'agit d'un échange dont le droit de l'environnement et la science ne peuvent se passer.

217. A propos de la mise en place de normes juridiques permettant de pallier les incertitudes de la science, J. Hervois rappelle que dans le domaine de la bioéthique les résolutions et avis ont été « secrétés en masse dès le début des années 1970 tant au sein du Conseil de l'Europe qu'au sein de la Communauté européenne ». Il précise que « ce n'est que progressivement que des textes contraignants ont pu s'imposer »³⁷³. Les textes contraignants sont notamment la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997³⁷⁴, ou encore les directives européennes relatives aux OGM³⁷⁵. Il reste difficile de légiférer dans des domaines aussi complexes que celui de la bioéthique. J. Hervois souligne ainsi qu'« après la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (1997), on a dû ainsi se contenter d'une Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (2003) et

³⁷² Communication de la Commission Européenne sur la mise en œuvre du principe de précaution, 2 février 2000, COM. 2000-1., p. 3.

³⁷³ HERVOIS J., *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, Thèse de doctorat, droit public, Université de La Rochelle, 2011, p. 347-348.

³⁷⁴ Convention relative à la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine et ses protocoles relatifs au clonage, à la recherche biomédicale, à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine et enfin aux tests génétiques à des fins médicales, Oviedo, 4 avril 1997.

³⁷⁵ Cf. Notamment, Directive n° 90/219/CEE et du 23 avril 1990 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, JOUE du L. 117 du 8 mai 1990 (texte abrogé par l'article 21 et l'annexe VI Partie A de la directive n° 2009/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009, JOUE n° L. 125 du 21 mai 2009 ; Directive n°90/220/CEE du Conseil, du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOUE L. 117 du 8 mai 1990, p. 15-27.

d'une Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (2005), auxquelles on peut encore ajouter – bien qu'il ne s'agisse pas d'un instrument spécifique au domaine de la bioéthique – la Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures (1997) »³⁷⁶.

218. Outre, cette détermination scientifique incertaine et la nécessaire collaboration entre scientifiques et juristes, l'irréversibilité renferme des enjeux plus larges que ceux du droit et de la science, qui conditionnent son appréhension juridique.

Section II. Les enjeux externes de la saisie juridique de l'irréversibilité

219. L'appréhension juridique de l'irréversibilité ne peut se faire qu'à la lumière des dimensions économiques, sociales et politiques du phénomène. Le règlement du Conseil Européen du 20 décembre 2002 relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques, rappelle dans son préambule que l'exploitation durable des ressources halieutiques doit se faire en tenant compte des aspects environnementaux, économiques et sociaux³⁷⁷. Ainsi, à titre d'exemple sur l'imbrication environnement/économie, dans la stratégie thématique communautaire sur l'utilisation durable des ressources naturelles, la Commission européenne rappelle que « la croissance économique est le moteur de l'utilisation des ressources ». En tant qu'« objectif majeur » de la politique de l'Union Européenne, la seule manière d'arriver à réduire les incidences environnementales est de « dissocier l'utilisation des ressources et les effets environnementaux qui en découlent de ce qui en est le moteur, la croissance économique ». Cette dissociation tendrait à « réduire les impacts environnementaux négatifs » tout « en restant dans une économie en expansion »³⁷⁸. Même si cette méthode de dissociation peut être critiquée, elle est caractéristique des liens qui existent entre la gestion de l'irréversibilité environnementale et les autres sciences sociales.

³⁷⁶ HERVOIS J., *Préc.*

³⁷⁷ Règlement CE n° 2371/2002 du Conseil du 20 décembre 2002, relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la politique commune de la pêche, Préambule, alinéa 4.

³⁷⁸ Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Stratégie thématique sur l'utilisation durable des ressources naturelles*, COM(2005) 670 final, 21 décembre 2005, Bruxelles, p. 17.

220. Les caractéristiques même de l'irréversibilité obligent à une étude transversale. Ainsi, les enjeux économiques de l'irréversibilité (§1) conditionnent son appréhension juridique au même titre que ses enjeux politiques, sociaux et culturels (§2).

§1. Les enjeux économiques de l'irréversibilité

221. La compréhension des enjeux économiques de l'irréversibilité réside tout d'abord dans l'étude de la place qu'occupe l'irréversibilité dans la science économique (A), puis dans l'étude des outils économiques qui existent aux fins de prise en compte de l'irréversibilité environnementale (B).

A) La place de l'irréversibilité en économie

222. L'irréversibilité est une notion présente et étudiée en économie³⁷⁹, qu'il s'agisse d'irréversibilité à proprement parler ou d'irréversibilité de fait environnementale³⁸⁰. S. Rouillon rappelle que le « concept d'irréversibilité » en économie est aujourd'hui délicat à définir dans la mesure où « depuis l'origine, il s'est élargi progressivement pour finalement englober des circonstances assez diverses »³⁸¹. Initialement, l'irréversibilité était considérée dans une vision purement simple et littérale, c'est-à-dire comme une figure de perte, de destruction qui empêchait le retour en arrière. L'irréversibilité, au même titre qu'un problème environnemental constitue une externalité en économie, c'est-à-dire « une interférence positive ou négative entre les fonctions d'offre et de demande des agents économiques (...) sans qu'il y est compensation monétaire pour les dommages encourus ou pour les bénéfices occasionnés par cette interférence »³⁸². Il s'agit donc d'« une défaillance

³⁷⁹ Cf. notamment BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1991.

³⁸⁰ A ce sujet Cf. notamment GODARD O., SALLES J-M., *Entre nature et société, Les enjeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991, p. 234 : « Enfin, il est peu contestable que la question de l'irréversibilité soit centrale pour le champ de l'environnement : ses objets ne sont pas productibles ; les pertes, comme celles résultant de la disparition d'espèces ou d'écosystèmes originaux, sont par essence irréversibles bien qu'elles soient dans une large mesure évitables *ex ante*. La consommation de ressources non renouvelables est inéluctablement irréversible, bien que des processus de substitution et de recyclage puissent en atténuer les effets ».

³⁸¹ ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, in *Revue Economique*, vol. 52, n°1, 01/01/01, p. 61-90, p. 63.

³⁸² BARTHELEMY D., NIEDDU M., VIVIEN F-D., *Externalités ou production de patrimoines? Les enseignements de travaux récents sur l'agriculture et l'environnement*, *Géographie Economie Société* 2004/3, Vol. 6, p. 331-352.

du cadre marchand qui prend la forme d'une absence de prix ou d'une mauvaise spécification des droits de propriété concernant les ressources et les milieux naturels »³⁸³.

223. L'irréversibilité était au départ considérée comme une « irréversibilité de caractéristiques » selon l'expression de R. Pethig. La décision prise détruisait alors une caractéristique environnementale (par exemple un paysage) au profit d'un usage concurrent³⁸⁴. L'irréversibilité de caractéristique a laissé la place à ce que les économistes appellent « l'irréversibilité des choix ». Elle peut être définie comme « la possibilité que des actions, engagées aujourd'hui par des individus ou des groupes, entraînent des conséquences qui vont modeler et contraindre à l'avenir les processus de décision ou la structure du système, ou encore sa trajectoire de changement »³⁸⁵. Cette trajectoire de changement modifiée s'explique par le fait que le phénomène d'irréversibilité, manifesté par une prise de décision, va bouleverser les perceptions que le décideur aura dans le futur³⁸⁶. Il s'agit en réalité plus d'une contrainte imposée aux choix futurs, appelée « effet d'irréversibilité »³⁸⁷, et d'une modification de la linéarité des décisions, que d'une réelle irrévocabilité au sens où le droit de l'environnement l'entend pour les dommages.

224. Cette approche de la notion d'irréversibilité tend à l'opposer à la celle de flexibilité. Ainsi, « une décision est dite irréversible lorsqu'elle détruit beaucoup d'options futures, alors qu'elle est flexible lorsqu'elle préserve au mieux les options futures »³⁸⁸. Cette notion

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ PETHIG R., cité par ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, in *Revue Economique*, vol. 52, n°1, 01/01/01, p. 61-90, p. 63.

³⁸⁵ DOSI G., STANLEY METCALFE J., *Approche de l'irréversibilité en théorie économique*, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991, p. 38.

³⁸⁶ A. Ingham et A. Ulph résument cette conception de la manière suivante : « The standard intuition is that if one is making an irreversible decision under uncertainty when there is the prospect of obtaining better information in the future, then this should reduce the extent to which one makes irreversible commitments in order to better exploit the information that will become available », INGHAM A., ULPH A., *Uncertainty, irreversibility, precaution and the social cost of carbon*, Tyndall centre for climate change research, Working paper 37.

³⁸⁷ Expression due à HENRY C., *Investment decision under uncertainty : the irreversibility effect*, *American economic Review*, 64, 1974, p. 1006-1012. Cf. Egalement NARAIN U., HANEMANN M., FISHER A., *The irreversibility effect in environmental decisionmaking*, International Conference on Risk and Uncertainty in Environmental and Resource Economics, Wageningen, Pays-Bas. GODARD O., SALLES J-M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et social du champ de l'environnement*, *op.cit.*, p. 243. Cf. Egalement RAMANI S., RICHARD A., TROMMETTER M., *Une approche élargie de l'effet irréversibilité, application au cas de la conservation de la biodiversité*, *Revue économique*, Volume 43, n°4, 1992, p. 769-784.

³⁸⁸ ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, *op.cit.*, p. 63.

d'« irréversibilité des choix » entraîne des réflexions économiques qui peuvent s'avérer néfastes pour les dégradations environnementales. En effet, des pensées comme celle de « l'accumulation des connaissances »³⁸⁹ qui permettrait une élimination de l'incertitude dans le temps reviennent à privilégier des décisions réversibles qui ne sont pas toujours en accord avec les décisions à prendre en matière d'irréversibilité de fait environnementale. J-P Dupuy souligne qu'en réalité le temps des économistes « coule en sens inverse du temps des phénomènes ». En effet, l'économiste raisonne de manière dégressive, de l'avenir vers le présent, en estimant « l'impact des conséquences de ses actions sur les fins qu'ils produisent, il remonte des conséquences souhaitées vers les actions qui les produisent »³⁹⁰.

225. Le rapport des économistes à l'irréversibilité reste fluctuant selon les époques et les sociétés existantes. Ainsi, au XVIIIe et au XIXe siècle, l'irréversibilité constitue une notion implicite mais récurrente notamment par le biais des théories de Karl Marx pointant le doigt sur les transformations des rapports sociaux engagées par le capitalisme. Les trente glorieuses ont induit un « triomphe caché »³⁹¹ de la réversibilité. Cette réversibilité « cachée » s'expliquait notamment par le « relèvement durable du taux de croissance » ainsi que par « l'atténuation de l'amplitude des fluctuations économiques ». La théorie néo-classique³⁹² offre quant à elle un cadre d'analyse figé et un optimisme quant à la disponibilité et à la substituabilité fondées sur une confiance dans les mécanismes du marché qui tendent à nier le phénomène d'irréversibilité. Afin de mieux comprendre et cerner cette vision économiste, il est possible de reprendre la pensée de M. V.K Smith énoncée par Messieurs O. Godard, et J-M. Salles³⁹³. Selon lui, la problématique de raréfaction des ressources naturelles n'aurait pas de fondement si on laissait les mécanismes économiques agir. La rareté d'une ressource, dont le prix s'élèverait, stimulerait la

³⁸⁹ ROUILLON S., *Ibid.*, p. 65.

³⁹⁰ DUPUY J-P., *Temps du projet et temps de l'histoire*, in *Figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 1991, p. 97.

³⁹¹ BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *La dialectique réversibilité-irréversibilité*, *op.cit.*, p. 15.

³⁹² Cf. notamment MENGER C., *Principes d'économie*, Vienne, 1871, STANLEY JEVONS W., *Théorie de l'économie politique*, Manchester, 1871, WALRAS L., *Eléments d'économie politique pure*, Lausanne, 1874.

³⁹³ GODARD O., SALLES J-M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, *op.cit.* : « l'alarmiste attaché à la raréfaction des ressources naturelles n'aurait pas de fondement dès lors qu'on laisserait jouer les mécanismes économiques sans intervention intempestive des États : les stratégies d'exploration, stimulées par le mouvement des prix, assureraient la reconstruction des réserves ; à mesure que le prix des ressources rares s'élèverait, la recherche technologique serait également stimulée, ce qui permettrait aux substitutions adéquates de se déclencher ; enfin le jeu du progrès technique diminuerait le coût de mise à disposition des ressources et augmenterait l'efficacité de leur emploi, si bien qu'une même unité physique de ressources engendrerait de plus en plus de richesse ».

recherche technologique pour l'invention de substituts adéquats. L'irréversibilité se voit donc exclue du champ économique (tout du moins selon une certaine pensée) parce que considérée comme insignifiante, ou réparable. Cependant, la manifestation d'irréversibilités environnementales a conduit l'homme à remettre en cause une conception strictement économique du développement en lien avec le maintien d'un processus de croissance³⁹⁴. A ce propos, A. Michelot retient que « relayant les théories économiques néo-classiques (lesquelles ont évacué toute irréversibilité liée aux phénomènes d'environnement), le droit met en œuvre le glissement de la problématique de l'irréversibilité à une problématique de la réversibilité coûteuse dans un contexte marchand »³⁹⁵. Selon ces conceptions néo-classiques, les mécanismes du marché seraient les plus adaptés pour assurer un meilleur usage des ressources et de l'environnement. Au XXe siècle, dans les années soixante-dix, le phénomène d'irréversibilité refait son apparition en raison notamment d'une série d'anomalies « de plus en plus difficile à expliquer »³⁹⁶. L'accélération de l'inflation, la montée du chômage, l'apparition des grands désordres environnementaux, ont forcé à modifier les pensées économiques et à prendre en compte l'irréversibilité.

226. Les figures d'irréversibilité reconnues par l'économie sont multiples. La « figure de l'usure » modifie les identités et les fonctions des objets dans un système entraînant de fait un travail de compensation ou de remplacement. La « perte de l'objet unique » doit être également prise en compte avec notamment l'idée de « valeur d'unicité ». La figure de « l'évolution » induit de la positivité dans l'irréversibilité. Cette reconnaissance des figures de l'irréversibilité en économie a obligé les économistes à traiter des concepts tels que les ressources naturelles, les effets externes, et les biens collectifs, et à s'intéresser de manière plus approfondie au concept même d'environnement. Ainsi, grâce à l'étude de ces concepts, un certain nombre de conclusions ont pu être déduites. Tout d'abord, les problèmes environnementaux ne s'inscrivent pas immédiatement au cœur de l'activité économique et sociale mais seulement dans leur contexte ou à leur périphérie. Il s'agit d'un champ « normalement externe », les préoccupations « normales » des économistes étant « le profit, les marchés, les produits, le chiffre d'affaire, les impôts »³⁹⁷. Ensuite, ces problèmes environnementaux visent des objets et processus qui échappent au « contrôle direct et

³⁹⁴ INGNACY S., *Stratégie du développement*, Paris Les éditions ouvrières, 1980, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991.

³⁹⁵ MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilités*, *Préc.*, p. 15-30.

³⁹⁶ BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *La dialectique réversibilité-irréversibilité*, *op.cit.*, p. 18.

³⁹⁷ GODARD O., SALLES J-M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et social du champ de l'environnement*, *op.cit.*, p. 247.

régulier » de l'homme, ce qui sous-entend que l'homme ne peut produire ou reproduire ce domaine à la manière d'une marchandise, ou le rendre totalement prévisible. Enfin, ce rapport à l'environnement entraîne des enjeux non subalternes dépassant le simple principe d'utilité ou de bien-être, ce qui en fait un potentiel « méta-enjeux ». Messieurs O. Godard et J-M Salles restituent ainsi la problématique économique de l'environnement : « il s'agit d'un externalisé social porteur de transformations ou de pertes irréversibles susceptibles de donner naissance, à plus ou moins longue échéance à des méta-enjeux »³⁹⁸. Cette qualification de « méta-enjeu » attribuée à la protection de l'environnement entraîne des conséquences sur la réception de la norme environnementale dans le domaine économique. En effet, soit la norme reste étrangère au jeu économique et n'acquiert de fait pas de véritable acceptation. Elle risque alors d'être modifiée et remplacée par une norme plus adéquate ; soit, le crédit de la norme, en tant que manifestation du « méta-enjeu » provoque la « réorganisation autour d'elle des investissements et des stratégies »³⁹⁹ économiques et de ce fait les normes juridiques traitant de la prise en compte de l'irréversibilité et son traitement risquent d'appartenir à la première catégorie. La caractéristique du « méta-enjeu » comme enjeu non subalterne s'applique à l'irréversibilité.

227. Par économie, il s'agit d'entendre ici principalement « intérêts nationaux » financiers. J. Charpentier résume parfaitement le problème, « la situation change du tout au tout dès lors qu'il s'agit de demander aux Etats de sacrifier leurs intérêts nationaux immédiats pour préserver les intérêts à long terme de l'humanité. Quel Etat tropical acceptera de cesser d'exploiter ses forêts - une de ses rares ressources de revenus - pour préserver l'intégrité du poumon vert de l'humanité ? Quel Etat du Golfe acceptera de réduire sa production de pétrole pour atténuer, par une plus faible émission d'oxyde de carbone l'effet de serre destructeur des climats tempérés ?...La coopération internationale a des limites qui sont les exigences des intérêts nationaux »⁴⁰⁰. La logique de marché et la prédominance de l'économie sont des freins considérables à l'avènement d'une gestion de l'irréversibilité efficace.

228. Dans le but d'illustrer cette omniprésence de l'économie dans les débats environnementaux, il est possible de prendre l'exemple des Agendas 21. Le chapitre 2

³⁹⁸ GODARD O., SALLES J-M., *Ibid.*, p. 248.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 255.

⁴⁰⁰ CHARPENTIER J., *L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique*, in *Les hommes et l'environnement*, Mélanges KISS, 1998, p. 17.

énonce que le développement durable est compatible avec la libéralisation du commerce international. En effet, la liberté du commerce est organisée sur le principe de l'avantage comparatif qui profiterait à tout le monde. Le second principe de la liberté du commerce est l'idéologie du progrès. Elle découle de la thèse du millénarisme scientifique. Ainsi grâce à la science et à la technique, l'humanité est dans une phase ultime de liberté, d'abondance. Le progrès est ainsi nécessaire pour passer d'une phase à l'autre, c'est l'évolutionnisme social⁴⁰¹. Certains économistes, notamment ceux de la décroissance, prônent une économie totalement différente, en accord avec les préoccupations environnementales. Il est certain que l'irréversibilité environnementale nécessiterait un retour en arrière de nombreuses activités humaines afin de tenter de retrouver un état de l'environnement initial.

229. L'irréversibilité est un phénomène aujourd'hui pris en compte et qui occupe une place non négligeable en économie. Un certain nombre d'outils économiques prolonge cette prise en compte de l'irréversibilité.

B) Les outils économiques de prise en compte de l'irréversibilité

230. A l'instar du mécanisme de seuil⁴⁰², des outils économiques tels que l'évaluation économique alternative permettent dans certains cas, et toute proportion gardée, de déterminer et de prendre en compte l'irréversibilité environnementale.

231. La vision économique en matière d'irréversibilité se fonde notamment sur la notion de capital. Afin de pouvoir intégrer des biens originellement « non-marchands » (les éléments constitutifs de l'environnement) dans les réflexions économiques habituées à des biens « marchands », les économistes se sont servis des notions de « ressources naturelles » et de « capital naturel ». De fait, « qualifier quelque chose de « ressource », c'est implicitement le

⁴⁰¹ Cf. notamment VIVIEN F-D, *Jalons pour une histoire de la notion de développement durable*, in *Mondes en Développement*, Vol.31-2003/1, n°121 : « La notion de développement, telle que l'entendent les économistes, est fortement influencée par les sciences du vivant. Il s'agit de la transposition analogique à la société humaine de la marche vers la maturité d'un organisme biologique, de l'embryon à l'âge adulte, selon une ou des lois naturelles. Dans le domaine social, cette norme est représentée par la révolution industrielle anglaise et, plus largement, par l'évolution des sociétés occidentales. Utilisée sans précaution particulière, la notion de développement devient ainsi une simple figure de l'évolutionnisme social et acquiert un caractère naturel et obligatoire. (...) Certains pays sont en avance, d'autres sont en retard, mais tous sont sur la voie du développement ».

⁴⁰² Cf. *Infra* Partie I, Titre II.

faire entrer dans la sphère de la production »⁴⁰³. Dans le but d'intégrer les problèmes environnementaux, y compris le phénomène d'irréversibilité, cette vision économique reconnaît la nécessité de préserver un stock de ressources d'une génération à l'autre, sachant que le capital naturel (ressources renouvelables et épuisables) peut être remplacé à terme par un capital artificiel. Autrement dit, « il s'agit de traiter la crise environnementale en établissant des équivalences entre le capital naturel et d'autres types de capital, et en cherchant à mettre en œuvre des opérations de substitution efficaces »⁴⁰⁴. La question de l'artificialisation de l'environnement se pose alors. Respecter le « droit » des générations futures, c'est maintenir un stock global de capital d'une génération à l'autre, ce maintien devant permettre d'assurer le même niveau de bien-être. S. Latouche revient sur cette problématique de l'épuisement des ressources en retenant que « les rentes prélevées au fur et à mesure de l'épuisement des ressources, qui sont égales à la différence entre le prix du marché et le coût marginal desdites ressources, devraient être réinvesties pour produire un capital de substitution au capital détruit. Ces rentes croissant de période en période d'un taux égal au taux d'actualisation, il n'y aurait aucun avantage à reporter d'une période sur l'autre l'utilisation de la ressource »⁴⁰⁵. La théorie économique ne reconnaît donc aucun bénéfice à optimiser l'utilisation des ressources afin d'en préserver un stock pour les générations futures, celui-ci pouvant être artificiel.

232. Pour certains économistes, nous sommes dans l'hypothèse d'une substituabilité totale, parfaite, infinie entre les deux capitaux, naturel et artificiel. Pour les économistes écologistes les plus radicaux, il s'agit d'une substituabilité nulle entre les deux capitaux. Finalement, tout dépend du degré d'artificialisation qu'une société est prête à accepter. En matière de soutenabilité d'une société, il existe deux modèles : un modèle de durabilité⁴⁰⁶ faible (ou substituabilité forte) et un modèle de durabilité forte (ou substituabilité faible). Le modèle de durabilité faible reconnaît une parfaite substituabilité entre capital naturel et capital artificiel ou manufacturé. Dans cette hypothèse, l'économie est considérée comme durable dès lors que « le bien-être tiré de l'usage de ces capitaux par la société est non

⁴⁰³ BARTHELEMY D., NIEDDU M., VIVIEN F-D., *Externalités ou production de patrimoines? Les enseignements de travaux récents sur l'agriculture et l'environnement, Préc.*

⁴⁰⁴ *Ibidem.*

⁴⁰⁵ LATOUCHE S., *Nature, écologie et économie : une approche anti-utilitariste*, in *Revue du MAUSS*, 2008/2, n° 32, p. 64.

⁴⁰⁶ VENTELOU B., *Johannesburg 2002, Peut-on résoudre la question environnementale par une alliance des experts et du marché*, *Revue de l'OFCE*, n° 84, Janvier 2003, p. 132.

décroissant dans le temps »⁴⁰⁷. L'environnement n'est considéré dans ce modèle que par le biais de son utilité. Ainsi, peu importe qu'il existe des phénomènes d'irréversibilité dès lors qu'un capital artificiel est susceptible de remplacer le capital naturel. Cette vision économique est principalement anthropocentriste et optimiste sur la capacité de l'homme à pouvoir substituer dans l'avenir tout capital naturel. La préservation de l'environnement n'est pas assurée de manière satisfaisante.

233. Le second modèle de soutenabilité d'une société est celui d'une substituabilité faible ou d'une durabilité forte. Dans sa forme la plus radicale, ce modèle interdit toute décroissance des stocks du capital naturel. Dans une forme plus modérée, les économistes ne rejettent pas l'idée d'une substituabilité entre certains éléments des capitaux naturels et artificiels mais sous certaines contraintes à respecter. Tout d'abord, le taux d'utilisation des ressources naturelles ne doit pas excéder leur taux de renouvellement. Ensuite les ressources épuisables doivent être extraites à un taux permettant leur remplacement par des ressources renouvelables. Enfin, les émissions de déchets doivent être inférieures à la capacité d'assimilation du milieu. Finalement, ce sont les notions de seuil⁴⁰⁸ et de quantités de pollution qui sont sous-jacentes à la mise en place de ces limites. Ce modèle de durabilité forte répond en partie aux exigences des phénomènes d'irréversibilité. Cependant, comme le rappelle B. Ventelou⁴⁰⁹, c'est sur la base de ce modèle que les permis d'émission de gaz à effet de serre ont été mis en place, système qui ne répond pas réellement aux caractéristiques de l'irréversibilité. Il est donc possible d'instaurer une substitution entre les deux capitaux et ainsi assurer le transfert d'un patrimoine des générations présentes aux générations futures, mais cela reste insatisfaisant du point de vue de l'irréversibilité et du « droit » des générations futures.

234. Le seuil de gravité peut être également déterminé par la capacité financière de l'état à réparer les dommages, c'est-à-dire le seuil au-delà duquel une restauration ne pourra plus être possible. A propos de la détermination économique à proprement parler de l'irréversibilité, un rapport du Centre National de Recherche Scientifique Français énonce que « la disparition d'un bien environnemental peut être considérée comme irréversible quand son coût de substitution ou de réparation est tel qu'il dépasse toute capacité

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁰⁸ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II.

⁴⁰⁹ VENTELOU B., *Préc.*, p. 134.

financière d'un Etat ou de la Communauté internationale »⁴¹⁰. La compensation financière sera dès lors impossible. La Convention sur la protection des Alpes dans son préambule soulève le problème sous-jacent de la réparation en reconnaissant que « la réparation des dommages, quand elle est possible, ne peut se faire qu'au prix de coûts élevés »⁴¹¹.

235. Le mécanisme des quotas⁴¹² peut également être considéré comme un des outils économiques. Dès les années 1960, la pêche a fait l'objet de tentatives de régulation avec la mise en œuvre de politiques ayant pour objectif le contrôle du libre accès à la ressource. Ces politiques utilisent des outils tels que la limitation des entrants (nombre et type de bateaux, taille des filets...) et/ou de la durée de la saison d'exploitation. L'économie ne met pas forcément en place des mécanismes niant les spécificités de la nature. Ainsi, certains économistes proposent des solutions économiques aux problèmes environnementaux innovantes et foncièrement écologiques. A titre d'illustration, P-A Juvet et G. Rotillon⁴¹³ traitent des quotas d'exploitation dans le cadre de l'utilisation des ressources halieutiques, et plus précisément des quotas individuels transférables. En effet, le système des quotas individuels, déjà mis en place en 1993 pour la pêche au flétan dans le Pacifique pour le secteur canadien, prévoit qu'un pêcheur se voit attribuer un quota annuel qu'il peut augmenter ou diminuer en achetant ou vendant des unités de quota aux autres pêcheurs, le quota annuel étant déterminé par le régulateur. Ce mécanisme vise à atteindre ce qu'il est possible d'appeler « l'optimum social ». Cependant, certains éléments, liés à la ressource ou au comportement des utilisateurs ne permettent pas un résultat réellement satisfaisant. Partant de ce fait, un mode de régulation alternatif est possible : les quotas individuels transférables. Ce système permettrait alors non plus seulement de vendre ou d'acheter à d'autres utilisateurs mais également aux générations suivantes. Ainsi, « l'utilisation des quotas ou d'une partie d'entre eux dans le processus de production entraîne leur destruction et une diminution du niveau de la ressource, la non-utilisation des droits d'exploitation

⁴¹⁰ Rapport CNRS, *Irréversibilité et environnement - aspect juridique et économique*, p. 10 juin 1989 non publié in THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité, approche en droit international de l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 31-38.

⁴¹¹ Convention sur la protection des Alpes, Salzbourg, 6 mars 1995.

⁴¹² La directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil définit notamment les quotas pour la réduction des gaz à effet de serre comme « le quota autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la présente directive et transférable conformément aux dispositions de la présente directive », JOUE n° L. 275 du 25 octobre 2003, p. 32-46.

⁴¹³ JOUVET P-A., ROTILLON G., *Ressources renouvelables et quotas d'exploitation dans un modèle à générations imbriquées*, Recherches Economiques de Louvain, 71/1, 2005.

permet une revente, à la période suivante, sur un marché secondaire ». Si les calculs économiques permettent de valider un tel système, il reste qu'en droit sa mise en place nécessiterait un cadre bien établi.

236. D'autres outils, s'apparentant davantage à une manière de penser économiquement l'environnement, peuvent être retenus comme limitant l'irréversibilité. Ainsi, la notion de valeur économique de « service écologique » rendu par des éléments constitutifs de la nature, comme les insectes, contribue notamment à lier protection de l'environnement et économie. J. E. Losey et M. Vaughan soulignent la difficulté d'évaluation économique de ces « services écologiques ». Cependant, « estimating even a minimum value for a subset of the services that functioning ecosystems provide may help establish a higher priority for the conservation »⁴¹⁴. A titre d'exemple, les services rendus par les insectes sont innombrables⁴¹⁵. De manière plus générale, D. Pimentel résume l'ensemble des services rendus par la biodiversité : « organic waste disposal, soil formation, biological nitrogen fixation, crop and livestock genetics, drugs and medicines... »⁴¹⁶. Ainsi, à travers l'estimation économique de ces services, c'est la garantie d'une protection supérieure des éléments de l'environnement qui serait assurée.

237. Comme le précise A. Fisher, « there remains a large payoff to further thinking about creative and rigorous ways to intergrate irreversibilities and other natural an environmental constraints into economic models »⁴¹⁷. Cette intégration de l'irréversibilité en économie doit être également appliquée en droit. Ainsi, le concept de développement durable a tenté de rapprocher économie, environnement et social dans une même réflexion afin de permettre des actions respectant les divers aspects de ces problématiques. Une protection renforcée de l'environnement, produit, et est susceptible de produire, des

⁴¹⁴ LOSAY J. E., VAUGHAN M., *The economic value of ecological services provided by insects*, Revue Bioscience, April 2006, Vol. 56, n°4, p. 311.

⁴¹⁵ *Ibidem*. « Insects comprise the most diverse and successful group of multicellular organisms on the planet, and they contribute significantly to vital ecological functions such as pollination, pest control, decomposition, and maintenance of wildlife species ».

⁴¹⁶ PIMENTEL D., WILSON C., McCULLUM C., HUANG R., DWEN P., FLACK J., TRAN Q., SALTMAN T., CLIFF B., *Economic and environmental benefits of biodiversity*, Revue Bioscience, December 1997, Vol. 47, n°11, p. 747.

⁴¹⁷ FISHER A., *Reflections on irreversibility : environmental science and environmental economics*, California agricultural experiment station, Giannini foundation of agricultural economics, May 2000, Working paper n°910.

conséquences économiques importantes, notamment dans le cadre d'une mise sous cloche de l'environnement⁴¹⁸.

238. Parallèlement aux enjeux économiques, des enjeux politiques, sociaux et culturels sont inhérents à la problématique de l'irréversibilité.

§2. Les enjeux politiques, sociaux et culturels de l'irréversibilité

239. Comme le rappelle H. Jonas, l'homme « possède le caractère précaire, vulnérable, révocable - le mode tout à fait particulier du périssable - propre à tout vivant »⁴¹⁹. Il précise en ce sens qu'« un devoir est contenu très concrètement dans l'être de l'homme existant : sa qualité de sujet capable de causalité comme telle entraîne l'obligation objective sous forme de responsabilité externe »⁴²⁰. Cette responsabilité est celle des « parents » pour reprendre l'expression de H. Jonas mais également celle de l'homme d'Etat, donc des gouvernements. H. Jonas écrit à ce sujet que l'Etat « en vient à exister afin que la vie humaine devienne possible et il continue à exister afin qu'une vie bonne soit possible »⁴²¹. Ainsi l'homme d'Etat « porte pendant la durée de son mandat ou de son pouvoir la responsabilité pour la totalité de la vie de la collectivité ce qu'on appelle le bien public »⁴²². La prise en compte de l'irréversibilité entre dans cette responsabilité de l'homme d'Etat et ne peut donc s'exclure des dimensions politiques, sociales et culturelles du phénomène.

240. La reconnaissance de l'existence d'irréversibilités dans la conduite des politiques environnementales permet de limiter la propagation du phénomène. Ainsi, les politiques publiques doivent prendre en compte les enjeux sociaux de l'irréversibilité (A). Il conviendra également étudier ses enjeux culturels (B).

A) Les enjeux politico-sociaux de l'irréversibilité

241. L'irréversibilité environnementale étant issue d'un processus, la seule façon de l'éviter est d'agir en amont du processus, dès les prémices dudit processus. Plus l'homme agira en

⁴¹⁸ Cf. Partie II.

⁴¹⁹ JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions du Cerf, 3^e édition, 1995, p. 193.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 194.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 201.

⁴²² *Ibidem.*

amont, plus il aura de chance d'éviter ces situations. Si aujourd'hui l'irréversibilité progresse et perdure c'est notamment à cause de l'absence d'action préventive ou de précaution ainsi que de réflexion pré-irréversibilité.

242. Cette nécessité d'une action nettement *a priori* de l'irréversibilité peut se mettre en œuvre par l'application du principe de prévention lorsque le risque est certain, et le principe de précaution⁴²³ lorsqu'il incertain. L'intégration de l'environnement n'est pas une chose facile, « ainsi les problèmes d'environnement sont-ils régulièrement abordés en terme d'intégration quand il s'agit de faire des propositions d'action (...). Cette répétition même témoigne à la fois de la conscience du problème et de la difficulté à répondre aux défis qu'ils impliquent »⁴²⁴. Cette gestion *a priori* de l'irréversibilité est en accord avec l'émergence de la notion de « gouvernance mondiale ». Le phénomène d'irréversibilité environnementale se voit reconnaître de plus en plus dans les textes juridiques et les politiques étatiques, mais qu'en est-il de l'adaptation du droit aux phénomènes environnementaux ? A ce titre, il peut être intéressant de souligner la méthode de « l'interprétation évolutive »⁴²⁵ des Traités en matière de droit international de l'environnement qui a été reconnue par la CIJ dans son arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* du 25 septembre 1997. Cette interprétation permet d'intégrer au Traité existant les nouvelles normes environnementales en fonction de l'évolution des nouvelles connaissances écologiques. Ainsi, les progrès du droit de l'environnement s'incorporent automatiquement dans le Traité. La Cour énonce que le Traité n'est pas « un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes de droit international ». Pareillement, le principe interprétatif dégagé par la CEDH permet à la Convention de s'adapter aux conditions actuelles⁴²⁶. Cette interprétation évolutive peut trouver son intérêt dans la gestion des situations potentiellement irréversibles ou lorsque un risque d'irréversibilité est déterminé aux vues de nouvelles connaissances scientifiques.

243. Par ailleurs, c'est dans le cadre d'une action collective que les situations d'irréversibilité environnementale seront endiguées et évitées. Il s'agit de mettre en place

⁴²³ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁴²⁴ GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, *op.cit.*

⁴²⁵ SOHNLE J., *Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire Gacikovo-Nagymaros*, RGDIP, 1998-1, p. 85-119.

⁴²⁶ ROUSSEAU D., SUDREL F., *L'interprétation de la Convention*, in *Le juge administratif français et la CEDH*, RUDH, 1991, p. 280.

une gestion globale et intégrée de l'irréversibilité. Comme le rappelle la Convention sur la diversité biologique de Rio de 1992, « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité »⁴²⁷. Les chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union Européenne ont convenu en 2001 de mettre un terme à l'appauvrissement de la biodiversité dans l'Union Européenne et de remettre en état les habitats et les écosystèmes⁴²⁸. Ces objectifs d'amélioration de la protection de la biodiversité dans le cadre communautaire font désormais partie de la stratégie en faveur du développement durable⁴²⁹. Le rapport « L'avenir que nous voulons » issu de la Conférence Rio + 20 réitère l'importance de cette préoccupation. Les Nations Unies réaffirment ainsi « la valeur intrinsèque de la diversité biologique et la valeur de la diversité et de ses éléments constitutifs sur le plan environnemental, génétique, social, économique, scientifique, éducatif, culturel, récréatif et esthétique ainsi que de son rôle décisif dans la préservation des écosystèmes qui fournissent des services essentiels contribuant grandement au développement durable »⁴³⁰. Les rapporteurs évoquent même le souhait d'une inversion du phénomène⁴³¹.

244. La contrainte des enjeux politiques pour l'irréversibilité réside principalement dans le « temps politique ». A ce titre, H. Reeves rappelle à propos de la démocratie que « face aux problèmes contemporains elle a le grave défaut d'être assignée à penser à court terme, c'est-à-dire à l'échelle des mandats électoraux »⁴³². Il précise que « devant les décisions qui impliquent l'avenir au-delà de leur mandat – et tout spécialement si les solutions exigent des dépenses importantes qui risqueraient de les rendre impopulaires – les hommes politiques ont une fâcheuse tendance à laisser traîner les problèmes pour les transmettre à leurs successeurs. Nous retrouvons ici les difficultés liées au NIMTO, *Pas durant mon*

⁴²⁷ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, préambule, alinéa 3.

⁴²⁸ Cf. Communication de la Commission Européenne, *Développement durable en Europe pour un monde meilleur, Stratégie de l'Union Européenne en faveur du développement durable*, 19 mai 2001 Bruxelles, COM(2001) 264 final. Dans les objectifs prioritaires de la gestion des ressources naturelles retenus par la Communication de la Commission, il est inscrit le fait de « protéger et remettre en état les habitats et les écosystèmes et enrayer la diminution de la biodiversité d'ici à 2010 ».

⁴²⁹ Communication de la Commission Européenne, *Développement durable en Europe pour un monde meilleur, Stratégie de l'Union Européenne en faveur du développement durable*, 19 mai 2001, Bruxelles, COM(2001) 264 final.

⁴³⁰ Organisations des Nations Unies, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288, p. 43.

⁴³¹ « Nous renouvelons notre engagement envers la réalisation des trois objectifs de la Convention sur la diversité biologique et lançons un appel en faveur de mesures urgentes qui réduisent sensiblement le taux de perte de biodiversité, mettent fin à ce processus et permettent de l'inverser », ONU, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288, p. 44.

⁴³² REEVES H., *Le Mal de Terre*, Editions du Seuil, Paris, 2005, p. 205. Cf. Egalement BOURG D., *Pour une 6^e république écologique*, Editions Odile Jacob, 2011.

mandat électoral »⁴³³. Afin d'éviter l'irréversibilité environnementale, il convient de passer par un réajustement des comportements des gouvernements et de leurs administrations. Le principe de précaution impose déjà de nouveaux devoirs et de nouvelles obligations et notamment celui de donner les moyens institutionnels, financiers et humains afin de lutter contre l'irréversibilité et permettre une mise en œuvre du principe de précaution satisfaisante, notamment par le biais du développement de la recherche scientifique.

245. Ainsi, en matière scientifique, il pourrait être exigé qu'un risque reconnu plausible malgré l'absence de preuve expérimentale puisse en vertu du principe de précaution, déclencher une obligation de recherche plus poussée sur ce risque⁴³⁴. Le principe 25 de la Déclaration de Stockholm proclame la nécessité pour les organisations internationales d'aider à l'amélioration de l'environnement. Le rapport Global Environment Outlook 3 du PNUE propose des solutions pour la gestion de la vulnérabilité environnementale et ayant pour but de réduire les risques de dégradation potentiellement irréversibles. Ainsi, il faudrait que « les gouvernements évaluent et cartographient les menaces liées à la transformation de l'environnement, en particulier lorsque ces menaces s'intensifient, et prennent des mesures d'alerte, d'atténuation et de réponse afin de réduire le coût humain et économique des catastrophes qui sont en partie évitables⁴³⁵ ». Cela passe par la mise en place de mesures préventives, de renforcement des capacités d'intervention dans les mesures de secours, d'aide, de remise en état, de stratégie, de réflexion sur les besoins spécifiques de chaque problème environnemental. Les interventions institutionnelles peuvent être un aspect important de réponse aux catastrophes, notamment avec le mécanisme APELL du PNUE⁴³⁶, par la sensibilisation et la préparation aux situations d'urgence au niveau local. Le rapport préconise également une adaptation à la menace d'irréversibilité, qui passe nécessairement par une prévision des effets probables afin de

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ HERMITTE M.A., DAVID V., *Evaluation des risques et principe de précaution*, LPA, 30 novembre 2000, n° 239, p. 13.

⁴³⁵ Global Environment Outlook 3 du PNUE, Chapitre III, La vulnérabilité de l'homme face à la transformation de l'environnement : « La vulnérabilité doit servir de référence pour élaborer des politiques visant à aider les gens à éviter les effets négatifs de la transformation de l'environnement ou à s'y adapter. Il est plus rationnel de prendre des mesures de prévention afin d'atténuer les catastrophes et de renforcer la capacité d'y faire face, ou de se préparer au changement, que d'intervenir après coup ».

http://www.unep.org/geo/geo3/french/pdfs/chapter3_vulnerability.pdf

⁴³⁶ Le mécanisme APELL n'est pas une réglementation, il s'agit d'un processus d'aide à la mise en œuvre des réglementations et des initiatives volontaires mis en place par le PNUE. Ce programme fournit à une population les informations et les structures de prise de décision lui permettant de se préparer et de réagir aux dangers existant localement.

déterminer les mesures d'adaptation possibles. Des mécanismes d'alerte rapide peuvent également éviter certaines catastrophes aux conséquences le plus souvent irréversibles.

246. D'autres acteurs, comme les industriels, tiennent une place importante dans les débats politiques environnementaux. O. Godard, dans son appréhension économiste du risque, énonce la différenciation des attitudes vis-à-vis des risques qui existe entre les entrepreneurs et la population en général. Selon lui, l'aversion du risque est plus faible chez les entrepreneurs que chez le grand public. Dans le cadre d'un risque touchant autrui, c'est-à-dire la population en général, « il n'est pas justifié que les entrepreneurs imposent leur attitude vis-à-vis du risque aux autres composantes de la société »⁴³⁷. En effet, « l'irréversibilité des dommages, lorsque ces derniers se réalisent, exacerbe cette différenciation car elle rend moins crédible et moins effective l'idée de réparation. Cette dernière a pour ressort symbolique la fiction d'une réversibilité du tort causé aux victimes et à l'ordre public, d'une annulation possible permettant d'éteindre la demande de vengeance qui menace le lien social »⁴³⁸. C'est principalement à travers l'application du principe pollueur-payeur dans la réparation d'une situation d'irréversibilité que les entrepreneurs interviennent. En 1984, le PNUE a organisé la Conférence mondiale de l'industrie sur la gestion de l'environnement. A la fin des années 80, la notion d'éco-efficacité est introduite dans l'industrie. En 1995, un Conseil mondial des entreprises pour le développement durable a été créé. Il encourage les industries à examiner les moyens d'améliorer la rentabilité tout en réduisant le gaspillage des ressources naturelles et de l'énergie, et en réduisant les émissions polluantes. En définitive, l'engagement environnemental des entreprises est relativement récent. Pendant longtemps, les industriels ont nié les problèmes environnementaux. O. Boiral rappelle que « dans les périodes de développement économique et en l'absence de lois ou de pressions sociales pour la protection des écosystèmes, la pollution a d'ailleurs souvent été considérée avec fierté ou indulgence, comme une marque de progrès, voire de réussite industrielle et de richesse collective »⁴³⁹. Du déni à la dissimulation, les industriels ont dû modifier peu à peu leurs comportements mais l'incertitude scientifique quant à la détermination des dommages, les limites technologiques et les mécanismes de compensation tels ceux mis en place par le protocole

⁴³⁷ GODARD O., *Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes*, PA, 30 novembre 2000, n° 239, p. 58.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ BOIRAL O., *Environnement et gestion, De la prévention à la mobilisation*, Editions Les presses de l'Université de Laval, 2007, p. 22.

de Kyoto réduisent les avancées ou tout du moins les déguisent. O. Boiral soulève un point intéressant concernant le chantage économique qui peut être fait par les entreprises afin de se libérer des contraintes environnementales. Il retient que « la manifestation la plus directe du chantage économique est la menace de fermeture ou de licenciements massifs advenant l'entrée en vigueur de lois et de contraintes environnementales perçues comme attentatoires aux intérêts d'une entreprise »⁴⁴⁰.

247. La participation du public tient également une place importante dans la prise en compte du phénomène d'irréversibilité. La Déclaration de Rio énonce dans son principe 10 que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques (...). Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ». Ce droit à l'information est repris par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998⁴⁴¹. L'ONU a mis en place une stratégie internationale de prévention des catastrophes naturelles. A travers cette stratégie il s'agit notamment de sensibiliser le public afin de lui faire comprendre les notions générales de risques, de vulnérabilité, de catastrophes naturelles. Le leitmotiv est que « la prévention commence par l'information ». La réduction des catastrophes naturelles passe également par une application réelle des engagements étatiques, des partenariats interdisciplinaires et intersectoriels, une progression des connaissances scientifiques relatives à la prévention des catastrophes naturelles. La conférence de Johannesburg tenue en 2002, a montré l'émergence sur la scène internationale de la société civile. A. Chaskalson, Président à la Cour Suprême de la République d'Afrique du Sud, écrit à ce propos que « plus la société est dynamique, plus il est probable que les droits et libertés seront respectés⁴⁴² ». De même, le rapport « L'avenir que nous voulons » proclame que « les peuples sont au centre du développement durable » et insiste sur le fait « qu'une large participation du public et

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁴¹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998.

⁴⁴² CHASKALSON A., *L'Etat de droit et les objectifs de développement pour le millénaire*, in Magazine du Programme des Nations Unies pour l'environnement, Volume 15, n° 3.

l'accès à l'information comme aux instances judiciaires et administratives sont indispensables à la promotion du développement durable »⁴⁴³.

248. Lors de la conférence des États parties à la Convention sur la diversité biologique signée à Rio en 1992, des 9 au 21 février 2004 à Kuala Lumpur, en Malaisie, il a été remarqué qu'un des facteurs d'absence d'efficacité de la Convention résultait de la difficulté d'exposer les enjeux de la biodiversité au public. Un comité scientifique pourrait être créé afin de faire le relais entre les États et le public⁴⁴⁴. La participation de la société civile passe également par l'action des ONG⁴⁴⁵ sur la scène internationale. La Convention européenne de Strasbourg du 24 avril 1986 vise à faciliter l'action des ONG d'utilité internationale en reconnaissant leur personnalité et leur capacité juridique dans les États parties⁴⁴⁶. La mise en place d'un droit de recours devant la Cour Internationale de Justice serait une grande avancée. A. Kiss énonce à propos de la création de la *soft law* que « l'opinion publique joue un rôle considérable, une opinion publique à laquelle on doit d'ailleurs probablement la naissance et la rapide évolution de tout le droit international de l'environnement »⁴⁴⁷.

249. En parallèle de ces enjeux politiques et citoyens, les dimensions sociales de la problématique de l'irréversibilité ne doivent pas être niées. J-M Février retient justement que « les intérêts divergent au sein d'une société internationale où s'opposent les États pour lesquels le développement est un acquis et qui ont une approche qualitative et ceux pour qui il s'agit d'une nécessité vitale au sens strict »⁴⁴⁸. L'émergence du concept de développement durable légitime cet examen de l'aspect social dans la gestion de l'irréversibilité. Les intérêts en présence doivent donc être pesés. La prise en compte des aspects humains dans la gestion de l'irréversibilité est justifiée par une application du concept de développement durable.

⁴⁴³ Organisation des Nations Unies, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288, p. 2 et p. 9.

⁴⁴⁴ www.ridi.org, chronique environnement et international, 2004.

⁴⁴⁵ Cf. WWF, Greenpeace...

⁴⁴⁶ Signée par la France le 4 juillet 1996, loi n°98-1166 du 18 décembre 1998, JO du 22 décembre 1998.

⁴⁴⁷ KISS A., BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, Editions Pédonne, 4^e édition, Paris, 2010, p. 25.

⁴⁴⁸ FEVRIER J-M., *Développement Durable*, J.-Cl Environnement Fasc. 124.

250. Les trois piliers du développement durable rappelés lors de la conférence de Johannesburg en 2002⁴⁴⁹ sont l'environnement, l'économie et le social. La gestion de l'irréversibilité environnementale doit tenir compte également des aspects sociaux dans les actions et ne pas se faire au détriment des individus. Cette préoccupation des enjeux sociaux est reprise par des instruments régionaux de protection de l'environnement. La Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, signée à Alger le 15 septembre 1968 énonce⁴⁵⁰ que « les États contractants s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation, l'utilisation et le développement des sols, des eaux, de la flore et des ressources en faune en se fondant sur des principes scientifiques et en prenant en considération les intérêts majeurs de la population ». L'accord ASEAN du 9 juillet 1985⁴⁵¹ signé à Kuala Lumpur rappelle ce devoir de conservation en vue d'atteindre l'objectif de développement durable.

251. Parfois, il arrive que la gestion de l'irréversibilité se retrouve en opposition avec la nécessité de survie des populations autochtones. La déforestation en est un exemple flagrant. La forêt est à la fois un poumon pour la planète et en même temps une source de travail pour de nombreux individus. Il s'agit d'une survie planétaire et locale. Aujourd'hui, la quête du bois de chauffe, les brûlis, la construction des routes et les opérations minières représentent 80% des causes de la déforestation, 15% pour le commerce international de bois tropicaux et 5% pour la consommation industrielle intérieure. Il reste dommageable qu'aucune Convention universelle sur les forêts n'existe, qui s'imposerait pourtant, le risque d'irréversibilité se posant de manière alarmante. Des appels sont lancés aux pays détenteurs de forêts sans réels succès jusqu'à présent. C'est le cas des deux résolutions du parlement européen du 25 octobre 1990 qui lancent une impulsion pour l'adoption d'une Convention mondiale pour la protection des forêts⁴⁵². Des avancées existent en faveur d'une meilleure prise en compte de la forêt. Les États d'Amérique Centrale ont signé une Convention

⁴⁴⁹ Nations Unies, *Rapport du sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg, 26 août/4 septembre 2002, A/CONF. 199/20, *Déclaration de Johannesburg sur le développement durable* : « Aussi assumons-nous notre responsabilité collective, qui est de faire progresser et de renforcer, aux niveaux local, national, régional et mondial, les piliers du développement durable que sont le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, qui sont interdépendants et qui se renforcent mutuellement ».

⁴⁵⁰ Article II de la Convention.

⁴⁵¹ Convention ASEAN sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, Kuala Lumpur, 9 juillet 1985.

⁴⁵² Résolutions A3-181/90 et A3-231/90.

régionale⁴⁵³ concernant la gestion et la conservation des écosystèmes forestiers naturels et le développement des plantations forestières. Elle dénonce les causes de déforestation et propose des moyens de lutte grâce à une gestion durable de la forêt, à une reforestation des zones dégradées, à une participation des populations concernées, y compris les populations autochtones. A ce titre, le rapport « L'avenir que nous voulons » a souligné en 2012, « l'importance des avantages sociaux, économiques et environnementaux des forêts pour les peuples »⁴⁵⁴.

252. Ainsi, agir sur l'irréversibilité environnementale en décidant par exemple la mise en place de mécanismes radicalisés de protection⁴⁵⁵, peut entraîner des effets ricochets sur la société humaine. Ces effets sont à anticiper dans une gestion globale du social et de l'environnemental. Une appréhension juridique de l'irréversibilité de fait environnementale ne peut s'exclure de telles réflexions. Aux enjeux politico-sociaux s'adjoignent les enjeux culturels de l'irréversibilité.

B) Les enjeux culturels de l'irréversibilité

253. Il convient de tenir compte d'une certaine éthique dans la gestion de l'irréversibilité environnementale. Il est possible de se retrouver dans des situations où la mort du patrimoine semble être nécessaire. Dans son sens premier, l'irréversibilité de la destruction du patrimoine s'entend dans un aspect négatif, néfaste pour l'homme et l'environnement. Cependant, il est possible que l'irréversibilité soit un choix. La question se pose notamment en matière de patrimoine culturel.

254. A titre d'illustration, il est possible de prendre l'exemple des collections hitlériennes. Faut-il ou non les conserver ? Elles font partie du patrimoine culturel mondial mais leur connotation et leur rapport au passé peuvent entraîner des blessures et leur conservation s'inscrit dès lors dans un débat éthique. Le respect de la sensibilité et de la souffrance de chacun peut justifier la mort de ce patrimoine. Certaines civilisations détruisent régulièrement leurs monuments pour en construire de nouveaux, c'est le cas de certains

⁴⁵³ Convention régionale concernant la gestion et la conservation des écosystèmes forestiers naturels et le développement des plantations forestières, Guatemala City, 29 octobre 1993.

⁴⁵⁴ ONU, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288, p. 42.

⁴⁵⁵ Cf. Partie I, Titre II.

temples au Japon⁴⁵⁶. Par respect pour les traditions, il s'agit de respecter ces irréversibilités-là. Certaines irréversibilités se rencontrent également lorsque les hommes ont préféré ne pas agir pour des questions d'incohérence architecturale, et qui de ce fait entraînent la destruction du patrimoine. L'exemple d'Oradour sur Glane illustre cette problématique. Doit-on laisser les ruines en l'état et donc les laisser indubitablement s'abîmer, ou les restaurer ? Finalement, l'immobilisme environnemental est-il toujours souhaitable, en ce qui concerne le milieu en lui-même et en ce qui concerne l'homme ? Peut-on tout garder au nom du patrimoine et doit-on tout garder ?

255. La notion d'usage est sous-jacente à ces questions. Avec la définition internationale traditionnelle du « patrimoine » énoncée dans la Convention UNESCO de 1972, il est nécessaire qu'il y ait un usage du bien, sans cela, le patrimoine n'a plus de raison d'être, il est considéré comme mort, qu'il s'agisse d'un usage matériel, comme par exemple pour les forêts, ou intellectuel pour le patrimoine culturel. De ce fait, certaines morts du patrimoine peuvent trouver une justification. A la notion d'usage il convient d'adjoindre celle d'« affect ». L'affect est défini comme une émotion, un état affectif élémentaire⁴⁵⁷. Ce que la Convention de l'UNESCO entend par la nécessité d'usage pour qu'il y ait « patrimoine », sous-entend que l'homme ait un affect pour la chose faute de quoi elle perd sa dimension patrimoniale. La protection de l'environnement voulue aujourd'hui n'existe que parce que l'homme a pris conscience de la valeur des éléments de la nature, soit dans une optique de survie, soit dans une optique historique ou culturelle. Une critique qui peut être faite est celle de la « banalisation » du patrimoine. La notion d'affect s'est amplifiée, élargissant de fait la définition du mot « patrimoine ». Le patrimoine aurait perdu de son caractère extraordinaire. Mais finalement est-ce le patrimoine qui a perdu de son caractère « extraordinaire » ou est-ce l'homme qui a pris conscience de l'extraordinairement du patrimoine environnemental ? La gestion de l'irréversibilité environnementale doit tenir compte d'enjeux et de choix humains afin de garantir une gestion plus complète et efficace du phénomène.

⁴⁵⁶ Cf. notamment l'exemple du sanctuaire et du temple Ise au Japon qui est détruit environ tous les 20 ans et reconstruit à l'identique.

⁴⁵⁷ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

CONCLUSION CHAPITRE II

256. L'appréhension juridique du phénomène d'irréversibilité environnementale reste conditionnée à la détermination même de ce phénomène ainsi que par la prise en compte des liens qui existent entre les différentes sciences concernées. Le droit de l'environnement est un droit transversal en ce qu'il englobe des règles de droit subjectif et objectif. Il est également transversal par la nécessité qu'il confirme de tenir compte des connaissances autres que juridiques dans l'établissement de ces règles. L'irréversibilité environnementale en est un exemple évident. Comment mettre en place une réglementation visant à lutter contre le phénomène d'irréversibilité sans au préalable comprendre ce que signifie scientifiquement un écosystème, un processus naturel, l'entropie, les implications des changements climatiques ou encore les seuils de reproduction des espèces ? Pareillement, le droit doit pouvoir comprendre les exigences et les enjeux de l'économie, des politiques étatiques, sociales et culturelles, afin d'être plus adapté. C'est dans ce contexte complexe que l'appréhension de l'irréversibilité environnementale se voit contrainte. Depuis quelques années, et notamment par le biais de l'émergence du droit de l'environnement, les juristes prennent conscience que les connaissances doivent être partagées, et ne peuvent plus se limiter à la simple sphère juridique et qu'il est nécessaire d'accepter la pénétration d'autres disciplines dans cette sphère.

CONCLUSION TITRE I

257. Une fois la définition du phénomène d'irréversibilité effectuée, la question de sa saisie juridique se pose. Cette saisie juridique sous-entend aussi bien la question de la réalité de cette saisie : existe-t-il des fondements juridiques permettant cette saisie, que la question de l'efficacité de cette saisie : les normes juridiques existantes permettent-elle d'assurer une saisie adaptée au phénomène de l'irréversibilité ? Dans le cas de l'irréversibilité environnementale, les normes juridiques en question forment à la fois les fondements et les outils permettant sa saisie. La saisie juridique de l'irréversibilité est réelle parce qu'il existe des normes juridiques qui la prévoient en tant qu'objet du droit et également parce que ces normes tentent de limiter sa survenance. Au vu des conséquences alarmantes de l'irréversibilité environnementale, ce phénomène ne peut être nié et nécessite d'être saisi par le droit. Des instruments juridiques qui consacrent la prise en compte de l'irréversibilité existent, cependant les caractéristiques de l'irréversibilité compliquent un traitement réellement efficace et ouvrent les débats vers une meilleure adaptabilité du droit.

TITRE II - La saisie juridique de l'irréversibilité environnementale

258. Le droit, et spécifiquement le droit de l'environnement, a créé des fondements « conceptuels » et « d'application » pour la saisie de l'irréversibilité environnementale. Il a également été amené à créer des mécanismes pour pallier les carences scientifiques dans la détermination de l'irréversibilité. Ces fondements et ces mécanismes ont permis la mise en place d'un cadre juridique d'appréhension des atteintes environnementales, et *a fortiori* des atteintes environnementales irréversibles. L'irréversibilité de fait environnementale est un phénomène aujourd'hui connu du droit. Malgré une définition encore fragile, le droit s'est peu à peu approprié la notion. L'enjeu majeur du droit du XXI^e siècle est de s'adapter à des objets aussi changeants, abstraits et complexes que la nature et l'environnement vis-à-vis desquels même la science a du mal à se positionner. Malgré les incertitudes scientifiques concernant le phénomène de l'irréversibilité, le droit a peu à peu créé des fondements pour sa prise en compte (Chapitre I).

259. Afin d'améliorer l'adéquation de la saisie juridique de l'irréversibilité et de faire face aux enjeux extra-juridiques de l'irréversibilité, le droit a mis en place des mécanismes complémentaires comme la notion de seuil ou de remise en état qui permettent une prise en compte, relative, du phénomène. Il reste difficile pour le droit d'appréhender les dimensions scientifiques et processuelles de l'irréversibilité et ces mécanismes tentent d'y remédier. En outre, il est important de souligner que ce qui freine réellement une meilleure adéquation de la saisie juridique de l'irréversibilité est l'absence d'un modèle de responsabilité adapté à l'irréversibilité. Certes, des progrès ont été faits dans ce domaine, ne serait-ce que par la mise en place d'une responsabilité environnementale à l'initiative de l'Union Européenne. Cependant, il paraît essentiel de tenter d'aller plus loin dans la réflexion et dans les propositions relatives à un nouveau modèle de responsabilité (Chapitre II).

CHAPITRE I - Les fondements juridiques de la saisie de l'irréversibilité

260. L'essor, ces dernières décennies, du droit de l'environnement a permis la prise de conscience de l'irréversibilité environnementale et a entraîné l'apparition d'outils juridiques prenant en compte de manière plus ou moins satisfaisante l'irréversibilité. La reconnaissance de l'existence d'irréversibilités susceptibles d'être saisies par le droit peut s'analyser comme un postulat à la prise en compte de ce phénomène. Ce premier postulat revient à énoncer que les situations d'irréversibilité environnementale existent bel et bien. Cette première étape a été longue mais semble aujourd'hui acquise. S'il existe des règles de droit interdisant, réduisant ou limitant l'irréversibilité, cela justifie le phénomène à deux niveaux. Le premier niveau de justification revient à dire que si le droit a créé des règles encadrant l'irréversibilité environnementale, c'est que cette saisie du phénomène est nécessaire du fait de sa gravité. Le second niveau de justification réside dans la conscience qu'a finalement le droit de la dégradation environnementale et des efforts fait pour tenter de progresser dans ce domaine.

261. La dégradation environnementale et la conscience de cette dégradation ont ainsi forcé le droit à créer de nouveaux concepts et principes. H. Jonas souligne cette émergence de nouveaux concepts face à des situations nouvelles et des « projections d'avenir » qui en découlent. Il retient que « c'est le contenu et non la certitude de l'alors offert à la représentation comme une chose possible, à la lumière duquel des principes de la morale jusqu'alors inconnus, parce qu'on n'en avait jamais eu besoin, peuvent devenir visibles »⁴⁵⁸. G. Bonnel procède quant à lui à une distinction entre « les notions indéterminées qui ont une nature générale qui sont majoritairement des standards prédictifs » (dommage « grave », mesures « proportionnées », coût « acceptable »...) et qui envisagées indépendamment des objets auxquels elles se rapportent, n'ont rien de spécifique au droit de l'environnement ; et d'autres notions qui « semblent avoir été produites par cette branche du droit sous l'effet de ses propres contraintes, au premier rang desquelles figurent « l'irréversibilité » et le « risque » »⁴⁵⁹. Qu'il s'agisse de « situations nouvelles », de

⁴⁵⁸ JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions Du Cerf, Champs Flammarion, 3^e édition, 1995, p. 71.

⁴⁵⁹ BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement, op.cit.*, p. 169.

« projections d'avenir » ou de « contraintes », la saisie juridique de l'irréversibilité environnementale entraîne de l'adaptabilité de la part du droit.

262. Cette saisie de l'irréversibilité par le droit passe nécessairement par une nouvelle conception de la protection de l'environnement, conception qui n'est pas toujours sans équivoque et dont l'ambiguïté se manifeste par la place faite à l'irréversibilité. La question de l'irréversibilité a toujours été présente au sein des préoccupations humaines. Cependant, l'industrialisation des sociétés, l'accroissement des activités humaines ainsi que l'accélération du temps ont modifié le rapport de l'homme à ce phénomène. La saisie des irréversibilités de fait par le droit est essentiellement due à l'apparition depuis les années 1970 d'un droit de l'environnement effectif. Cette saisie forcée n'existe également que parce que l'irréversibilité a pris une dimension principalement négative induite par l'activité dommageable de l'homme. La naissance d'un droit de l'environnement adéquat, ou tout du moins tendant vers cette adéquation, a fait suite à une régulation environnementale traditionnelle non adaptée.

263. Concernant les fondements juridiques consacrant la lutte contre l'irréversibilité environnementale, il convient de différencier les fondements juridiques « conceptuels » des fondements juridiques d'« application », sachant que ces fondements sont constitués de normes juridiques ou de ce qu'il est possible d'appeler dans une optique plus globale, d'outils juridiques. L'étude des fondements juridiques « conceptuels » revient à étudier les droits environnementaux, et plus précisément les objectifs juridiques du droit de l'environnement. Il ne s'agit pas, en énonçant une distinction « conceptuel » / « d'application », de distinguer les normes obligatoires de celles qui ne le sont pas. Un objectif juridique environnemental n'est pas moins obligatoire qu'un principe environnemental, l'un et l'autre étant d'ailleurs liés. J. Sohnle explique à ce sujet que les principes conceptuels du droit de l'environnement sont ceux qui sont « encore dépourvus d'un statut autonome en droit positif par opposition aux principes à caractère normatif. Même s'ils reflètent des règles juridiques imparfaites, ils sont susceptibles de s'intégrer dans d'autres règles précises »⁴⁶⁰. M. Kamto parle lui de « principes inspireurs »⁴⁶¹, P-M.

⁴⁶⁰ SOHNLE J., *Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J : l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros*, RGDIP, 1998-1, p. 108.

⁴⁶¹ KAMTO M., *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, RJE 1993-1, p. 20.

Dupuy de « matrice conceptuelle »⁴⁶². Il est nécessaire de distinguer les fondements juridiques globaux, les grandes lignes directrices qui fondent le droit de l'environnement, des fondements d'application de ce droit. Il s'agit en réalité d'une question de densité juridique, de normativité, qui permet d'appliquer de manière plus ou moins directe les règles de droit. Cette différence pourrait trouver son illustration dans la distinction faite par le droit international entre la soft law, *mollis lex*, et la hard law, *dura lex*⁴⁶³. Il convient de préciser que la justification de la saisie de l'irréversibilité environnementale par le droit n'est que très rarement explicite dans l'énoncé des différents outils juridiques mais que l'essence de ces outils est toujours empreinte de ce refus d'irréversibilité. On pourrait même dire que l'irréversibilité constitue le subconscient du droit de l'environnement.

264. La reconnaissance juridique des irréversibilités de fait environnementales par le droit passe donc par l'existence de fondements « conceptuels » (Section I) et d'« application » (Section II) se traduisant par un ensemble de normes juridiques permettant de mettre en place un cadre juridique.

Section I. Les fondements juridiques « conceptuels »

265. Le terme « fondement », même si l'application de la règle n'est pas assurée de manière directe, induit qu'il existe une effectivité attachée ou tout du moins une influence sur le droit applicable. Les fondements juridiques « conceptuels » constituent les bases nécessaires d'un droit et en l'occurrence du droit de l'environnement.

266. Les objectifs juridiques du droit de l'environnement apportent une première fondation à ces fondements consacrant la lutte contre l'irréversibilité. Ils peuvent être définis comme des « règles de conduite énoncées dans des instruments auxquels n'a pas été conférée une

⁴⁶² DUPUY P-M., *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?* RGDIP, 1997-4, p. 886

⁴⁶³ Distinction d'ailleurs récemment critiquée par le Parlement Européen, Parlement Européen, Rapport A6-0259/2007, sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) 28 juin 2007 : « A) Considérant que la notion de soft law, qui est fondée sur la pratique courante, est ambiguë et pernicieuse et ne devrait être utilisée dans aucun document des institutions de l'Union Européenne, B) considérant que, étant une aberration conceptuelle, la distinction entre *dura lex* et *mollis lex* ne devrait être ni acceptée ni reconnue, C) considérant que les prétendus instruments de soft law, tels que recommandations, livres verts et blancs ou conclusions du Conseil, n'ont aucune valeur juridique ni aucun caractère contraignant, D) considérant que les instruments juridiques non contraignants n'assurent pas une entière protection juridictionnelle, E) considérant qu'un abondant recours aux instruments juridiques non contraignants serait synonyme de passage du modèle unique de la Communauté à celui d'une organisation internationale traditionnelle ».

force obligatoire en tant que telle, et qui peuvent néanmoins produire certains effets juridiques - indirects - et dont l'objet est potentiellement de produire des effets pratiques »⁴⁶⁴. L'expression *De lege ferenda* illustre l'objectif juridique. Pour exemple, l'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁴⁶⁵ énonce que « la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ; l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ; la promotion sur le plan international de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement ». Les objectifs de protection et d'amélioration de l'environnement, et par là-même la condamnation des situations d'irréversibilité environnementale, sont présents dans de nombreuses normes juridiques.

267. M. Delmas-Marty parle de « sous-détermination » de certains concepts, et principes universels. Elle classe dans ces concepts ceux appartenant aux droits de l'homme, dont le droit à l'environnement fait notamment partie⁴⁶⁶. Cela n'en fait pas moins des outils qui œuvrent à une prise en compte de l'irréversibilité environnementale.

268. Ainsi, certains droits (§1), certains principes et concepts environnementaux comme celui de développement durable (§2) ou de dommage écologique (§3), soit par leurs énoncés trop généralistes, soit par leur absence, pour les juridictions, de portée juridique, ne présentent qu'une densité juridique restreinte mais forment néanmoins des fondements de la saisie juridique de l'irréversibilité.

§1. Les droits environnementaux permettant la saisie de l'irréversibilité

269. Le mot « droit » doit ici être pris dans son sens subjectif. Il ne s'agit plus d'un corpus de règles ayant vocation à préserver l'environnement mais davantage de prérogatives individuelles reconnues et sanctionnées par le droit objectif qui permettent à son bénéficiaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou dans

⁴⁶⁴ SENDEN L., *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law : Where do they meet?* EJCL, Vol 9, 1er janvier 2005.

⁴⁶⁵ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2012, JOUE C. 326 du 26 octobre 2012.

⁴⁶⁶ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Collection La couleur des idées, Paris, 2004, p. 66.

l'intérêt d'autrui⁴⁶⁷. Comme le rappelle P. Hugon, les droits subjectifs sont « des prérogatives confiées à une personne. Ils ont émergé historiquement avec Vittoria, Locke, Spinoza, voire Hobbes, les philosophes des lumières et la Révolution française »⁴⁶⁸. La difficulté réside principalement dans la reconnaissance et l'application des droits subjectifs environnementaux.

270. Les deux droits principaux qui consacrent de manière la plus explicite et la plus directe le refus d'irréversibilité restent le droit à l'environnement (A) et le « droit » des générations futures (B).

A) La reconnaissance d'un droit à l'environnement condamnant l'irréversibilité

271. Le premier droit subjectif environnemental est le droit à l'environnement. Reconnaître un droit à l'environnement revient à refuser les situations d'irréversibilité environnementale puisqu'il s'agit d'une détérioration de l'environnement. Le droit à l'environnement n'est dès lors plus respecté. Il est notamment énoncé au premier principe de la Déclaration de Stockholm⁴⁶⁹ : « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être ». La Charte Mondiale de la Nature de 1982 rappelle également ce droit⁴⁷⁰, de même que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981⁴⁷¹ qui proclame dans son article 24 : « tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». Le principe 1 de la Déclaration de Rio reprend ce droit à l'environnement en lui apportant une variante : « les êtres humains ont droit à une vie saine »⁴⁷². La Convention d'Aarhus reconnaît quant à elle « que chacun a le droit de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être et le devoir, tant individuellement qu'en association avec d'autres, de protéger et d'améliorer l'environnement dans l'intérêt des générations présentes et futures »⁴⁷³. Ces nombreuses

⁴⁶⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

⁴⁶⁸ HUGON P., *Droit, droits et économie du développement, Illustrations à propos de l'alimentation*, in *Mondes en développement*, vol. 33-2005/1 n° 129, p. 13.

⁴⁶⁹ Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, 16 juin 1972, Stockholm.

⁴⁷⁰ Charte mondiale de la nature, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 37/7, 28 octobre 1982, <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>

⁴⁷¹ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Nairobi, 28 juin 1981.

⁴⁷² Déclaration de Rio, 5 juin 1992.

⁴⁷³ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998.

insertions dans les textes internationaux ne suffisent cependant pas à lui assurer une normativité incontestable. M. Prieur rappelle à ce sujet l'ambiguïté du droit à l'environnement qui « par ses origines internationales » relève autant de la « soft law que du droit contraignant »⁴⁷⁴.

272. Le droit à l'environnement est également présent dans le droit interne des Etats. A titre d'exemple la Constitution de la République d'Afrique du Sud⁴⁷⁵ ou encore le protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels adopté à San Salvador le 14 novembre 1988⁴⁷⁶, consacrent le droit à l'environnement. Il est également proclamé dans des Conventions non spécifiques à l'environnement.

La Convention du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant impose à son article 24 l'obligation pour les États de prendre des mesures appropriées pour protéger la santé des enfants, notamment en prenant en considération les dangers et les risques causés par la pollution de l'environnement. De même, la Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes dans des pays indépendants, engage les États à prendre des mesures spéciales pour préserver l'environnement de ces peuples⁴⁷⁷.

273. Aujourd'hui, la plupart des Constitutions ont été révisées afin d'intégrer le droit à l'environnement. La Constitution grecque du 9 juin 1975 dans son article 24 proclame que « la protection de l'environnement naturel et culturel est une obligation de l'Etat. L'État est tenu de prendre des mesures spéciales préventives ou répressives dans le but de sa conservation ». La Constitution portugaise dans son article 66 du 2 avril 1976 énonce que « chacun a droit à un environnement sain et écologiquement équilibré en même temps qu'il a le devoir de le défendre ». La Constitution brésilienne du 5 octobre 1988, article 225, prévoit que « tous ont le droit à un environnement écologiquement équilibré en tant

⁴⁷⁴ PRIEUR M., *Droit à l'environnement*, J.-Cl Libertés, Fascicule n°1460, 21 mai 2007, 10 janvier 2013.

⁴⁷⁵ Article 24 : « chacun a droit à un environnement qui ne soit pas nocif à son bien-être physique, ainsi qu'à la protection de cet environnement pour le bien des générations actuelles et futures, grâce à une législation raisonnable et à d'autres mesures destinées à prévenir la pollution et la dégradation écologique, à favoriser la conservation et à assurer un développement et un usage des ressources naturelles écologiquement durable ».

⁴⁷⁶ Article 11 : « Toute personne a le droit de vivre dans un environnement salubre et de bénéficier des équipements collectifs essentiels ».

⁴⁷⁷ Convention de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux, Genève, 7 juin 1989, Article 4 : « Les gouvernements doivent prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent ».

que chose commune au peuple et en tant qu'élément essentiel à une saine qualité de vie ». Le droit à l'environnement ainsi que le devoir de la préservation et de l'amélioration de l'environnement ont été inscrits dans la Charte de l'environnement de 2005 dans son article 1^{er}⁴⁷⁸, la loi Barnier de 1995⁴⁷⁹ l'ayant déjà proclamé et le Code de l'environnement intégré dans son article L110-2⁴⁸⁰. La réalité de ce droit subjectif a été mise en doute notamment à cause de son éventuelle abstraction tenant à l'indétermination de son objet. M. Prieur, dans une plaidoirie en faveur de cette reconnaissance en tant que « droit subjectif » retient « qu'il s'agit d'un droit beaucoup moins abstrait que des droits plus anciens tels que la sûreté, l'égalité, la solidarité (...). Il concerne l'environnement naturel de l'homme, en particulier la diversité et les équilibres naturels et biologiques ainsi que les ressources naturelles ». Il précise qu'aucun « droit fondamental n'est ainsi accompagné d'autant de précisions conceptuelles quant à son contenu et quant à son objet »⁴⁸¹.

274. Ce droit est également reconnu par la jurisprudence des Cours internationales. Depuis l'arrêt « Oneryildiz⁴⁸² » de la CEDH, une atteinte à l'environnement peut violer le droit à la vie de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁸³. A ce titre M. Prieur rappelle que « la protection de l'environnement contribue à protéger la vie et se rattache à

⁴⁷⁸ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement*, JO du 2 mars 2005, p. 3697, article 1^{er} : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

⁴⁷⁹ Loi n°95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JO du 21 février 1995, p. 2755.

⁴⁸⁰ Article L110-2 du Code de l'environnement : « Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain ».

⁴⁸¹ PRIEUR M., *Droit à l'environnement, Préc.*

⁴⁸² CEDH, *Öneryildiz c/ Turquie*, 18 juin 2002, Aff. n°48939/99. « Sur la mise en œuvre des mesures préventives concernant le site de stockage de déchets d'Ümraniye et les quartiers de taudis voisins, la Cour constate l'existence de réglementation de protection dans ces domaines. Le rapport d'expertise du 7 mai 1991 faisant état des dangers pour la santé et des risques d'explosion, démontre que la décharge ne respectait pas certaines normes techniques, car les pouvoirs locaux et ministériels n'avaient pas pris les mesures dictées par la réglementation en la matière. (...) La Cour admet que, si les autorités nationales n'ont pas encouragé le requérant à s'installer près de la décharge, elles ne l'en ont pas pour autant dissuadé. Elle relève l'ampleur des négligences commises par les autorités et estime établie l'existence d'un lien de causalité entre ces négligences et la survenance de l'accident. Sur le respect du droit du public à l'information, le Cour affirme que l'on ne peut attendre d'un citoyen ordinaire qu'il soit à même de concevoir les risques spécifiques liés au processus de la méthanogénèse et des glissements de terrain, ce type d'informations ne pouvant être dispensé que par une action des pouvoirs administratifs. Or en l'espèce, aucune action de ce genre n'a été effectivement mise en œuvre. La Cour estime par conséquent que les autorités administratives savaient ou auraient dû savoir que les habitants de certains quartiers de taudis étaient menacés de manière réelle, or elles n'y ont pas remédié et n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir la matérialisation des risques en question ».

⁴⁸³ MARGUENAUD J.P., note sur l'arrêt Oneryildiz, REDE, 2003, n°1, p. 67.

l'un des premiers droits fondamentaux : le droit à la vie »⁴⁸⁴. La reconnaissance de ce droit à l'environnement entraîne donc une condamnation implicite de l'irréversibilité environnementale. En effet, si une « atteinte » à l'environnement est susceptible de violer le droit à la vie, une « atteinte irréversible » viole *a fortiori* ce même droit. Par le terme « condamnation », il convient de comprendre que les spécificités de l'irréversibilité environnementale vont foncièrement à l'encontre de ce que prévoit le droit à l'environnement. Même si aujourd'hui le refus de l'irréversibilité environnementale n'est pas clairement exprimé dans les différentes définitions du droit à l'environnement, ce droit est un premier cadre juridique pour une saisie du phénomène. Le droit à un environnement sain entraîne incontestablement la prise en charge des situations d'irréversibilité environnementale dans un but d'amélioration de la qualité de vie.

275. La jurisprudence française a également commencé à reconnaître ce droit à l'environnement. Le tribunal administratif de Chalons en Champagne dans une ordonnance de référé-liberté du 29 avril 2005⁴⁸⁵ reconnaît la qualité de liberté fondamentale au « droit à un environnement sain et équilibré ». La consultation nationale pour la Charte de l'environnement apporte des précisions quant à la définition du droit à l'environnement. Il s'agit d'un « droit individuel ou d'un droit collectif, qui est, selon les cas, défendu par des procédures différentes. Ce droit établit un lien fort entre l'homme et son environnement, lien original qui n'est subordonné à aucune condition de lien de propriété ou de lien économique. Ce droit implique que des procédures existent ou soient mises en place pour le faire respecter, notamment devant les juridictions »⁴⁸⁶.

276. Le droit à l'environnement se traduit donc de différentes façons. M. Prieur parle des « deux volets » du droit à l'environnement : un volet « matériel ou substantiel » et un volet « procédural ». Par procédural, il conviendrait d'englober principalement le droit à l'information et à la participation. Les deux volets sont bien entendu complémentaires car, comme le précise M. Prieur, « en réalité ce qui est présenté comme un droit procédural

⁴⁸⁴ PRIEUR M., *Droit à l'environnement, Préc.*

⁴⁸⁵ TA. Chalons en Champagne, 29 avril 2009, *Conservatoire du patrimoine naturel, Ligue de protection des oiseaux, Fédération des conservatoires d'espaces naturels c/ Préfet de la Marne*, n° 0500828, 05008829 et 0500830, « Considérant qu'en « adossant » à la Constitution une Charte de l'Environnement qui proclame en son article premier que « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », le législateur a nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement en « liberté fondamentale » de valeur constitutionnelle ».

⁴⁸⁶ http://www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/Droit_homme_environnement.pdf

constitue l'application de droits substantiels »⁴⁸⁷. En outre, le droit à l'environnement est susceptible de se traduire de deux manières : soit il s'agit d'une obligation positive ou négative qui incombe à l'Etat de protéger l'environnement, ou du devoir du citoyen de préserver l'environnement, les deux définitions n'étant pas exclusives l'une de l'autre ; soit, il s'agit d'un droit subjectif à ce que l'environnement soit protégé. Le professeur A. Kiss précise que « le droit à l'environnement devrait également être conçu non pas comme le droit à un environnement idéal, difficile sinon impossible à définir dans l'abstrait, mais comme le droit à ce que l'environnement soit préservé, protégé de toute détérioration importante, voire amélioré dans certains cas. En somme, ce droit signifie en réalité le droit à la conservation de l'environnement, conservation comprenant protection et amélioration »⁴⁸⁸. Le droit à l'environnement suppose donc une gestion de l'irréversibilité et le refus de ce phénomène, le droit à l'environnement devant être considéré comme un des fondements de cette prise en compte. Ce droit peut se traduire notamment à travers l'obligation de prévention des atteintes aux ressources naturelles subies par les États. Cette obligation a été reconnue par la CIJ dans son arrêt sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires en soulignant que l'obligation de prévention qui incombe aux États englobe le principe d'utilisation non-dommageable du territoire et le principe de prévention⁴⁸⁹.

277. Le respect du droit à l'environnement est un des premiers outils permettant de lutter contre l'irréversibilité. Comme le souligne la Consultation nationale pour la Charte de l'environnement, « ce principe a un caractère fondateur par rapport aux autres principes du droit de l'environnement : il les consolide tous et en garantit le respect ». La dégradation de l'environnement par le biais de processus irréversibles menant à la disparition du bien environnemental est en parfaite opposition avec l'essence même de ce droit.

278. Du fait de la processualité et des conséquences de l'irréversibilité environnementale, le droit des générations constitue le deuxième fondement juridique de la condamnation des situations d'irréversibilités environnementales. L'irréversibilité environnementale y est visée de manière plus explicite.

⁴⁸⁷ PRIEUR M., *Droit à l'environnement, Préc.*

⁴⁸⁸ KISS A., *Le droit à la conservation de l'environnement*, RUDH 1990, p. 445.

⁴⁸⁹ NOUZHA C., *Réflexions sur la contribution de la CIJ à la protection des ressources naturelles*, RJE 2000, p. 391-420.

B) La reconnaissance d'un « droit » des générations futures condamnant l'irréversibilité

279. L'irréversibilité étant un processus dont notre génération entrevoit peu à peu les conséquences futures, ce sont bien les générations futures qui subiront la fin du processus, c'est-à-dire la disparition des ressources atteintes. Ne pas lutter contre les irréversibilités environnementales, ou les favoriser, revient à entamer et à dégrader le patrimoine des générations futures. Il s'agit bien d'hypothèques prises sur ces dernières.

280. Ce « droit »⁴⁹⁰ des générations futures introduit la notion d'équité intergénérationnelle et intragénérationnelle pour reprendre la formule d'H. Jonas « d'éthique de l'avenir ». L'émergence de ce « droit » des générations futures s'explique notamment par le fait, au vu de l'état de l'environnement, qu'« on doit accorder un plus grand poids au pronostic du malheur qu'au pronostic du bonheur. La présupposition de toute cette considération était qu'aujourd'hui et à l'avenir nous avons précisément affaire à des interventions de cet ordre de gravité, ce qui est en soi un fait nouveau dans les affaires humaines ». H. Jonas précise que « ce fait nouveau dépasse le point de vue tacite de toute éthique antérieure consistant, compte tenu de l'impossibilité d'un calcul prévisionnel à long terme, à ne prendre en considération à chaque fois que le plus proche et à laisser l'avenir plus lointain prendre soin de lui-même »⁴⁹¹. Cette éthique vis-à-vis des générations à venir est celle qui justifie le refus d'irréversibilité environnementale. Accepter la dégradation de l'environnement au point d'entraîner la disparition de certains de ses éléments constitutifs, revient au mieux à entamer l'héritage à laisser, au pire à mettre en péril la vie sur Terre et comme H. Jonas le rappelle « de l'humanité à venir on ne peut ni obtenir ni supposer un accord relativement à leur inexistence ou à leur déshumanisation ; et si l'on voulait malgré tout le supposer (...) il faudrait la rejeter pourtant, car il existe (...) l'obligation inconditionnelle d'exister de l'humanité qu'il ne faut pas confondre avec l'obligation conditionnelle d'exister de tout individu particulier. Le droit individuel au suicide cela se discute, le droit au suicide de l'humanité cela ne se discute pas »⁴⁹². Dans une démarche de réflexion similaire, M. Fritz-Legendre exprime ainsi la problématique du « droit » des générations futures. Il retient que durant les derniers siècles « nous tenions pour acquis que nos descendants bénéficieraient de conditions meilleures que les nôtres ». Cette vérité n'est dès lors plus valable car « nous

⁴⁹⁰ Les guillemets permettent de nuancer le qualificatif de droit, cette reconnaissance pouvant être contestée.

⁴⁹¹ JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions du Cerf, Champs Flammarion, 1995, p. 79.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 84.

avons aujourd'hui le pouvoir d'infliger à la Terre, des bouleversements irréversibles, à un niveau global et de multiples manières... Pour la première fois de notre histoire, nous avons le devoir de nous préoccuper en tant que membres de l'espèce humaine, de l'état du patrimoine naturel et culturel que nous transmettons aux générations futures, tout comme de notre propre droit à disposer et à jouir de l'héritage que nous avons reçu des générations passées »⁴⁹³. Les « bouleversements irréversibles » ont modifié nos responsabilités face aux générations futures.

281. Afin d'explicitier la condamnation des situations d'irréversibilité environnementale par le « droit » des générations futures, il convient tout d'abord de comprendre comment le contenu de ce droit justifie le « refus » d'irréversibilité (1) avant d'étudier la notion particulière de « patrimoine commun de l'humanité » liée au « droit » des générations futures et à l'irréversibilité environnementale (2).

1) Le refus d'irréversibilité justifié par le contenu du « droit » des générations futures

282. La thématique des générations futures n'est pas propre au droit. La définition économiste de l'irréversibilité intègre elle aussi le volet « générations futures ». La décision qui est prise aujourd'hui « ne doit pas réduire la flexibilité des décisions des générations futures, voire dans les cas extrêmes, l'anéantir »⁴⁹⁴. Pareillement d'un point de vue scientifique, H. Reeves soulève l'existence « d'hypothèque prise sur le patrimoine à léguer à nos enfants »⁴⁹⁵. Il s'agit donc d'un devoir moral vis-à-vis des générations futures, de léguer à nos enfants un patrimoine, sinon semblable, tout du moins préservé. En effet, « la conservation n'a de sens que dans une perspective temporelle, sinon tout peut être consommé et gaspillé dans le présent »⁴⁹⁶. L'irréversibilité environnementale est la première situation condamnable au nom du « droit » des générations futures. Le devoir découlant du « droit » des générations futures est de préserver le patrimoine naturel et culturel de la planète autant que possible, ce qui exclut toute disparition et toute dégradation de

⁴⁹³ BROWN-WEISS E., *Justice pour les générations futures : droit international, patrimoine commun et équité inter-générationnelles*, Editions Sang de la Terre, Paris, 1993, p. 1, in FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 79-100.

⁴⁹⁴ GOUGUET J.J., *Le principe de précaution face à l'économie*, in *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Les cahiers du CRIDEAU, 2000.

⁴⁹⁵ REEVES H., *Mal de Terre*, Editions du seuil, Paris, 2005, p. 79.

⁴⁹⁶ KISS A., BEURIER J.P., *Droit international de l'environnement*, Editions Pédonne, 4^e édition, 2010, p. 19.

l'environnement. Une irréversibilité fait disparaître une ressource, ressource qui ne sera plus disponible pour les générations à venir. C'est l'idée de « dignité patrimoniale » qui apparaît à travers cette notion, dignité dans la réception du patrimoine et dans la transmission. Cette dignité reste incompatible avec l'irréversibilité environnementale.

283. La question sur la nature de l'obligation vis-à-vis des générations futures est récurrente. Est-ce une obligation juridique ou relève-t-elle d'un devoir purement moral ? H. Jonas rappelle qu'il ne s'agit pas d'un droit au sens traditionnel selon lequel « mon obligation est l'image à l'envers du droit d'autrui qui à son tour est vue à l'image de mon droit propre » puisqu'il n'y a aucune réciprocité dans « l'éthique de l'avenir »⁴⁹⁷. Dans la Charte Mondiale de la Nature de 1982, il existe un renvoi à la notion d'obligation. Le « droit » des générations futures est la finalité d'obligations qui s'imposent dans l'immédiat aux Etats, aux collectivités et aux individus⁴⁹⁸. A. Kiss considère qu'il s'agit d'un principe général du droit qui trouve son émergence en droit international. La Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures du 12 novembre 1997 de l'Organisation des Nations Unies, pour l'éducation, la science et la culture énonce dans son article 4, que « les générations présentes ont la responsabilité de léguer aux générations futures une Terre qui ne soit pas un jour irrémédiablement endommagée par l'activité humaine. Chaque génération, recevant temporairement la Terre en héritage, veillera à utiliser raisonnablement les ressources naturelles et à faire en sorte que la vie ne soit pas compromise par des modifications nocives des écosystèmes et que le progrès scientifique et technique dans tous les domaines ne nuise pas à la vie sur Terre ». Cette Déclaration fait appel directement à la gestion des situations d'irréversibilité environnementale avec la formule « irrémédiablement endommagée ». La Convention de Bonn du 23 juin 1979 sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage rappelle que « la faune sauvage, dans ses formes innombrables, constitue un élément irremplaçable des systèmes naturels de la Terre, qui doit être conservé pour le bien de l'humanité (...). Chaque génération humaine détient sur les ressources de la Terre pour les générations futures et a la mission de faire en sorte que ce legs soit préservé et que, lorsqu'il en est fait usage, cet usage soit fait avec prudence... ». Le caractère « irremplaçable » de la faune sauvage justifie la gravité des atteintes irréversibles dont elle pourrait faire l'objet.

⁴⁹⁷ JONAS H., *Le principe responsabilité*, *Op.cit.*, p. 87.

⁴⁹⁸ Charte Mondiale de la Nature, 28 octobre 1982, voir principe 21 et 24.

284. En réalité, c'est l'idée de « responsabilité » qui est au centre du « droit » des générations futures. A ce sujet, M. Rémond-Gouilloud écrit qu'« il faut désormais à notre société et à son droit apprendre à se projeter dans le futur, ménager les réversibilités, éviter l'irréparable pour les générations futures »⁴⁹⁹. Cela désigne la situation de celui qui devra « répondre de ». F. Ost rappelle qu'il s'agit d'une « mission de garantie, de sauvegarde, d'assistance et de protection à l'égard de ce qui se signale par sa vulnérabilité »⁵⁰⁰. Cette idée du ménagement des « réversibilités » est reprise par J. De Montgolfier et J-M. Natali. En effet, « l'approche patrimoniale relève d'une éthique qui consiste pour un individu ou une organisation à placer au premier rang de ses préoccupations le souci constant de préserver des libertés de choix de ceux qui viendrait après lui »⁵⁰¹. Ainsi, il convient de ne pas engager les générations futures dans des voies qui pourraient les mener à des « impasses irréversibles » mais au contraire de leur transmettre un patrimoine, ce patrimoine étant constitué d'un ensemble de ressources qu'ils seront libres d'utiliser en fonction de leurs propres choix. La réversibilité des choix vient ici garantir la condamnation de l'irréversibilité. Le contenu du « droit » des générations futures revient à interdire le fait d'entamer ou de faire disparaître un patrimoine qui n'appartient pas uniquement aux générations présentes. Cette dégradation « prohibée » du patrimoine à transmettre inclut a fortiori les dégradations environnementales irréversibles. Il est ainsi possible de considérer que le « droit » des générations futures contient en son essence un refus d'irréversibilité.

285. La portée du « droit » des générations futures et la question des bénéficiaires doivent être soulevées afin de voir la manière dont l'irréversibilité environnementale peut être prise en compte. Faut-il assurer aux générations futures les mêmes options que celles dont nous disposons ? Comment faire respecter ce droit ? Deux problèmes principaux se posent. Tout d'abord, nous sommes en présence d'une indétermination des bénéficiaires de ce droit. Deuxièmement, c'est aux générations présentes de déterminer quels seront les besoins des générations futures en sachant que les sociétés sont en perpétuel mouvement et que les valeurs évoluent. De ce fait, il est possible d'envisager de sauvegarder uniquement les

⁴⁹⁹ Revue Archimède et Léonard colloque, *Vous avez dit progrès ?* Carnets de l'association internationale de techniciens experts et chercheurs (AITEC) hors-série n°10, hiver 1993-94, p. 63, in REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimiste dans l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 7-14.

⁵⁰⁰ OST F., *La nature hors la loi*, Editions La découverte, 1995.

⁵⁰¹ MONTGOLFIER J. de, NATALI J-M., *Le patrimoine du futur. Approches pour une gestion patrimoniale des ressources naturelles*, Economica, Collection Economie agricole et agro-alimentaire, Paris, 1987.

besoins fondamentaux. Cela induit la détermination de ce qui est fondamental, de ce qui ne l'est pas, ce qui en matière d'environnement paraît relever de l'impossible. Il convient donc de se raccrocher à des données permanentes : la vie, la transmission de la vie, la nourriture, l'eau, le logement, la santé, une organisation sociale assurant la sécurité, la liberté de pensée, la culture, l'art... Ainsi, tout ce qui n'est pas fondamental n'entrerait pas dans la nécessité de protection. La vision des économistes en la matière se fonde sur la notion de capital naturel et artificiel⁵⁰². A cette question de la nature du patrimoine à transmettre aucune réponse exhaustive ou satisfaisante ne pourrait être apportée. Il est cependant possible de formuler une réponse par la négative. Les générations présentes ne doivent pas transmettre un patrimoine qui serait trop détérioré ou en phase de l'être par rapport à celui qu'elles ont-elles-mêmes reçu. Cela exclut un patrimoine en état de dégradation irréversible avancé. H. Jonas résume en quelques phrases cette définition par la négative : « l'existence de l'homme ne doit pas être mise en jeu » et « l'humanité n'a pas le droit au suicide »⁵⁰³.

286. Concernant l'applicabilité du « droit » des générations futures, deux jurisprudences internationales peuvent être citées. La première est une décision de la Cour suprême des Philippines, du 30 juillet 1993, *Minors Oposa*⁵⁰⁴, ayant reconnu le « droit » des générations futures. Il s'agissait d'une demande d'annulation de permis de déforestation. La Cour a reconnu le droit aux parents, demandeurs à l'affaire, de représenter le droit de leur propre génération ainsi que de celle à venir. Elle retient que « every generation has a responsibility to the next to preserve that rhythm and harmony for the full enjoyment of a balanced and healthful ecology »⁵⁰⁵. Selon la décision, la faculté d'ester en justice au nom des générations futures est nécessairement fondée sur la responsabilité entre générations pour assurer le droit à un environnement sain et équilibré. Chaque génération a la responsabilité envers la suivante de préserver le rythme et l'harmonie de l'environnement tout entier. Ceci suppose notamment, l'utilisation, la gestion, l'amélioration et la conservation des ressources naturelles, ainsi que l'accès équitable des générations présentes et futures. La Cour a accueilli la demande. La seconde est l'arrêt de la CIJ *Gabcikovo-*

⁵⁰² Cf. Supra, Partie I, Titre I.

⁵⁰³ JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions du Cerf, Champs Flammarion, 1995, p. 83-84.

⁵⁰⁴ Cour suprême des Philippines, *Minors Oposa c/ Secretary of the department of Environnement and Natural Resources*, International Legal Materials, vol. 33, 1994, p. 173.

http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/jul1993/gr_101083_1993.html

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

*Nagymoros*⁵⁰⁶ qui énonce que « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de vie et leur santé, y compris pour les générations à venir ».

287. En droit français, il convient de préciser que le « droit » des générations futures a été introduit par la loi sur le nucléaire de 1991⁵⁰⁷. En effet, dans son article 1^{er}, la loi rappelle que « la gestion des déchets radioactifs à haute activité et à vie longue doit être assurée dans le respect de la protection de la nature, de l'environnement et de la santé, en prenant en considération les droits des générations futures ». La loi a été abrogée mais l'essence de cet article a été reprise dans l'article L542-1 du Code de l'environnement qui prévoit que « la recherche et la mise en œuvre des moyens nécessaires à la mise en sécurité définitive des déchets radioactifs sont entreprises afin de prévenir ou de limiter les charges qui seront supportées par les générations futures ».

288. Le « droit » des générations futures est à la fois un devoir envers ces dernières, de maintien du stock, et en même temps une assurance de la pérennité de l'espèce humaine qui, sans certaines ressources ne pourrait survivre. A ce sujet, A. Kiss retient que « l'instinct de tout être vivant exige la perpétuation de la vie de l'espèce »⁵⁰⁸. Le droit de l'environnement a notamment pour vocation d'assurer l'avenir. Malgré cela, la reconnaissance d'un « droit » des générations futures reste récente.

289. Afin de compléter l'identification du lien entre le « droit » des générations futures et l'irréversibilité environnementale, il convient de s'attarder sur la notion de patrimoine commun de l'humanité.

⁵⁰⁶ CIJ. 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* – Hongrie-Slovaquie, SOHNLE J., RGDIP 1998, 1, p. 85-119, cf. notamment extrait de l'arrêt : « Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité - qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures -, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies ».

⁵⁰⁷ Loi n° 91-1381 du 30 décembre 1991 *relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs*, JO du 1 janvier 1992 p. 10, abrogée par l'ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000, article 5, JO du 21 septembre 2000.

⁵⁰⁸ KISS A., *L'irréversibilité et le droit des générations futures*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 5.

2) *Le concept de patrimoine commun de l'humanité dans le « droit » des générations futures*

290. F. Ost soulève cette contradiction qui existe entre le terme « patrimoine » et l'expression « générations futures ». En effet, « voilà bien un thème paradoxal pour une fondation pour les générations futures. Le patrimoine n'est-il pas tourné vers le passé alors que, précisément, nous sommes invités à orienter nos regards vers le futur ? »⁵⁰⁹. Il résout cette contradiction en proposant de voir le patrimoine autrement, « moins une propriété qu'une promesse, moins une vérité qu'une question - moins un trésor en arrière qu'une quête en avant »⁵¹⁰.

291. Il est possible d'entendre la notion de patrimoine de manière stricte dans le sens de propriété et de rendement. En droit privé, le terme comprend « l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne ». Le patrimoine peut être défini de manière plus large comme un ensemble de « valeurs identitaires fondant la cohésion, la durabilité du lien social et la préservation des héritages. Il est pluridimensionnel et pluritemporel »⁵¹¹. En doctrine juridique française, il peut être vu comme « un ensemble constituant une universalité, un ensemble indissociable d'actifs et de passifs, de droits et d'obligations (...) C'est un legs du passé, la cristallisation d'éléments issus d'un processus de sélection historique et transmis entre générations. Il trouve son fondement dans la nécessité de persistance ou de reproduction d'éléments fondateurs de la vie biologique et sociale »⁵¹². En matière d'environnement, il convient d'élargir sa signification. La dimension morale du patrimoine intervient en droit de l'environnement. Il s'agit d'une vision du patrimoine comme protecteur de valeur, comme un témoin du temps et de l'espace, un porteur des valeurs du passé. On assiste alors à l'apparition de la notion de solidarité, entre les hommes mais également de solidarité avec la chose. Ce respect de la chose pour ce qu'elle est, ce qu'elle apporte, ce qu'elle signifie, est un comportement de compassion de l'homme. Il existe un lien de sympathie entre la chose et l'homme, de prise en compte des besoins de la chose. Dans la notion de patrimoine c'est l'idée de dépôt et de transmission qui est sous-

⁵⁰⁹ OST F., *Un héritage sans testament, Patrimoine et générations futures*, www.fgf.be/pdf/heritage_sans_testament.doc

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Editions PUF, Paris, 9^e édition, 2011.

⁵¹² HUGON P., *Droit, droits et économie du développement, Illustrations à propos de l'alimentation*, in *Mondes en développement*, Vol. 33-2005/1, n°129, p. 18.

jacente. Elle est toute entière imprégnée de dimension du passé, que l'on reçoit et que l'on transmet. Les générations présentes ne sont pas propriétaires du patrimoine qu'elles détiennent, elles ne le reçoivent qu'en dépôt. Cette « possession » s'accompagne d'un sentiment de dignité, il s'agit de la compétence de manifester sa capacité à recevoir et à transmettre. A défaut de telles qualités cela induit l'exclusion du bien du patrimoine. Selon C. Huglo, « la notion de patrimoine pourrait être utile au développement de la réflexion en droit de l'environnement. Elle exprime à la fois les conditions (aspect prévention) d'exercice de droits et de limite (aspect conservation et protection). Cette notion (...) exprime (...) nos droits et nos devoirs à l'égard de sa gestion et de sa conservation »⁵¹³. Cette notion de patrimoine a été consacrée en droit international à travers celle de « patrimoine commun de l'humanité ».

292. Le terme « patrimoine commun de l'humanité » apparaît tout d'abord dans deux déclarations de l'Assemblée Générale des Nations Unies : la déclaration de 1970 sur les principes régissant le fond des mers et des océans⁵¹⁴ ; et la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats de 1974⁵¹⁵. La première formulation du concept de patrimoine commun de l'humanité en droit international de l'environnement est inscrite dans la Déclaration de Stockholm de 1972, qui proclame le devoir solennel de l'homme de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures (principe 1) et de préserver les ressources naturelles du globe dans l'intérêt des générations présentes et futures (principe 2). La formulation est présente dans les Conventions internationales comme dans le préambule de la CITES⁵¹⁶ qui rappelle que « la faune et la flore sauvage constituent de par leur beauté et leur variété un élément irremplaçable des systèmes naturels qui doit être protégé par les générations présentes et futures ». Ce concept traduit l'idée que certaines ressources naturelles sont affranchies de toute souveraineté nationale.

293. Toutefois, ce concept manque de normativité. A ce titre, M. Delmas-Marty le classe dans ce qu'elle appelle « les nouveaux concepts à vocation universelle »⁵¹⁷. Elle précise que

⁵¹³ HUGLO C., *Environnement et droit de l'environnement*, J.-Cl environnement, fasc. 101, 1992.

⁵¹⁴ Déclaration sur les principes régissant le fond des mers et des océans, ONU, 17 décembre 1970.

⁵¹⁵ ONU, Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 12 décembre 1974, 2315^e séance plénière. <http://www.un.org/french/documents/ga/res/29/fres29.shtml>

⁵¹⁶ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 3 mars 1973.

⁵¹⁷ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2004, p. 44.

ces concepts indiqueraient davantage un objectif à atteindre, « une voie à suivre », plutôt qu'un « contenu normatif précis et stable ». Ils relèveraient de la « raison juridique pratique »⁵¹⁸. Ce concept pourrait même être considéré comme une « compensation » pour ne pas creuser l'écart entre les pays développés et ceux en développement, en déclarant commun le patrimoine mondial. De plus, « la résistance des Etats, attachés à leur territoire et à leur souveraineté, conduit à rechercher la réalisation du bien collectif par d'autres voies, moins ouvertement contraires à leurs intérêts propres »⁵¹⁹. Il doit être noté que le terme « patrimoine commun de l'humanité » n'est pas repris dans la Convention sur la diversité biologique de 1992. Le droit international de l'environnement actuel utilise plus volontiers la notion de « biens publics mondiaux »⁵²⁰ ou de « biens communs de l'humanité » placés sous la garantie des Etats et d'institutions internationales permettant ainsi de ménager la souveraineté des Etats tout en assurant les intérêts de la collectivité mondiale. Il s'avère que ces changements terminologiques illustrent la fragilité d'un concept comme celui du patrimoine commun de l'humanité et par glissement celle du « droit » des générations futures. C'est pour cette raison que le concept de patrimoine commun ne peut être reconnu que comme fondement « conceptuel » de l'irréversibilité.

294. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance d'un « droit » des générations futures ne peut qu'être en opposition avec l'existence d'irréversibilités de fait environnementales. Le non-respect du « droit » des générations futures consiste *in fine* à entamer le patrimoine à transmettre. L'irréversibilité consiste bien en un phénomène qui engendre de la dégradation puis de la disparition d'éléments environnementaux formant ce patrimoine. En réalité, ce qui complique l'acceptation généralisée d'un « droit » des générations futures et de son application est bien cette difficulté de vision sur le long terme que rencontre l'homme et par là-même le juriste. Il convient pour le décideur actuel de prendre en compte les besoins de générations qui n'existent pas encore. De même, l'irréversibilité, en tant que phénomène processuel, oblige le décideur à prendre une décision aujourd'hui pour des conséquences

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 51.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁵²⁰ Aux fins de précision, le Ministère des Affaires étrangères français définit les biens publics mondiaux de la manière suivante : « Concept recouvrant des biens ou intérêts communs à tous les peuples, tels que le maintien de la paix, la préservation de l'environnement (eau, climat, biodiversité) ou la recherche médicale pour trouver des remèdes au HIV-sida et aux maladies tropicales. Les BPM sont des biens publics qui dépassent le cadre national, dont le monde a grand besoin mais qu'aucun pays n'aurait tendance à financer tout seul. La conférence de Monterrey a évoqué des propositions visant à financer des stratégies BPM par des moyens alternatifs tels qu'une éco-taxe, la taxe Tobin, la taxation des exportations des armements ou une allocation de DTS (droit de tirage spécial). Un groupe de travail a été établi afin de définir une liste de BPM et étudier des modalités possibles de financements ». www.diplomatie.gouv.fr.

qu'il ne verra que demain. Le rapport au temporel tient une place centrale dans la reconnaissance de telles normes. Il est possible de considérer que dans la reconnaissance du « droit » des générations futures, c'est l'aspect temporel de l'irréversibilité environnementale qui peut être pris en compte.

295. Le droit à l'environnement et le « droit » des générations futures forment les premières bases juridiques pour la prise en compte de l'irréversibilité dans les politiques environnementales. En parallèle des droits environnementaux, le concept de développement durable, concept en ce sens qu'il englobe plusieurs principes, condamne l'existence d'irréversibilité de fait environnementale.

§2. Le concept de développement durable permettant la saisie de l'irréversibilité

296. Le concept de développement durable, issu du rapport Brundtland, « Notre avenir à tous », repris dans la Déclaration de Rio de 1992⁵²¹, énonce l'idée que les ressources vivantes ne doivent pas être ponctionnées à un point tel qu'elles ne puissent, à moyen ou long terme se renouveler⁵²². A travers l'objectif de préservation du renouvellement des ressources qui est inhérent au concept de développement durable, c'est la question de l'irréversibilité qui est présente. En effet, le développement durable, au même titre que l'irréversibilité, pose la réflexion sur le long terme. Si le respect du renouvellement des ressources est l'objectif, l'irréversibilité constitue donc la situation à exclure puisqu'elle mène à l'épuisement et/ou à la disparition des ressources. La Convention sur la diversité biologique de 1992 de Rio proclame le concept de développement durable dans son article 3⁵²³. L'article 2 de la même Convention relatif aux ressources naturelles définit et préconise l'« utilisation durable » comme une « utilisation des éléments constitutifs de la diversité biologique d'une manière et à un rythme qui n'entraînent pas leur appauvrissement dans le long terme, et sauvegardent ainsi leur potentiel pour satisfaire les besoins et les aspirations

⁵²¹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992, Principe 3 : « Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures ». Principe 4 : « Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ».

⁵²² Cf. Supra Partie I, Titre I, Chapitre I.

⁵²³ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, article 3 : « Les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leurs juridictions ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement ».

des générations présentes et futures ». Les ressources naturelles doivent être définies comme « toute composante ou tout ensemble d'éléments de l'environnement utilisé pour la satisfaction des besoins des sociétés humaines ». La conscience des conséquences irréversibles des actions humaines sur la nature et une meilleure connaissance des processus naturels sont susceptibles de permettre d'accéder à une utilisation durable des ressources naturelles. Il s'agit de mettre en place une démarche prenant en compte l'avenir et d'élaborer des règles visant à réguler le comportement prédateur de l'homme vis-à-vis des ressources naturelles. La stratégie mondiale de la conservation et de la biodiversité créée en 1980 par le PNUE et le WWF, a pour but de contribuer à l'avènement durable du développement fondé sur la conservation des ressources vivantes. Les grands objectifs sont de maintenir les processus écologiques essentiels et les systèmes entretenant la vie, de préserver la diversité génétique dont dépend le fonctionnement de la plupart de ces systèmes, de veiller à l'utilisation durable des espèces et des écosystèmes. Implicitement, il s'agit de lutter contre l'irréversibilité environnementale dans sa globalité. La stratégie mondiale de la diversité publiée en 1992 et élaborée par le World Resources Institute, l'UICN, et le PNUE vise à démontrer que la conservation de la biodiversité ne consiste pas simplement à protéger la faune et la flore dans des réserves naturelles. Il s'agit également de sauvegarder les systèmes naturels de la terre, de purifier l'eau, de réguler l'oxygène, le carbone et de maintenir la fertilité des sols.

297. Ce concept, bien que traduisant un enjeu majeur du droit de l'environnement reste problématique quant à sa nature juridique. Le terme de concept doit être retenu en ce sens qu'il contient plusieurs éléments. M. Prieur rappelle à ce sujet que le développement durable, « objectif plus vaste », « implique la reconnaissance des droits de l'homme en général et du droit à l'environnement »⁵²⁴. En effet, le Parlement français lors de l'adoption de la loi du 2 février 1995 a préféré considérer le développement durable comme un objectif plutôt que comme un principe⁵²⁵. L'appellation « concept de développement durable » introduit la dimension juridique de la notion. L'article L110-1-II du Code de l'environnement énonce, après avoir défini les éléments constitutifs de l'environnement, que « leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans

⁵²⁴ PRIEUR M., *Droit à l'environnement*, J.-Cl Libertés, *Préc.*

⁵²⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 68.

compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». La rédaction même du concept de développement durable atteste de son caractère de norme conceptuelle plus que d'application, ne serait-ce que par les différentes normes juridiques qu'il contient (droit à l'environnement, remise en état, « droit » des générations futures...). La Charte de l'environnement quant à elle consacre dans son article 6 le développement durable de la manière suivante : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social »⁵²⁶. Concernant sa reconnaissance par la jurisprudence, l'arrêt de la CIJ « Gabčíkovo-Nagymaros »⁵²⁷ énonce que « le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement ».

298. Afin de comprendre le lien qui existe entre irréversibilité et développement durable, une définition préalable du développement durable semble nécessaire. La notion de développement durable prend ses racines dans le concept d'éco-développement qui déjà prévoyait une stratégie des besoins essentiels et une gestion rationnelle des ressources, c'est-à-dire éviter le gaspillage y compris vis-à-vis des générations futures. Cette notion⁵²⁸ tendait vers une croissance zéro. Ce concept est arrivé trop tôt et n'a pas été suivi d'effets. Le développement durable prend réellement son essor avec le rapport Brundtland, et la définition qu'il retient : « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». Cela correspond notamment à une « tentative de conduite rationnelle de l'industrie, de l'agriculture et des implantations humaines dans une perspective de prise en compte de leurs effets à long terme »⁵²⁹. Le développement durable sous-entend de manière générale la mise en place d'une démarche objective, la société devant aller dans un sens déterminable. Le concept de développement durable est la norme comportementale par excellence. Il a vocation à s'appliquer aussi bien en économie, qu'en matière sociale ou en droit. C'est d'ailleurs ce qui fait à la fois sa force et sa plus grande faiblesse, notamment en ce qui concerne les

⁵²⁶ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO du 2 mars 2005, p. 3697.

⁵²⁷ CIJ. 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros - Hongrie-Slovaquie*, SOHNLE J., RGDIP 1998, 1, p. 85-119.

⁵²⁸ Le terme « notion » pour qualifier le développement durable est notamment repris par M. Prieur. PRIEUR M., *Droit à l'environnement, Préc.*

⁵²⁹ HERMITTE M.A., *Pour une deuxième révolution hygiéniste, L'homme et l'environnement*, Etudes en l'honneur de KISS A., Editions Frison Roche, Paris, 1998.

situations d'irréversibilité environnementale. Sa pluridisciplinarité permet une cohésion entre les différentes sciences humaines mais entraîne nécessairement des compromis qui sont rarement satisfaisants dans des cas environnementaux de grande gravité comme l'irréversibilité. Le concept de développement durable induit qui plus est une mutation de la forme de la norme juridique en elle-même puisque le concept introduit en droit une démarche téléologique, c'est-à-dire la mise en place d'objectifs sous la forme d'un standard. Il ne s'agit plus seulement d'une norme qui impose ou qui interdit un comportement spécifique mais bien d'un ensemble d'objectifs tendant à imposer un comportement global. L'inscription du concept de développement durable dans des actes juridiques, comme cela a été le cas dans la Convention sur la diversité biologique, marque le passage de la norme comportementale au concept juridique.

299. La prise en compte de l'irréversibilité et les objectifs inhérents au concept de développement durable sont donc par essence complémentaires. En effet, le concept de développement durable, introduit « une approche temporelle des comportements de l'homme vis-à-vis de la nature, une vision sur le long terme de l'utilisation des ressources naturelles et plus largement de tous les éléments naturels ». C'est un concept « qui repose sur la conscience du caractère épuisable ou fragile des éléments naturels et des écosystèmes »⁵³⁰. De cette conscience émane le principe d'utilisation durable⁵³¹ qui se rattache aussi bien au développement durable qu'à l'irréversibilité. Ce principe d'utilisation durable repose sur la conscience du caractère épuisable ou fragile des éléments naturels et des écosystèmes. C'est un instrument de conservation et de développement : l'utilisation durable est un moyen de lutter contre les irréversibilités, qu'elles soient d'ordre social, économique, écologique ou culturel. La gestion de l'irréversibilité est également liée à la notion de « gestion rationnelle des ressources » qui permet d'intégrer la dimension d'action en faveur de la protection et pas uniquement au regard de l'utilisation. La référence à la

⁵³⁰ MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité, Préc.*, p. 15-30.

⁵³¹ Cette terminologie de « principes d'utilisation durable » est celle reprise par L'Union Mondiale pour la Nature et notamment lors de la 6^e réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique tenue à La Haye du 7 au 19 avril 2002. Cette réunion a permis de mettre en exergue quatre éléments principaux devant permettre d'améliorer la durabilité de l'utilisation des ressources. Le premier consiste à considérer que l'offre qui est faite de la ressource est limitée par « les caractéristiques biologiques intrinsèques des espèces et des écosystèmes, telles que la productivité, la capacité d'adaptation et la stabilité ». Le second énonce que « les structures institutionnelles de gestion et de contrôle doivent reposer sur des incitations et des sanctions, sur une bonne gouvernance et sur une mise en œuvre à une échelle adéquate ». Le troisième principe rappelle l'importance d'attribuer une valeur économique à la ressource permettant un investissement dans la conservation et l'utilisation durable de cette dernière favorable. Enfin le quatrième précise que « la demande de ressources biologiques sauvages est affectée par une gamme complexe de facteurs dont il convient de tenir compte ».

rationalité permettrait de se fonder sur les capacités de jugement et d'évaluation de l'homme à réagir face aux multiples manifestations de phénomènes irréversibles ; elle renverrait donc à la conscience de la responsabilité de nos actes⁵³². Cette capacité semble être le plus souvent utopique.

300. Le terme même de concept accolé au développement durable traduit sa densité juridique relative. Un concept est un réceptacle juridique de principe et d'objectif. Les objectifs relèvent de la catégorie des normes conceptuelles dont la densité est moindre mais qui permettent l'émergence de normes juridiques d'application. Le traitement des situations d'irréversibilité environnementale peut être considéré comme un objectif inhérent au concept de développement durable. A travers l'étude de la formation du droit de l'environnement, il est possible de se rendre compte que les normes juridiques applicables aujourd'hui sont les déclinaisons de normes internationales qui n'avaient pas à l'origine de force juridique. L'importance de ces normes à faible densité juridique ne doit donc pas être négligée.

301. Aux droits environnementaux et au concept de développement durable s'ajoute un concept qui revêt un caractère plus particulier mais qu'il convient cependant d'analyser. Il s'agit du concept de dommage écologique. Ce concept juridique traduit la prise en compte de l'irréversibilité environnementale, ce type de dommage ayant le plus souvent des conséquences irréversibles du fait de son ampleur, de ses effets dans le temps et dans l'espace.

§3. Le concept de dommage écologique permettant la saisie de l'irréversibilité

302. L'irréversibilité environnementale occupe une place particulière dans le concept de dommage écologique. Deux définitions du dommage écologique sont habituellement retenues par la doctrine. La première acception est celle du « dommage de pollution », c'est-à-dire le préjudice écologique causé par l'intermédiaire du milieu naturel à l'homme. Il s'agit dès lors des dommages causés lors des inondations, des explosions volcaniques. R. Drago et M. Rémond-Gouilloud reprennent cette définition en retenant que le dommage écologique est le « dommage causé aux personnes ou aux choses par l'intermédiaire du

⁵³² MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité*, Préc., p. 15-30.

milieu dans lequel elles vivent »⁵³³. La seconde acception est le dommage causé au milieu, soit le préjudice écologique au sens strict du terme ou le « dommage écologique pur ». Ce dommage est celui qui affecte le milieu indépendamment de l'homme. Cette acception est celle retenue par F. Caballero qui considère le dommage écologique comme « tout dommage causé directement au milieu pris en tant que tel, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens »⁵³⁴. M. Prieur le définit comme celui « subi par le milieu naturel dans ses éléments inappropriés et inappropriables et affectant l'équilibre écologique en tant que patrimoine collectif »⁵³⁵. Le dommage écologique entendu de cette manière est en lien direct avec le phénomène d'irréversibilité environnementale. En effet, l'irréversibilité se présente comme une conséquence fréquente de ce type de dommage. M. Prieur rappelle que « les conséquences dommageables d'une atteinte à l'environnement sont irréversibles (on ne reconstitue pas un biotope ou une espèce en voie de disparition) »⁵³⁶. Malgré les tentatives de la doctrine, définir le dommage écologique dans un langage purement juridique reste très difficile. M-J. Littmann-Martin et C. Lambrechts expliquent à ce propos que définir le dommage écologique relève « de la mission impossible », « malgré les efforts courageux d'une doctrine résolument novatrice, la notion conserve son mystère aux multiples facettes tout en conquérant peu à peu une autonomie, en voie d'émergence »⁵³⁷. Le droit s'est néanmoins attelé à un encadrement de la notion.

303. Le dommage écologique est consacré par certains instruments juridiques internationaux. L'article 2-8 de la Convention de Lugano du 8 mars 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'actions dangereuses pour l'environnement, définit le dommage comme « toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement ». La Convention définit l'environnement comme « les ressources naturelles abiotiques et biotiques tel que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, ainsi que les interactions entre les mêmes facteurs et les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage ». Une altération de ces éléments caractérise dès lors le dommage écologique pur. Une typologie des dommages a notamment été proposée à partir

⁵³³ DRAGO R., in GIROD P., *La réparation du préjudice écologique*, thèse, LGDJ, Paris, 1974, et REMOND-GOUILLOU M., *Réparation des préjudices écologiques*, J.-Cl. Environnement, Fasc. 1060.

⁵³⁴ CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, Paris, 1981.

⁵³⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 917.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 918.

⁵³⁷ LITMANN-MARTIN M.J., LAMBRECHTS C., *La spécificité du dommage, Le dommage écologique*, SFDE, 1992, p. 45.

des trois objectifs de la stratégie mondiale de la conservation : le maintien des processus écologiques essentiels, le maintien de la diversité génétique et le maintien d'une exploitation durable des espèces et des écosystèmes. De ce fait toute atteinte à ces objectifs constituerait des « dommages écologiques purs »⁵³⁸. L'utilisation du terme « maintien » est liée au phénomène d'irréversibilité. En effet, le maintien introduit l'idée de conservation et par conséquent le refus de dégradations environnementales irréversibles.

304. Le concept de dommage écologique a fait l'objet de nombreuses critiques dues en partie aux conséquences irréversibles d'un tel dommage. Un des premiers écueils du concept est d'ordre technique. En effet, les avancées de la science ont permis de mettre en exergue la variété et la complexité de la marge d'incertitude présente dans la détermination du dommage écologique, et notamment en ce qui concerne ses conséquences irréversibles. Cependant, comme le souligne G. Martin, « le dommage écologique, difficile à lire dans la réalité, peut se construire dans la société »⁵³⁹. Des mécanismes comme les seuils ou les listes peuvent permettre de contourner l'incertitude et permettre la prise de décision. Ainsi, « les hypothèses dans lesquelles le droit ne se contente pas d'être un reflet, mais dans lesquelles il crée des certitudes à travers des définitions, des barèmes, des procédures, sont légions ». Ainsi, le dommage écologique n'est donc pas forcément « ce qui est représenté comme tel par le savant dans son laboratoire, mais ce qui est défini comme tel par la convention sociale »⁵⁴⁰. Cependant, le droit ne peut construire à partir de rien et G. Martin précise à ce sujet que « la définition du dommage écologique est sans doute (...) l'une des plus redoutables, surtout si l'on veut intégrer des éléments aussi peu familiers à nos schémas de pensée juridique que le caractère irréversible du dommage »⁵⁴¹.

305. Les secondes critiques sont d'ordre philosophique et politique. Accepter de gérer juridiquement le dommage écologique revient à accepter de gérer l'échec du droit de l'environnement, et cette gestion même contribue à le rendre acceptable ou à convaincre de son caractère inéluctable. De plus, évoquer les dégradations causées au milieu dans les termes du droit de la réparation, c'est nécessairement dénaturer la nature et la faire rentrer dans la sphère de la marchandise⁵⁴². Malgré cette « bouderie », pour reprendre les termes de

⁵³⁸ LITTMANN-MARTIN M.J., LAMBRECHTS C., *op.cit.*, p. 47.

⁵³⁹ MARTIN G., *Rapport introductif, Le dommage écologique*, SFDE, 2000, p. 9.

⁵⁴⁰ *Ibidem.*

⁵⁴¹ *Ibidem.*

⁵⁴² MARTIN G., *op.cit.*, p. 10.

G. Martin⁵⁴³, le concept a retrouvé sa place en droit de l'environnement. Les causes de cette renaissance du concept sont multiples. Tout d'abord, les acteurs professionnels se sont introduits dans les débats environnementaux, acteurs de premier ordre en matière de dommage écologique, Tchernobyl, AZF, Erika⁵⁴⁴, Fukushima, sont autant de catastrophes causées par des acteurs professionnels ayant entraîné des dommages écologiques aux conséquences irréversibles. Parallèlement à cette incursion des acteurs professionnels dans les débats relatifs aux dommages écologiques, la réémergence des droits subjectifs⁵⁴⁵ (droit à un environnement sain, « droit » des générations futures...) a permis une meilleure prise en compte de ces dommages.

306. Le lien entre irréversibilité et dommage écologique pur se concrétise dans les caractéristiques de ce dernier. Le dommage écologique pur se caractérise par ses effets le plus souvent catastrophiques, qui le différencient des autres dommages. Son caractère diffus dans l'espace et le temps empêche un traitement ciblé. La pollution de l'air, la radioactivité, la pollution des eaux, par exemple, sont difficiles à appréhender parce que peu aisées à suivre et à déterminer avec précision. En effet, en prenant l'exemple d'un accident radioactif comme Fukushima, il est possible de comprendre la difficulté tant spatiale que temporelle de sa saisie juridique. La difficulté spatiale réside dans la diffusion transfrontière de la radioactivité qui nécessite l'intervention de plusieurs droits nationaux et du droit international. A ce titre, la Convention de Genève du 13 novembre 1979 sur les pollutions transfrontières à longue distance, définit ces pollutions comme celles qui manifestent leurs effets « à une distance telle qu'il n'est généralement pas possible de distinguer les apports

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁴⁴ A ce sujet, cf. notamment BEURIER J-P., NDENDE M., *Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL)*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 4860, 1^{er} janvier 2007, n°92. Les auteurs retiennent que « les conséquences environnementales et écologiques des marées noires sont exceptionnelles. Les expertises concernant par exemple le naufrage de l'Erika traduisent éloquemment la gravité de ce type de sinistre. Près de 400 km de littoral ont été souillés ; 63 600 oiseaux mazoutés et des dizaines de phoques ont été récupérés ; une contamination et une destruction massive de la faune et de la flore ont été constatées (poissons, crustacés, coquillages, micro-organismes, flore sous-marine et terrestre) ; outre les mesures classiques de lutte, l'ampleur de ce type de sinistre exige d'innombrables interventions coûteuses sur le plan environnemental : remise en état et restitution écologique des sites contaminés, rechargement en sable des plages endommagées, enlèvement et traitement des déchets pour éviter de nouvelles pollutions de l'environnement, surveillance des sites de stockage pour éviter tout risque de contamination chronique, études diverses sur la faune et la flore (par exemple sur les effets toxicologiques à long terme de la pollution, sur la dynamique des populations faunistiques, ou sur les conséquences sédimentaires et de manière large sur toutes les perturbations subies par les écosystèmes littoraux) ».

⁵⁴⁵ MARTIN G., *op.cit.*, p. 12.

des sources individuelles ou groupes de sources d'émission »⁵⁴⁶ et que dès lors, aucune règle de responsabilité ne saurait être appliquée. La difficulté temporelle s'exprime par l'absence de certitude quant aux effets à long terme d'un tel accident, et notamment des conséquences irréversibles qu'il est susceptible de créer sur l'environnement⁵⁴⁷. Au caractère diffus du dommage écologique s'adjoint son caractère collectif. Il se caractérise de deux façons. Tout d'abord par ses causes : la pluralité d'acteurs, le développement industriel, la concentration urbaine, constituent autant de causes au dommage écologique. Ainsi différentes pollutions peuvent se combiner et exercer des effets que séparément aucune d'entre elles n'aurait produites. Le caractère collectif existe également dans ses effets qui se matérialisent par les coûts sociaux des conséquences et des réparations, ainsi que la multiplicité des personnes concernées par la perte de ressource (c'est-à-dire les générations présentes comme futures).

307. Il faut toutefois noter que le dommage écologique n'a pas forcément de conséquences irréversibles. Partant de cette observation, il est en réalité possible de retenir l'existence à part entière de « dommage écologique irréversible ». A ce titre, M-J Littmann-Martin écrit que « la notion d'irréversibilité est inséparable de celle de dommage » et que le dommage écologique irréversible peut se définir comme « le dommage dont la réparation est impossible dans l'immédiat, soit pour des raisons scientifiques, soit pour des raisons techniques et/ou économiques, le coût de la réparation apparaissant comme tellement prohibitif qu'elle en devient irréalisable ». Ainsi, il s'agirait d'un dommage « d'une particulière gravité qui devrait se situer au sommet de la hiérarchie des délits d'atteinte à

⁵⁴⁶ Convention sur les pollutions transfrontières à longue distance, Genève, 13 novembre 1979, article 1b.

⁵⁴⁷ A ce titre, A. Kiss retient que « les effets de la pollution peuvent ne se manifester qu'à plus ou moins longue échéance. Il en est ainsi, en particulier, des effets de radiations nucléaires, comme après la catastrophe nucléaire de Tchernobyl en 1986. Il est bien évident que, avec le temps qui passe, l'imputation du dommage – par exemple l'apparition d'un nombre anormalement élevé de cancers – devient de plus en plus difficile, d'autres causes pouvant également intervenir. Dans d'autres situations, le dommage est causé par une pollution à petites doses, mais continue et durable : il en est ainsi de la détérioration de monuments, de bâtiments ou, dans certains cas, de la végétation (...). Enfin, des circonstances physiques – notamment météorologiques, comme le brouillard, le vent, de fortes averses, voire le soleil – peuvent renforcer l'effet de pollutions et rendre ainsi l'établissement de la responsabilité particulièrement difficile », KISS A., *Contentieux de l'environnement en droit international public*, J.-CI Environnement et développement durable, Fasc. 4910, n°14. Pour prendre l'exemple de l'Erika et du caractère diffus temporellement des dommages, « dans le rapport commandé en 2001 par l'Association interrégionale Ouest littoral solidaire qui regroupe en France toutes les communes littorales exposées aux « marées noires », l'ampleur des préjudices environnementaux du sinistre de l'Erika variait entre 230 MF à 350 MF, avec cette réserve supplémentaire selon laquelle un bilan exhaustif des dommages écologiques ne peut pas être obtenu avant une période d'observation de quelques années », BEURIER J.-P., NDENDE M., *Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL)*, Préc.

l'environnement ». M-J Littmann-Martin va plus loin en considérant que « le responsable d'un tel dommage devrait encourir une sanction à la mesure de la dégradation qui lui est imputée »⁵⁴⁸. Ainsi, parallèlement à la reconnaissance des conséquences potentiellement irréversibles du dommage écologique, il pourrait être reconnu une catégorie spécifique de dommage écologique, les dommages écologiques irréversibles entraînant des règles de réparation spécifiques et adaptées.

308. Les enjeux actuels de la prise en compte du dommage écologique pur résident dans la mise en place d'un système de responsabilité. Le droit a récemment progressé et a induit de fait une meilleure prise en compte de ces derniers⁵⁴⁹.

309. En relais des fondements juridiques « conceptuels » de la saisie de l'irréversibilité environnementale, des fondements juridiques « d'application » condamnent l'existence des irréversibilités de fait environnementales et permettent de les prendre en compte.

Section II. Les fondements juridiques d'« application »

310. Le droit de l'environnement s'est enrichi depuis une trentaine d'année de principes et de concepts juridiques bénéficiant d'une force juridique différenciée. Les deux principes juridiques fondamentaux en matière d'irréversibilité environnementale restent le principe de précaution et le principe de prévention, même si au fond toute norme juridique environnementale condamne de manière indirecte le phénomène d'irréversibilité⁵⁵⁰. Aujourd'hui, ces deux principes sont certainement les deux normes juridiques environnementales les plus abouties. Qu'il s'agisse des principes même ou de leurs déclinaisons, l'irréversibilité environnementale reste une thématique constitutive de ces deux principes.

311. Le principe de précaution consacre au sein même de son énoncé la prise en compte de l'irréversibilité environnementale (§1). Le principe de prévention a pour vocation la mise en

⁵⁴⁸ LITTMANN-MARTIN M-J., *Droit pénal et prise en compte de la notion d'irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 144.

⁵⁴⁹ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

⁵⁵⁰ Il est possible de nuancer cette affirmation. En effet, le principe pollueur-payeur ou le principe d'information ne condamnent pas réellement l'irréversibilité environnementale. Le Principe pollueur-payeur accepte finalement la pollution et donc la potentielle l'irréversibilité. Le principe d'information quant à lui n'est que constatif.

place d'actions ayant pour objectif la limitation et/ou la suppression d'éventuelles atteintes à l'environnement, et *a fortiori* d'atteintes irréversibles (§2).

§1. Le principe de précaution comme fondement juridique de l'irréversibilité

« Encore un terme magique, aussi trompeur que celui de « gouvernance mondiale », dans la mesure où il donne l'illusion d'une conception commune, qui ne semble acquise ni scientifiquement ni juridiquement ».

M. DELMAS-MARTY⁵⁵¹

312. La citation de M. Delmas-Marty peut sembler largement pessimiste mais elle résume les faiblesses dont souffre le principe de précaution. Pareillement, L. Lucchini se pose la question de la pérennité de ce principe de précaution ainsi que de son ancrage dans le droit et de sa faculté à une élaboration juridique plus « poussée qui en permette une claire application »⁵⁵². Ce principe a cependant remis la question de l'irréversibilité environnementale au premier plan des objectifs du droit de l'environnement. Il illustre la réflexion critique des sociétés technologiques par rapport à leur mode de développement. Ces sociétés ont notamment comme caractéristique la capacité de « créer des risques sériels irréversibles dont les effets se font sentir longtemps après la cause »⁵⁵³. Le principe de précaution a vocation à s'appliquer à ce qu'il est possible d'appeler les « risques collectifs potentiels »⁵⁵⁴. Les « risques collectifs » constituent les menaces d'atteintes affectant les biens collectifs, personnes ou environnement, les « risques potentiels » concernent quant à eux ceux dont l'existence même n'est pas scientifiquement établie. Le phénomène d'irréversibilité environnementale se caractérise par ces deux qualificatifs.

⁵⁵¹ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit, Préc.*, p. 358.

⁵⁵² LUCCHINI L., *Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières*, Annuaire français de droit international, XLV, Editions CNRS, Paris, 1999, p. 710.

⁵⁵³ HERMITTE M-A., DAVID V., *Evaluation des risques et Principe de Précaution*, PA, 30 novembre 2000, n° 239, p. 13.

⁵⁵⁴ GODARD O., *Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question*, in *Revue économique*, vol. 54, n°6, novembre 2003, p. 1245-1276, p. 1246.

313. Le terme « irréversibilité » est présent au sein même de la définition du principe de précaution, à travers la référence qui est faite aux « dommages graves et irréversibles » (A). Il s'agit d'ailleurs de la seule mention directe du terme irréversibilité dans une norme juridique. Cette « réactualisation » de l'irréversibilité par le biais de l'émergence du principe de précaution est une avancée dans la reconnaissance juridique de l'irréversibilité environnementale mais une avancée limitée puisqu'elle induit une complexité juridique dans l'appréhension qui peut en être faite. Le principe de précaution reste une prescription juridique fondée sur une hypothèse (B).

A) La réactualisation de l'irréversibilité : l'émergence du principe de précaution

314. Lutter contre l'irréversibilité environnementale, c'est agir en amont de la survenance d'un dommage lorsqu'il existe un risque certain⁵⁵⁵, mais également incertain. Lorsque le risque est incertain, comme c'est souvent le cas en matière d'irréversibilité, la démarche doit être celle du principe de précaution, la spécificité en matière d'irréversibilité étant la gravité des risques encourus. A. Kiss retient d'ailleurs ce critère de gravité. Il souligne que « the difference between the principle of prevention and the precautionary principle is the evaluation of the risk threatening the environment. Precaution comes into play when the risk is highly »⁵⁵⁶. L'irréversibilité constitue donc l'enjeu le plus important de la précaution car il s'agit du plus haut degré de conséquences dommageables existant. L'irréversibilité est empreinte de précaution puisque comme le rappelle M. Rémond-Gouilloud « l'irréversibilité s'inscrit dans l'incertitude »⁵⁵⁷. L'incertitude, comme postulat à l'application du principe de précaution, qui « ne se base sur aucune base objective »⁵⁵⁸, entraîne un contexte de prise de décision complexe. Le risque d'irréversibilité peut être envisagé comme le cas où l'application du principe de précaution est la plus légitime.

315. Le principe de précaution « témoigne d'une certaine prise de conscience quant au caractère irréversible des dommages que les activités humaines peuvent causer à

⁵⁵⁵ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II, Chapitre I.

⁵⁵⁶ KISS A., *The rights and interests of future generation and the precautionary principle*, cite par LUCCHINI L., *Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières*, *Préc.*

⁵⁵⁷ REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimiste dans l'environnement*, RJE numéro spécial 1998, p. 7-14.

⁵⁵⁸ GOUGUET J.J., *Le principe de précaution face à l'économique*, in *Incertitude juridique*, in *incertitude scientifique*, *Préc.*

l'environnement »⁵⁵⁹. La notion est ancienne et remonte à l'Antiquité. Pour Aristote, la prudence est un point de jonction entre éthique et politique⁵⁶⁰, affirmation qui se vérifie aujourd'hui. Il s'agit comme l'énonce H. Jonas d'une « éthique de l'anticipation »⁵⁶¹. La première formulation du principe de précaution en droit international date de la conférence sur la protection de la Mer du Nord de 1984⁵⁶². Les États riverains se déclarent « conscients que les dommages à l'environnement marin peuvent être irréversibles ou réparables uniquement à des coûts considérables et sur de longues périodes et que, par conséquent, les Etats côtiers et la CEE ne doivent pas attendre de preuves d'effets nocifs avant d'agir »⁵⁶³. Le principe de précaution est présent dans des textes internationaux⁵⁶⁴ à caractère non obligatoire, comme dans la Déclaration de Rio de 1992 qui énonce qu'« en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Le principe est également repris dans les Conventions internationales comme dans la Convention sur la diversité biologique de 1992 signée à Rio qui énonce que « lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitude scientifique totale ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets ». L'absence de définition universelle en droit du principe de précaution, pose problème pour la prise en compte de l'irréversibilité. La multiplicité des formulations retenues nuit à sa reconnaissance⁵⁶⁵. Il en découle une difficulté d'interprétation. En effet, la nature même du risque diffère selon les Conventions. Il est possible de trouver les formules suivantes : « effets dommageables éventuels des substances les plus dangereuses »⁵⁶⁶, ou

⁵⁵⁹ BECHMANN P., MANSUY V., *Principe de Précaution*, J.-Cl Environnement, Fasc. 125, 2002.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ JONAS H., *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique. Pour une éthique du futur*, Editions Champs Flammarion, 3^e édition, 1995, Rivages poche 1998.

⁵⁶² Première conférence internationale pour la protection de la Mer du Nord en 1984 à Brême, Cf. Notamment dans la conclusion de la conférence : A1: « Aware that the North Sea, and in particular its natural resources contribute an important, irreplaceable environment », A7 « Conscious that damage to the marine environment can be irreversible or remediable only at considerable expense and over long periods and that, therefore, coastal states and the EEC must not wait for proof of harmful effects before taking action » ; http://www.ospar.org/html_documents/ospar/html/1nsc-1984-bremen_declaration.pdf.

⁵⁶³ Déclaration finale de la première conférence sur la mer du Nord, Brême, 1^{er} novembre 1984.

⁵⁶⁴ Cf. Notamment CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international, Etude d'un mode conventionnelle de gestion de l'incertitude scientifique*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Editions LGDJ, Anthémis, Paris, 2006.

⁵⁶⁵ MARTIN G., *Apparition et définition du principe de précaution*, LPA, 30 novembre 2000, n°239, p. 7.

⁵⁶⁶ Déclaration ministérielle de la seconde conférence internationale de la mer du Nord, Londres, 25 novembre 1987.

« risques de dommages graves ou irréversibles »⁵⁶⁷, « risques de perturbation graves ou irréversibles »⁵⁶⁸, ou encore « des motifs raisonnables de s'inquiéter »⁵⁶⁹. Cette insécurité juridique concernant le principe de précaution confère à l'irréversibilité un fondement fragilisé. La jurisprudence relative à l'application du principe de précaution reste frileuse. A titre d'exemple, dans l'affaire de la CIJ, « Gabcikovo-Nagymaros »,⁵⁷⁰ la Cour a refusé l'application du principe de précaution en considérant que le péril grave et imminent demeurait incertain. Elle donne une interprétation stricte du concept de péril qui doit être certain et inévitable, ce qui ne correspond pas à la définition du principe de précaution.

316. En droit français le principe de précaution fait son apparition avec la loi n°95-101 du 2 février 1995⁵⁷¹ relative au renforcement de la protection de l'environnement, comme principe devant inspirer la législation relative à la préservation de l'environnement. L'article L. 110-1-II du Code de l'environnement définit le principe de précaution comme celui selon « lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Cette définition crée les limites de la mise en œuvre du principe : l'incertitude, la gravité et l'irréversibilité, autant de critères difficiles à identifier. De plus, cette obligation de cumul exclut un certain nombre de dommages ne rassemblant que l'un ou l'autre des critères, ce qui peut s'avérer très réducteur. Dans le cadre particulier de la santé publique, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de précaution ne constituait pas un « objectif de valeur constitutionnelle »⁵⁷². Cependant, cette qualification a évolué suite à la consécration par la Charte Constitutionnelle de l'environnement (article 5) du principe de précaution comme mécanisme de prévention des dommages graves et irréversibles pouvant affecter

⁵⁶⁷ Déclaration de Rio, juin 1992.

⁵⁶⁸ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992.

⁵⁶⁹ Convention OSPAR pour la protection du milieu marin et de l'Atlantique Nord-Est, Paris, 22 septembre 1992.

⁵⁷⁰ CIJ. 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros* – Hongrie-Slovaquie, SOHNLE J., RGDIP 1998, 1, p. 85-119.

⁵⁷¹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, JO du 21 février 1995, p. 2755.

⁵⁷² CC. 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, décision n° 2001-446 DC, Rec. p. 76, JO du 7 juillet 2001, p. 10828 : « 6. Considérant que, contrairement à ce qu'affirment les requérants, le principe de précaution ne constitue pas un objectif de valeur constitutionnelle ».

l'environnement⁵⁷³. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 juin 2008⁵⁷⁴ relative à la loi sur les organismes génétiquement modifiés⁵⁷⁵ reconnaît à propos du principe de précaution que « ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ». N. Hutten parle à ce titre de « régime de faveur » du principe de précaution par rapport aux autres principes présents dans la charte⁵⁷⁶.

317. L'application du principe de précaution en France a pris une ampleur différente depuis quelques années et notamment par le biais de la problématique des « antennes relais »⁵⁷⁷. Il ne s'agit pas toujours d'une application et d'une reconnaissance du principe de précaution en tant que tel mais parfois d'une déclinaison de la théorie des troubles anormaux de voisinage. Il n'en demeure pas moins que l'idée de précaution est présente dans l'argumentaire des juges. La jurisprudence initiée par le Tribunal de Grande Instance de Grasse dans une décision du 17 juin 2003⁵⁷⁸ et confirmée par la Cour d'appel d'Aix en Provence le 8 juin 2004⁵⁷⁹, et relative au démantèlement d'une antenne relais fixée sur le

⁵⁷³ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005, JO du 2 mars 2005, p. 3697 : « article 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

⁵⁷⁴ CC.19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, décision n° 2008-564 DC, JO du 2 juin 2008, p. 10228.

⁵⁷⁵ Loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 *relative aux organismes génétiquement modifiés*, JO n°148 du 26 juin 2008.

⁵⁷⁶ HUTEN N., *Quelques avancées du Conseil d'Etat sur les principes de précaution et de prévention*, Dalloz, Constitutions 2013, p. 651.

⁵⁷⁷ Cf. à ce sujet le rapport ZMIROU, *Les téléphonies mobiles, leurs stations de base et la santé*, du 16 janvier 2001.

⁵⁷⁸ TGI de Grasse. 1^{ère} Ch. A, 17 juin 2003, *Commune de Roquette sur Siagne c/ SFR*, Juris-Data n°02003-221749 : « Le recours au principe de précaution présuppose : l'identification d'effets potentiellement négatifs découlant d'un phénomène, d'un produit ou d'un procédé ; une évaluation scientifique du risque qui, en raison de l'insuffisance des données, de leur caractère non concluant ou encore de leur imprécision, ne permet pas avec une certitude suffisante d'estimer le risque en question ». « Que les conclusions du rapport Zmirou, les symptômes relevés par l'étude réalisée par le Docteur Santini en 2001 sur les personnes établies à proximité d'une antenne relais, ainsi que les manifestations physiologiques, combinées aux incertitudes sur les effets réels des champs électromagnétiques à long terme sur l'être humain et les nombreuses études sur les effets biologiques avérés sur l'homme, constituent en l'espèce des troubles excédant les troubles normaux de voisinage s'agissant d'enfants d'une école maternelle, en bas âge, bien plus exposés et fragiles que des personnes adultes ».

⁵⁷⁹ CA. d'Aix en Provence. 4^e Ch. B, 8 juin 2004 : « La Cour rappelle que le décret n°2202-775 du 3 mai 2002, transposant en droit interne une recommandation du Conseil européen du 12 juillet 1999, a établi des restrictions concernant l'exposition à des champs électromagnétiques valables dans le temps, en se fondant, suivant ses termes « directement sur des effets avérés sur la santé et des considérations biologiques ». Elle rappelle également que le rapport Zmirou préconise, par une approche s'inspirant du principe de précaution, que les bâtiments sensibles (hôpitaux, crèches, écoles, maisons de retraite) situés à

toit d'une école maternelle, a été poursuivie. Tout d'abord, par le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre en 2008⁵⁸⁰ ordonnant le démontage d'une antenne relais entraînant un trouble anormal de voisinage, confirmé par la Cour d'appel de Versailles, le 4 février 2009⁵⁸¹. Dans une affaire similaire, le Tribunal de Grande Instance de Carpentras⁵⁸² le 16 février 2009 a suivi le raisonnement posé par le Tribunal de Nanterre. L'argumentaire des décisions de ces juridictions se fonde sur la présence d'un trouble du voisinage « anormal » occasionné par la proximité immédiate d'une antenne relais par rapport au domicile des requérants. L'anormalité du trouble est constituée par la menace qu'il fait peser sur la santé humaine. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur un risque de dommage créant ainsi un trouble de voisinage⁵⁸³. Cependant, il s'agissait de risque déterminé.

318. Bien que se fondant sur la théorie des troubles anormaux de voisinage, les juges utilisent des formules qui se rattachent au principe de précaution. En effet, dans le jugement du 16 février 2009, le Tribunal de Grande Instance de Carpentras considère que compte tenu des connaissances scientifiques du moment, il règne une grande incertitude scientifique sur la question des antennes relais⁵⁸⁴. Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre quant à lui rappelle que divers résultats scientifiques apparus depuis 1999 prouvent le caractère dangereux de ces installations et que « les autorités françaises préconisent désormais l'application du principe de précaution ». Ainsi, le fondement juridique du démantèlement semble rester le trouble anormal de voisinage mais le principe de précaution reste en filigrane la justification première de ces décisions, même s'il convient de préciser que le

moins de 100 mètres d'une station de base ne soient pas atteints directement par le faisceau de l'antenne. Elle constate qu'en l'espèce, cet objectif n'est pas atteint. Elle estime légitime l'attitude des parents d'élèves de l'école Saint-Jean qui ont demandé l'inscription de leurs enfants à l'école communale en attendant le déplacement de l'antenne litigieuse « en l'état des incertitudes de la science et des recommandations faites notamment pour la protection des jeunes enfants dont il est généralement admis qu'ils seraient plus sensibles à l'effet des ondes électromagnétiques ».

⁵⁸⁰ TGI. Nanterre. 8^e ch., 18 septembre 2008, n°07/02173.

⁵⁸¹ CA. Versailles. 14^e ch., 4 février 2009, RG n° 08/08775.

⁵⁸² TGI. Carpentras. 16 février 2009, n° 08/00707.

⁵⁸³ Cf. notamment Cass. Civ. 2^e, 25 mars 1991, pourvoi n° 89-21186. En l'espèce, il s'agissait de chute de pierres.

⁵⁸⁴ TGI. Carpentras. 16 février 2009, n° 08/00707 : « Il importe pour le tribunal, dans le cas d'espèce, au vu des éléments probants évoqués par les demandeurs, de faire prévaloir le choix de la protection de l'intégrité physique des époux Boutin et la prévention du risque sanitaire les concernant, plutôt que de tabler sur une croyance aveugle en la suffisance de normes non intangibles qui excluraient par elles-mêmes toute possibilité de risque, ce qui n'est manifestement pas avéré à ce stade de la recherche scientifique dans ce domaine. (...) Il existe pour eux (les époux) une crainte légitime d'une atteinte directe à leur santé, constitutive d'un trouble dont le caractère anormal tient au fait qu'il porterait atteinte, une fois réalisé, à leur intégrité physique sans qu'il soit à ce jour possible d'en mesurer toute l'ampleur ».

choix de l'un comme fondement n'empêchant en rien l'invocation de l'autre. F. Dekeuwer-Défossez propose une réponse à la non-application du principe de précaution à des cas d'espèces qui pourtant s'y prêtaient⁵⁸⁵. Un jugement du Tribunal de Grande Instance d'Angers du 5 mars 2009⁵⁸⁶ a fait application du principe de précaution pour un cas d'antenne relais. Cependant, il s'agissait ici d'empêcher la mise en place de cette antenne et non plus d'un démantèlement d'une antenne existante. Le choix de l'application du principe de précaution ou des troubles anormaux de voisinage pourrait être en réalité une question de situation temporelle par rapport à l'implantation. Dans le cadre d'une situation *a priori*, le juge procéderait à une application du principe de précaution. Dans le cas d'une situation *a posteriori*, le juge appliquerait la théorie des troubles anormaux de voisinage permettant ainsi un mécanisme d'indemnisation des victimes. Il est également possible que le juge décide d'un démantèlement sans indemnisation.

319. Des précisions quant à l'application du principe ont été encore apportées par le Conseil d'Etat plus récemment. Un arrêt en date du 30 janvier 2012, *Société Orange France*⁵⁸⁷, précise que les dispositions de l'article 5 de la Charte de l'environnement « ne permettent pas (...) de refuser légalement la délivrance d'une autorisation d'urbanisme en l'absence d'éléments circonstanciés faisant apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, mêmes incertains, de nature à justifier le refus ». Le tribunal administratif avait validé la décision de refus d'implantation d'antennes relais par le maire de la commune concernée. Le Conseil d'Etat a annulé ce jugement, les juges du fond n'ayant pas vérifié s'il y avait des « éléments circonstanciés » permettant de justifier l'existence d'un risque pour le public. Cette décision, bien que ne retenant pas l'application en l'espèce du principe de précaution, nous montre cependant que le juge administratif procède désormais à un

⁵⁸⁵ DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droit et risque*, LPA, Quotidien juridique, 398^e année, N° 178, 7 septembre 2009, p. 15.

⁵⁸⁶ TGI. Angers, 5 mars 2009, *Collectif de riverains de Notre Dame d'Alençon c/ Orange France SA*, n°08/00765 : Le juge après avoir rappelé les termes de la charte de l'environnement ainsi que du Code de l'environnement concernant le Principe de précaution énonce que « le Principe de précaution nous commande d'ordonner l'interdiction de mise en œuvre du projet d'implantation des antennes relais sur le clocher de l'église de Notre Dame d'Alençon, interdiction constituant une mesure effective et proportionnée visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable. (...) Il entre dans notre compétence de prendre toute mesure pour prévenir un dommage imminent, définition qui intègre à l'évidence le risque sanitaire pour les populations riveraines de l'installation projetée ».

⁵⁸⁷ CE. 30 janvier 2012, *Société Orange France*, req. n°344992.

contrôle normal⁵⁸⁸ dans son examen de la conformité d'un acte administratif au regard du principe de précaution⁵⁸⁹. N. Hutten souligne le fait que « cet approfondissement du contrôle du juge va donc dans le sens d'une meilleure application du principe de précaution (...). Le juge laisse la porte ouverte à la découverte de risques graves et irréversibles pour l'environnement et la santé »⁵⁹⁰. Cette décision apporte également une méthodologie à respecter par les juges pour l'application du principe de précaution. Il est nécessaire de vérifier que le risque soit circonscrit par des « connaissances scientifiques précisément documentées ». Dans le cas d'espèce, c'est le refus d'application du principe de précaution dans sa forme excessive qui se manifeste. Le principe de précaution est considéré comme un principe d'action par le Conseil d'Etat et non comme un principe d'abstention. Ce n'est pas l'absence de preuve de l'innocuité des antennes qui doit enclencher l'application du principe de précaution mais la preuve de l'existence d'un risque, même incertain. Qui plus est, il est nécessaire de préciser que les pouvoirs du maire ne permettent pas normalement d'intervenir en matière de téléphonie puisqu'il s'agit d'un pouvoir de police spéciale confié au ministre des communications. Dans un arrêt du 12 avril 2013⁵⁹¹, le Conseil d'Etat explicite davantage sa méthodologie d'application du principe de précaution. Les juges rappellent la nécessité d'existence d'« éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage » grave et irréversible pour l'environnement ou de nature à nuire gravement à la santé, même si des incertitudes persistent quant à la « réalité » et la « portée » de ce même dommage « en l'état des connaissances scientifiques ». Si cette condition est remplie, le juge doit s'assurer ensuite que des « procédures d'évaluation » ont été mises en œuvre afin d'identifier le risque. Puis, concernant les mesures de précaution dont est assortie l'opération, le juge doit vérifier qu'elles ne sont ni « insuffisantes » ni « excessives » par rapport à la « plausibilité » et à la « gravité » du risque, et que dès lors il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix de ces mesures. En l'espèce, le juge a retenu la réalité du risque mais a conclu que l'obligation d'évaluation des risques n'avait pas été méconnue et que les mesures prises ne pouvaient pas être regardées comme

⁵⁸⁸ Auparavant le juge ne procédait qu'à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. CE. 19 juillet 2010, *Association Quartier « les Hauts de Choiseul »*, req. n°328687.

⁵⁸⁹ Cf. HUTEN N., *Quelques avancées du Conseil d'Etat sur les principes de précaution et de prévention*, *Préc.*, p. 651.

⁵⁹⁰ HUTEN N., *Ibidem*.

⁵⁹¹ CE. 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, req. n° 342409, Cf. à ce sujet DOMINO X., *Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux*, AJDA 2013, n°18, p.1046.

manifestement insuffisantes au regard de « l'objectif consistant à parer à la réalisation du dommage ».

320. La reconnaissance de la force juridique du principe de précaution malgré des débuts chaotiques et un avenir qui reste encore incertain, est ce qui confère une consistance juridique à la prise en compte de l'irréversibilité. La présence du terme « irréversible » dans la définition du principe de précaution est finalement le seul énoncé juridique de l'irréversibilité environnementale. En réalité, il est possible de considérer qu'avant l'insertion du terme irréversibilité dans la définition du principe de précaution, l'utilisation du terme était réservée aux sciences dures comme la thermodynamique, ou à certaines sciences humaines comme la philosophie ou l'économie. L'emploi du mot irréversibilité a pu être employé en droit⁵⁹² mais pas en tant qu'objet du droit. L'aspect environnemental de l'irréversibilité s'établit avec la naissance du principe de précaution, même si la problématique de l'irréversibilité a pu être soulevée antérieurement⁵⁹³. Le principe de précaution a finalement fait entrer le mot irréversibilité dans le vocabulaire du droit de l'environnement.

321. La médiatisation du principe de précaution a permis de redonner à la question de l'irréversibilité une importance qui lui est due sans pour autant apporter toutes les réponses. En effet, ce qui ralentit une reconnaissance et une application systématique du principe de précaution reste le fait que la prescription du principe repose sur une hypothèse.

B) La prescription de précaution fondée sur une hypothèse d'irréversibilité

322. L'hypothèse d'irréversibilité est soulevée dans la définition même du principe de précaution. Cette insertion de l'irréversibilité dans l'énoncé du principe de précaution a notamment pour conséquence le fait que l'irréversibilité ne soit plus uniquement un risque marginal mais bien un risque de dommage à l'environnement à prendre en considération. Retenir que le principe de précaution a réactualisé ou a consacré l'irréversibilité en l'énonçant n'est pas suffisant en soi.

⁵⁹² Cf. *Infra*, Partie II.

⁵⁹³ Ne serait-ce que dans la Déclaration de Stockholm de 1972 dans laquelle les Etats retiennent l'expression dans le préambule de « la destruction et l'épuisement de ressources irremplaçables », Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 16 juin 1972, Préambule.

323. Il convient de voir de quelle manière le principe de précaution se fonde sur l'hypothèse d'un risque grave et/ou irréversible (1), et d'analyser la variation des modalités de la prise de décision de précaution en fonction de la détermination de ce risque (2).

1) L'hypothèse d'atteinte environnementale irréversible

324. L'idée de prescription doit être prise dans ce cadre comme un ensemble de règles et de conseils formalisés par écrit. Il s'agit ici d'un commandement juridique précis et formel. La prescription juridique qui émane du principe de précaution est celle d'une obligation d'agir ou de s'abstenir en cas de risque grave et/ou irréversible d'une atteinte à l'environnement. La prescription est finalement celle d'une précaution se traduisant soit par l'action soit par l'inaction. A ce titre, dans son article relatif aux nouveaux principes du droit international de l'environnement, M. Kamto rappelle que le principe de précaution est descriptif de normes comportementales exprimant soit une obligation d'entreprendre des garanties suffisantes, soit une obligation de s'abstenir⁵⁹⁴. Le terme précaution vient du latin *praecautio* qui signifie « prendre garde ». La précaution peut être définie comme « une disposition prise pour éviter un mal ou en atténuer l'effet »⁵⁹⁵. Elle a pour manifestation l'action ou l'inaction de l'homme et pour objet une éventuelle atteinte environnementale.

325. Concernant le risque d'irréversibilité, l'objet de la précaution est une atteinte potentielle à l'environnement mais une atteinte qui ne pourrait être réparée, qui entraînerait la disparition de biens environnementaux et non plus une simple détérioration. Cette potentialité peut être appelée hypothèse⁵⁹⁶. Ainsi, en matière d'irréversibilité, l'hypothèse est l'atteinte potentiellement environnementale qui ne pourra pas être réparée. L'irréversibilité étant un risque, l'hypothèse d'irréversibilité est le cas où elle se produit. De ce fait, il reste complexe pour le droit d'appréhender les hypothèses. A ce sujet, A. Rouyère retient que « le droit est une entreprise de formalisation du réel en catégories auxquelles on fait produire des conséquences connues et prévisibles à partir d'un raisonnement construit,

⁵⁹⁴ KAMTO M., *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, RJE 1-1993, p. 11.

⁵⁹⁵ Le nouveau petit Robert de la langue française, 2013.

⁵⁹⁶ Il convient d'entendre par hypothèse, une « opinion fondée sur des probabilités ou des apparences » « concernant l'explication ou la possibilité d'un événement », Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

non pas sur des probabilités d'hypothèses mais, au minimum, sur des hypothèses tenues pour acquises »⁵⁹⁷.

326. Une réflexion sur l'irréversibilité à travers le principe de précaution, renvoie aux questions relatives au risque. La survenance d'une irréversibilité environnementale reste une potentialité de potentialité. Il est possible qu'il existe un risque d'atteinte à l'environnement et il est possible que ce risque soit irréversible. Ce cumul d'incertitudes augmente le contexte d'insécurité de prise de décision. Le risque d'irréversibilité doit tout d'abord être évalué afin d'être pris en compte. La communication de la Commission relative au principe de précaution⁵⁹⁸ prévoit quatre étapes pour évaluer un risque. Tout d'abord, l'identification du danger, c'est-à-dire déceler les agents divers susceptibles d'avoir des effets défavorables. Vient ensuite la caractérisation du danger qui consiste dans la détermination en terme quantitatif ou qualitatif de la nature et de la gravité des effets défavorables. Il convient après de procéder à l'évaluation de l'exposition au risque, évaluation quantitative ou qualitative de la probabilité d'exposition à l'agent étudié. Enfin, vient la caractérisation du risque, c'est-à-dire une estimation quantitative et/ou qualitative tenant compte des incertitudes inhérentes à l'exercice, probabilité, fréquence et gravité des effets défavorables, potentiels ou connus susceptibles de se produire pour l'environnement et la santé. Comme le rappelle M-A Hermitte et V. David le mot même d'évaluation induit l'idée de risque d'erreur, de jugement, de subjectivité⁵⁹⁹. L'utilisation de ce terme en matière de précaution illustre déjà l'absence de certitude. Il s'agit de se rapprocher le plus possible de la connaissance, sans pour autant être dans la certitude.

327. L'évaluation passe par l'identification de « facteurs déclenchants ». Ces facteurs traduisent des effets sur l'environnement potentiellement négatifs qui engendrent un doute légitime quant à la survenance d'un dommage. La reconnaissance de ces risques émergents induit la nécessité d'une observation vigilante de l'environnement afin de pouvoir déterminer les signaux faibles. Les formulations utilisées afin de déterminer ce doute légitime qui permet de lancer l'évaluation scientifique sur la base des données disponibles

⁵⁹⁷ ROUYERE A., *Responsabilité et principe de précaution*, Acte de colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001, Paris.

http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publicue/colloque_responsabilite_publicue13.htm
1

⁵⁹⁸ Communication de la Commission des Communautés Européennes sur le recours au principe de précaution, COM(2000) 1 final, Bruxelles, 2 février 2000, non publiée au JO.

⁵⁹⁹ HERMITTE M-A., DAVID V., *Evaluation et Principe de Précaution, Préc.*

appartiennent au lexique des suppositions et traduisent la complexité du principe de précaution. Ce doute légitime doit être plausible. C'est-à-dire qu'il doit être fondé sur une hypothèse théorique scientifique crédible ou sur un retour d'expérience. Le retour d'expérience peut se définir comme « une étape clé de la maîtrise des risques d'accident majeur, qui consiste à analyser *a posteriori* des accidents ou des catastrophes, afin d'en tirer les recommandations qui dans le futur, permettront de les éviter ou de les réduire. Il repose donc sur l'idée que c'est en analysant les erreurs passées qu'on peut accroître le niveau de sécurité (...) »⁶⁰⁰. Le retour d'expérience comporte le plus généralement deux phases : une phase consacrée à établir un bilan, une seconde phase consacrée à concevoir et corriger l'activité à venir. La processualité de l'irréversibilité complexifie cette suite d'étapes menant à l'application du principe de précaution. En effet, un retour sur expérience relatif à un phénomène d'irréversibilité sous-entend un recul par rapport à un processus terminé, donc à une disparition, une perte environnementale. Ces processus d'irréversibilité peuvent être longs et ne sont pas toujours identifiés. La possibilité qui s'offre en matière de retour sur expérience par exemple pour une disparition d'espèce pourrait consister à comparer deux espèces « similaires » ou voisines, l'une disparue, l'autre en voie de dégradation, sans pour autant obtenir des résultats fiables *a maxima*. Certains processus potentiellement irréversibles comme la problématique des gaz à effet de serre ne peuvent pas bénéficier de ces retours d'expérience. L'ampleur et le caractère unique des dégradations engendrées par les gaz à effet de serre excluent toute expérience. Le recours au mécanisme du « retour d'expérience » est toutefois prévu dans de nombreux textes. A titre d'exemple, l'arrêté du 10 mai 2000 transposant la directive SEVESO II prévoit que « des procédures sont mises en œuvre pour détecter les accidents et les accidents évités de justesse, notamment lorsqu'il y a eu des défaillances de mesures de prévention, pour organiser les enquêtes et les analyses nécessaires, pour remédier aux défaillances détectées et pour assurer le suivi des actions correctives. Des bilans réguliers en sont établis »⁶⁰¹.

328. Quant à l'hypothèse théorique scientifique crédible, elle reste fragile étant donné l'incertitude scientifique présente dans la plupart des débats environnementaux. Le doute légitime fondant la prescription de précaution ultérieure doit donc être obtenu par faisceau

⁶⁰⁰ REGHEZZA M., *Retour d'expérience*, in *Dictionnaire de l'environnement*, Sous la direction de VEYRETY., Editions Armand Colin, Paris, 2007.

⁶⁰¹ Arrêté du 10 mai 2000 *relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation*, JO n° 141 du 20 juin 2000.

d'indices attachés à un phénomène environnemental sans pour autant bénéficier d'une procédure de détermination scientifiquement sûre. Le faisceau d'indices pourrait notamment se former via des mécanismes comme le seuil d'irréversibilité⁶⁰². G. Bonnel nuance cependant ce recours au seuil. Il retient que « la fixation des seuils, qui constituent des règles fixes, est étroitement liée à l'évolution des connaissances et donc sujette à une rapide obsolescence due à l'évolution des techniques de mesure ». Il préconise donc au contraire « l'utilisation par les principes généraux de standards techniques ou scientifiques comme les « meilleures techniques disponibles » ou le « dommage irréversible » », qui permettent de conférer « une plus grande souplesse à la détermination du contenu matériel de la norme en permettant l'évolution de l'état des connaissances »⁶⁰³. Cette souplesse est susceptible cependant de poser problème quant à l'application même du principe de précaution en cas de risque irréversible. En effet, la souplesse reste à double tranchant et notamment pour les décideurs qui risquent de se servir de cette marge pour ne pas prendre de mesures. G. Bonnel va plus loin en écrivant qu'« un principe de précaution qui présenterait sous forme d'alinéa une liste limitative des situations de « risque de dommage grave et irréversible à l'environnement » perdrait non seulement son intelligibilité mais toute vertu synthétique et emblématique »⁶⁰⁴. Même si cette affirmation reste vraie en théorie, et qu'une liste exhaustive serait impossible et dangereuse, il n'en reste pas moins qu'un effort d'identification et d'énumération des risques d'irréversibilité pourrait être un début de prise en compte accrue et la manifestation d'une conscience réelle du phénomène. A titre de proposition, il pourrait être envisageable, ne serait-ce que pour légitimer un peu plus le risque d'irréversibilité, d'énoncer que la disparition de telle espèce en voie d'extinction comporte un risque d'irréversibilité, ou que la modification d'un écosystème suite à l'implantation d'une installation est susceptible d'entraîner des conséquences irréversibles. Le recours au terme irréversible permet dans tous les cas d'asseoir un peu plus le phénomène dans les consciences collectives juridiques.

329. L'évaluation scientifique du « facteur déclenchant » mène soit à un avis complet et certain soit à une évaluation incomplète, incertaine ou insuffisante. Dans ce cas, le langage juridique vient compléter les lacunes de la science et énonce qu'il faut qu'il y ait une relation de cause à effet pressentie mais non démontrée. La définition du degré d'incertitude est importante à ce stade puisque la prise de décision d'agir ou de ne pas agir se fera à la

⁶⁰² Cf. *Infra*, Partie I, Titre II, Chapitre II.

⁶⁰³ BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 142.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 138.

lumière de la balance « risque-incertitude ». Cette phase d'évaluation est principalement scientifique. La phase de gestion des risques est quant à elle juridique et politique. Une fois le niveau de risque acceptable fixé, la décision d'agir ou non sera prise. Les mesures décidées au titre du principe de précaution et traduisant cette action devront être proportionnées, effectives, cohérentes. En matière d'irréversibilité, les mesures peuvent consister notamment en la mise en place de moratoires (comme pour les OGM) ou de sanctuaires⁶⁰⁵. Cependant, l'irréversibilité étant un processus difficilement identifiable, la phase d'évaluation des risques du principe de précaution reste un obstacle important. Il convient de rappeler que l'irréversibilité traduit une potentialité, et non un état. Le fait de constater un changement quelconque d'état d'un système ne suffit pas à l'observateur pour savoir si ce changement est réversible ou pas⁶⁰⁶.

330. Une fois cette phase d'évaluation de l'hypothèse d'irréversibilité effectuée, la gestion du risque se met en place selon des modalités établies.

2) La décision de précaution limitée en matière de risque d'irréversibilité

331. Le principe de précaution tout comme la prise en compte de l'irréversibilité induisent une réflexion sur la nécessité d'action en amont de la protection de l'environnement. A ce sujet, F. Ewald retient que « la première dimension d'une éthique de précaution s'exprime dans l'obligation d'anticipation, obligation à la prévoyance, à la prévision, à la clairvoyance »⁶⁰⁷. Ainsi, « l'attitude de précaution naît de la volonté de s'affranchir de la démarche assimilative pour lui substituer une démarche anticipative (...) cela change tout : non pas tant la volonté de réduire les risques que la manière d'y parvenir »⁶⁰⁸. Ce processus de prise de décision induit par le principe de précaution est en ligne directe avec l'« éthique de l'anticipation » d'H. Jonas, qui prône la nécessité d'action en amont⁶⁰⁹. De plus, il est nécessaire de rendre le risque et la décision « socialement acceptable : le processus de

⁶⁰⁵ Cf. *Infra* Partie I, Titre II, Chapitre II.

⁶⁰⁶ BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *La dialectique réversibilité*, *op.cit.*

⁶⁰⁷ EWALD F., *Le principe de précaution*, Editions Que-sais-je ?, 2001, p. 32.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁰⁹ Hans Jonas évoque l'« obligation de l'éthique de l'avenir » qui se caractérise par l'obligation de « se procurer une idée des effets lointains ». Il écrit à ce sujet : « C'est le cas de l'éthique de l'avenir que nous cherchons, dans laquelle ce qui doit être craint n'a précisément pas encore été éprouvé et que cela est peut-être sans analogie aucune dans l'expérience actuelle ou passée (...). Se procurer cette représentation (des effets lointains) par une pensée tournée vers l'avenir devient la première obligation, pour ainsi dire l'obligation liminaire de l'éthique qui est ici cherchée », JONAS H., *Le principe responsabilité*, *op.cit.*, p. 67.

décision est donc quasi-permanent »⁶¹⁰. Cependant, la gestion du risque par les décideurs est difficile puisqu'il s'agit ici de faire des choix en se fondant sur des connaissances scientifiques incertaines. H. Jonas souligne la différence qui existe entre l'application de l'obligation d'« éthique de l'avenir » dans « la doctrine des principes » (les principes philosophiques) et dans les principes politiques. En effet, « le caractère incertain des projections d'avenir qui n'est pas nuisible à la doctrine des principes devient une faiblesse sensible là où elles doivent jouer le rôle de pronostics, à savoir dans l'application pratique-politique »⁶¹¹.

332. Le système politique « est confronté à la nécessité de recomposer un mécanisme qui permette d'évaluer les faits scientifiques et techniques »⁶¹². La conviction de l'acteur décisionnel est l'élément déclencheur de l'action. La communication de la Commission Européenne sur le recours au principe de précaution du 2 février 2000⁶¹³ précise que la décision ne peut en aucun cas être arbitraire, qu'elle dépend d'une décision politique, fonction du niveau de risque considéré comme « acceptable » par la société devant supporter le risque⁶¹⁴. C'est justement parce que le risque zéro n'existe pas qu'il convient de déterminer politiquement un risque acceptable. Ce risque acceptable différera selon la stratégie des décideurs. La question qui s'impose lors de la prise de décision est celle qui consiste à se demander s'il est rationnel d'investir dans des mesures de protection de l'environnement avant de connaître scientifiquement les risques encourus. Il existe un risque de gaspillage s'il est décidé de se prémunir contre un danger, que la science démontrera peut-être comme imaginaire. La décision finale d'agir ou non dépendra donc des aspirations du décideur. S'il est porté à la prudence, il tendra vers la précaution. Finalement, l'acceptabilité du risque revient à prendre une décision éclairée de subir les conséquences d'évènements probables.

⁶¹⁰ OLOUMI Z., *Le principe de précaution, outil effectif du processus de décision publique*, Revue de l'actualité juridique française, juin 2004.

⁶¹¹ JONAS H., *Ibid.*, p. 72.

⁶¹² HERMITTE M-A., DAVID V., *Evaluation et Principe de Précaution, Préc.*

⁶¹³ Communication de la Commission Européenne sur la mise en œuvre du principe de précaution, COM (2000).

⁶¹⁴ *Ibid.*

333. Il reste difficile, voire contraire à l'éthique environnementale, d'accepter le risque d'irréversibilité⁶¹⁵. Il ne peut être accepté de faire peser le risque de disparition d'un bien environnemental sur une société. M. Delmas-Marty exprime la réflexion qui devrait être faite sur l'acceptabilité du risque. Elle retient que « l'incertitude se conjugue avec l'imprécision, l'aléatoire avec le flou, car un comportement dont la dangerosité semble établie peut rester acceptable si le dommage, même probable, apparaît de faible ampleur ; alors qu'à l'inverse un comportement dont la dangerosité n'est pas établie peut être jugé néanmoins inacceptable si les effets potentiels semblent graves et irréversibles »⁶¹⁶. L'irréversibilité en tant que telle ne peut être qu'un risque inacceptable puisque contraire aux normes juridiques existantes. Ainsi, une situation qui engendrerait un risque de non-retour de l'état environnemental devrait entraîner une prise de mesure de précaution.

334. Afin d'illustrer la problématique de la gestion de l'irréversibilité au travers du principe de précaution, il est possible de prendre l'exemple des OGM⁶¹⁷. B. Drobenko rappelle au sujet des OGM que « les questions majeures déterminant les politiques publiques et le droit en la matière, se trouvent dans l'incertitude scientifique et le risque d'irréversibilité »⁶¹⁸. De la même manière, M. Prieur écrit que « les effets irréversibles sur l'environnement de manipulations expérimentales ou commerciales d'entités biologiques capables de se reproduire ou de transférer du matériel génétique »⁶¹⁹ a conduit la Communauté Economique Européenne à réglementer ce domaine. A cause de cette incertitude, le droit est donc intervenu pour mettre en œuvre de la précaution dans l'utilisation des OGM. L'article 2 du protocole de Carthagène de septembre 2003 sur la biosécurité énonce que les parties doivent « veiller à ce que la mise au point, la manipulation, le transport, l'utilisation,

⁶¹⁵A ce sujet H. Jonas rappelle les priorités à respecter en matière de probabilité dans les hauts risques et de choix de décisions : « Tout d'abord, le simple taux de probabilité d'une issue heureuse ou malheureuse d'expériences inconnues se trouve généralement dans la même situation que le fait d'atteindre ou de rater un but ». En matière de « coups manqués » par rapport au but à atteindre il souligne « bien que dans les petits détails on puisse s'en permettre beaucoup au profit de la chance de succès plus rare, dans les grandes causes on peut s'en permettre seulement très peu et dans les très grandes qui concernent les racines de toute l'entreprise humaine et qui sont irréversibles, on ne peut à vrai dire s'en permettre aucune ». JONAS H., *Le principe responsabilité, op.cit.*, p. 73.

⁶¹⁶ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit, op.cit.*, p. 354.

⁶¹⁷ Les OGM sont définis par la Directive de l'Union Européenne du 12 mars 2001 comme des « organismes, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par combinaison naturelle », Directive 2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement, JO L. 106 du 17 avril 2001, article 2.

⁶¹⁸ DROBENKO B., *Organisme génétiquement modifié (cadre juridique)* in *Dictionnaire de l'environnement*, sous la direction de VEYRET Y., *op.cit.*

⁶¹⁹ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 531.

le transfert et la libération de tout organisme vivant modifié se fassent de manière à prévenir ou à réduire les risques pour la diversité biologique »⁶²⁰.

335. La précaution qui entoure la problématique des OGM est significative de l'acceptation des risques par les sociétés. En Europe, les consommateurs sont plus réticents à l'introduction d'OGM dans l'agriculture que sur le territoire américain⁶²¹. Les normes en vigueur sont de ce fait plus restrictives⁶²². Cependant, le risque acceptable n'est pas toujours en accord avec l'évaluation du risque scientifique. En effet, le Conseil d'Etat a notamment jugé comme acceptable un risque pris par le Gouvernement français de ne pas procéder à l'arrachage d'environ 4000m² de plants de maïs comportant fortuitement des traces d'OGM alors même qu'un avis de l'AFSSA du 30 décembre 1999 relevait la nécessité d'obtenir des données complémentaires sur les modifications génétiques introduites dans les semences OGM. Le risque a été qualifié par le Conseil d'Etat « des plus modestes »⁶²³. Il semble que le risque aurait dû être considéré comme supérieur à ce qui devait être acceptable, et cela malgré le faible pourcentage de présence d'OGM dans les plants (inférieur à 1%). En effet, l'incertitude scientifique largement présente en matière d'OGM, et le fait que cette présence dans les plants de maïs n'était nullement souhaitée auraient dû élever le risque au-delà de l'acceptable. L'AFSSET dans son rapport de 2006 sur la perception et la participation du public rappelait qu'un risque incertain est toujours jugé comme moins acceptable⁶²⁴. Cependant le juge administratif reste frileux notamment quand il s'agit d'interdiction au niveau local. Dans un arrêt *Commune de Valence*⁶²⁵ en date du 24 septembre 2012, le juge a refusé toute intervention du maire sur la culture des OGM au motif qu'il s'agit d'un

⁶²⁰ Protocole sur la biosécurité, dit protocole de Carthagène, Montréal, 2000, article 2.

⁶²¹ M. Delmas-Marty retient à ce sujet que la question des OGM « par les tensions qu'elle provoque, notamment entre le continent américain et une Europe plus réticente, la question des OGM passionne non seulement l'opinion mais aussi les juristes ». DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit, op.cit.*, p. 359.

⁶²² Cf. pour la France. Loi n°92-654 du 13 juillet 1992 *relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination volontaire d'OGM*, JO du 16 juillet 1992. Pour la Communauté Européenne, Directive 2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire des OGM dans l'environnement, Règlement 1829/2003 du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés.

⁶²³ CE. 1^{er} octobre 2001, *Assoc. Greenpeace France et Société Coordination rurale, Union Nationale*, req. n°225008, notamment : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'alors même que la culture de l'une des variétés génétiquement modifiées contenues dans les lots de semences en cause n'était pas autorisée, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en s'abstenant de prononcer la destruction des cultures litigieuses, l'auteur de l'acte attaqué ait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des risques, ni qu'il ait pris une décision disproportionnée aux risques ainsi appréciés et méconnu le principe de précaution ».

⁶²⁴ www.afsset.fr

⁶²⁵ CE. 24 septembre 2012, *Commune de Valence*, req. n°342990.

pouvoir de police étatique sans prévoir une quelconque dérogation fondée sur l'idée de risque. Cette décision renforce l'idée que les autorités administratives ne peuvent appliquer le principe de précaution que dans le cadre de leurs domaines de compétence. Cette position reste dommageable au vu des risques, même incertains, qu'est susceptible d'entraîner la culture des OGM.

336. Les modalités de prise de décision de précaution sont subordonnées aux différentes formes juridiques que peut revêtir le principe de précaution. Il peut s'agir tout d'abord d'un concept passif de précaution. Ainsi, la Déclaration de Rio de juin 1992, énonce en son principe 15 qu'« en cas de risque de dommage graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Les États n'ont de ce fait pas l'obligation d'agir en cas de risques hypothétiques mais ils ont l'interdiction de justifier leur inaction par les incertitudes scientifiques entourant ce même risque. Il peut également s'agir d'un concept actif de précaution qui pose dès lors une obligation d'agir de la part des décideurs. La Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-est⁶²⁶ dispose que les Parties à la Convention appliquent « le principe de précaution, selon lequel lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter des mesures de prévention doivent être prises ». En matière d'irréversibilité, et au vu des conséquences potentielles, il est préférable d'opter pour la forme active du principe de précaution. O. Godard propose une classification des différentes approches du principe de précaution en complément de ces deux formes juridiques⁶²⁷. En partant de la forme la plus souple à la plus stricte il serait possible de retenir la classification suivante. Tout d'abord, une conception « proportionnée » du principe de précaution. Les mesures doivent être provisoires et proportionnées à la plausibilité scientifique (conformément à la classification proposée en matière de maturité des connaissances scientifiques⁶²⁸). Les objectifs à moyen et long terme se posent quant au niveau de risque acceptable et à l'évolution des technologies. La seconde conception est celle de l'« approche précautionneuse ». Elle induit une surenchère dans la prévention avec des objectifs plus sévères à moyen et long terme et une réflexion quant à l'éviction de certaines substances ou

⁶²⁶ Convention OSPAR pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est, Paris, 22 septembre 1992.

⁶²⁷ GODARD O., *Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question*, *Préc.*, p. 1255.

⁶²⁸ Cf. *Supra*, Partie I, Titre I, Chapitre II.

activités. La troisième conception, l'« approche éradicatrice » préconise la recherche immédiate du « risque absolument minimum ». Le risque zéro est ici recherché à long terme. Enfin, la quatrième conception est celle de la « règle d'abstention ». Elle vise la mise en place de moratoire avec une interdiction définitive d'activité dont l'innocuité à long terme n'est pas prouvée. Le phénomène d'irréversibilité, au vu de sa gravité et des conséquences potentielles engendrées, nécessiterait *a minima* la mise en place d'une conception d'« approche précautionneuse » avec l'objectif de supprimer certaines substances ou activités qui pourraient engendrer de l'irréversibilité.

337. Cette conception ne correspond pas toujours à ce qui est aujourd'hui préconisé. En effet, à propos de la mise en œuvre du principe de précaution, la communication de la Commission Européenne de 2000 relative au principe de précaution énonce un certain nombre de règles à respecter. Les mesures doivent être « proportionnées » au niveau de protection recherché afin que le remède ne soit pas pire que le mal. Cela consiste notamment dans l'examen des charges et des avantages, et dans la vérification que les mesures n'entraînent pas de coût exorbitant pour un faible avantage. Elles ne doivent pas être « arbitraires et discriminatoires ». Il doit y avoir un traitement identique à une situation identique. Le principe de précaution ne doit pas être utilisé comme un prétexte afin d'introduire des mesures protectionnistes. Les mesures doivent être « cohérentes » avec des mesures similaires déjà adoptées. Elles doivent être « révisables », c'est-à-dire qu'elles doivent pouvoir être alourdies ou allégées en fonction de l'évolution de l'appréciation du risque. Ces règles applicables aux modalités de prise de décision du principe de précaution restreignent l'efficacité d'action dans le cas de risque d'irréversibilité. La proportionnalité induit une connaissance scientifique éclairée des conséquences, ce qui n'est pas le cas le plus souvent. Le caractère révisable peut s'avérer difficile à mettre en place, sauf à choisir des mesures *a minima*. La reconnaissance d'un risque de dommage irréversible devrait pouvoir entraîner l'application du principe de précaution. Cependant, l'irréversibilité étant elle-même difficile à identifier, les facteurs déclenchants ainsi que le doute légitime sont le plus souvent insuffisants. L'exemple de l'enfouissement des déchets radioactifs⁶²⁹ ainsi que des OGM sont à cet égard flagrants. Le formalisme attaché au principe de précaution restreint son application. Les dommages irréversibles qui pourraient être pris en compte le sont difficilement soit par méconnaissance soit par incertitude trop grande.

⁶²⁹ Cf. notamment PRIEUR M., *L'irréversibilité et la gestion des déchets radioactifs dans la loi du 30 décembre 1991*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 125.

338. A propos du droit international et de ses difficultés à s'imposer et à s'intégrer, M. Delmas-Marty propose un axe de méthode afin de résoudre ces écueils : « faire de l'indétermination une composante du raisonnement juridique ». Ce choix nécessite « d'admettre que le chemin n'est pas tracé d'avance et que l'internationalisation annonce peut-être une recombinaison pour laquelle une certaine part d'indétermination, dans l'espace et dans le temps, serait un stade actuel nécessaire ». Elle précise que « dire que l'indétermination est nécessaire n'implique ni son éloge inconditionnel, ni un plaidoyer pour un droit sans rigueur. Bien au contraire, l'indétermination est un appel à plus de transparence dans la motivation et à plus de rigueur dans la méthode. Car il ne faut pas confondre indétermination et arbitraire »⁶³⁰. M. Delmas-Marty précise que l'indétermination dans le temps conditionne l'usage du principe de précaution. L'idée sous-jacente à la prise de décision dans le principe de précaution ramène à la notion de « marge ». L'incertitude entraîne nécessairement une « marge de manœuvre » ou une « marge de décision ». Cette marge, qui se traduit aussi bien par la marge nationale d'appréciation en droit international, que par les marges « intrinsèques dues à l'imprécision de certaines notions ou de certains qualificatifs du type raisonnable ou acceptable »⁶³¹, constitue un élément d'indétermination. Afin de limiter cette indétermination la création d'une graduation ainsi que d'un seuil est nécessaire⁶³². Il apparaît même que dans « ce domaine incertain et flou des risques, la fixation d'un seuil est en effet le seul moyen de permettre une décision binaire : acceptable/non acceptable »⁶³³. Cependant, la création d'un seuil nécessite que soient explicités les éléments qui constituent ce seuil. Ces éléments sont constitués de critères, idéalement explicites. Or, comme le rappelle M. Delmas-Marty et comme on a pu le voir concernant la détermination scientifique de l'irréversibilité, ces critères sont « multiples et hétérogènes »⁶³⁴ (sanitaires, écologiques, esthétiques, économiques, financiers, sociaux). De plus cette détermination du seuil afin d'être efficace convient d'être harmonisée au niveau mondial. Finalement la méthode est de procéder à une graduation pour permettre de revenir à la « logique binaire » : acceptable/légal ou inacceptable/illégal⁶³⁵.

⁶³⁰ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Collection La couleur des idées, Paris, 2004, p. 16.

⁶³¹ *Ibidem*.

⁶³² *Ibid.*, p. 17.

⁶³³ *Ibid.*, p. 40.

⁶³⁴ *Ibidem*.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 353.

339. M-A Hermitte et V. David retiennent que « quand on ajoute la précaution à la prévention, on essaie non seulement de réduire les risques, mais aussi d'en assurer un partage plus équitable et de trouver les techniques politiques qui permettent de décider si on veut les courir et à quelles conditions »⁶³⁶. Le principe de précaution reste la norme juridique de référence en matière d'irréversibilité de fait environnementale. Il s'agit de la norme qui consacre la prise en compte du phénomène d'irréversibilité en droit de l'environnement. Cependant, le formalisme contraignant et empreint d'incertitude ne garantit pas une application systématique du principe dans le cadre d'une gestion de l'irréversibilité. Le principe de prévention permet une action en amont et dans un cadre de risque plus certain.

§2. Le principe de prévention comme fondement juridique de l'irréversibilité

340. La détermination du principe de prévention comme fondement juridique de l'irréversibilité est nécessaire (A) avant de pouvoir identifier les mécanismes propres à ce principe qui permettent la saisie de l'irréversibilité en droit (B).

A) La détermination du principe de prévention comme fondement juridique de l'irréversibilité

341. Bien que ne reprenant pas le terme « irréversibilité » dans sa définition à l'inverse du principe de précaution, le principe de prévention constitue cependant un fondement juridique de l'irréversibilité environnementale ne serait-ce qu'à travers ses deux étapes : l'évaluation des activités prévues et la surveillance de l'état de l'environnement. Les études préalables peuvent par exemple permettre d'évaluer les risques d'irréversibilité environnementale, au même titre que les études de danger et les études d'impact, et de fixer ainsi une limite d'assimilation des atteintes pour l'environnement. M. Prieur définit la prévention comme ce qui « consiste à empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement par des mesures appropriées dites préventives avant l'élaboration d'un plan ou la réalisation d'un ouvrage ou d'une activité. L'action préventive est une action anticipatrice »⁶³⁷. Au niveau de l'Union Européenne le principe d'action préventive a été reconnu par le Traité de

⁶³⁶ HERMITTE M-A., DAVID V., *Evaluation et Principe de Précaution, Préc.*

⁶³⁷ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 71.

Maastricht dans son article 130-R-2⁶³⁸ puis repris en droit français par la loi du 2 février 1995 codifiée à l'article L.110-1-II du Code de l'environnement. La Charte de l'environnement⁶³⁹ reprend dans son article 3 cette idée d'action préventive en énonçant que « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Cet article 3 a fait l'objet d'une jurisprudence bien moins prolixe que celle relative au principe de précaution. Le Conseil Constitutionnel a néanmoins amorcé le débat jurisprudentiel par une décision du 8 avril 2011⁶⁴⁰ en énonçant une « obligation de vigilance » à l'égard des atteintes à l'environnement. Une ordonnance du Conseil d'Etat du 8 juin 2012, *Association France Nature Environnement*, est venue renforcer les prémices de la prise en compte du principe constitutionnel de prévention par le juge administratif.⁶⁴¹

342. Le principe de prévention peut se traduire notamment à travers l'obligation faite aux États de prévenir les atteintes aux ressources naturelles. Cette obligation a été reconnue par la CIJ dans son arrêt sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires en soulignant que l'obligation de prévention qui incombe aux États englobe le principe d'utilisation non dommageable du territoire et le principe de prévention⁶⁴². Il ne s'agit pas ici de faire un catalogue de toutes les déclinaisons juridiques du principe de prévention mais plutôt d'illustrer de quelle manière le principe de prévention peut constituer un fondement juridique de l'irréversibilité, et par déclinaison un outil juridique permettant la limitation des risques d'irréversibilité. A ce sujet la CIJ a affiné la définition du principe de prévention

⁶³⁸ Traité sur l'Union Européenne, JOUE n° C 1991 du 29 juillet 1992, Maastricht: « 2. La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté ».

⁶³⁹ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement*, JO n°51 du 2 mars 2005, p. 3697, article 3.

⁶⁴⁰ CC. 8 avril 2011, *M. Ismaël A. - Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*, décision n°2011-116, JO du 9 avril 2011, p. 6361, Considérant 5 : « Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2° de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation.

⁶⁴¹ CE. 8 juin 2012, *Association France Nature Environnement*, req. n°359570.

⁶⁴² NOUZHA C., *Réflexions sur la contribution de la CIJ à la protection des ressources naturelles*, *Préc.*

et énonce que « dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommage »⁶⁴³. La prévention intervenant en amont du dommage, le processus potentiellement irréversible a des chances d'être stoppé ou limité avant son échéance.

343. Ce fondement juridique à la saisie de l'irréversibilité que constitue le principe de prévention se concrétise à travers différents mécanismes. La mise en place de listes, de classifications, de zones de protection ou encore de normes environnementales, sont autant de mécanismes de prévention qui ont pour but de limiter l'irréversibilité environnementale.

B) La saisie de l'irréversibilité à travers les mécanismes du principe de prévention

344. Le principe de prévention contient un nombre non négligeable de mécanismes qui permettent une prise en compte du risque d'irréversibilité et un traitement en amont de ce phénomène de dégradation environnementale.

345. Le système des listes est un des mécanismes de prévention souvent repris dans les Conventions internationales. Il est possible de prendre l'exemple instauré par la Convention de Londres sur la prévention des pollutions des mers résultant de l'immersion de déchets, Convention à vocation universelle signée le 29 décembre 1972 et qui met en place un système de liste et d'interdiction⁶⁴⁴. Il est procédé à une différenciation entre les situations selon la nocivité de l'activité envisagée. L'autorisation doit être soit refusée, soit acceptée sous certaines conditions plus ou moins strictes selon les activités. Les critères sont les risques que ces activités font courir à l'environnement. Les listes de la CITES⁶⁴⁵ peuvent être également prises comme exemple. Ainsi, la liste I de la Convention introduit une réglementation stricte. La liste II est relative aux espèces qui ne sont pas forcément menacées d'extinction mais qui pourraient le devenir faute d'attention. La liste III enfin,

⁶⁴³ CIJ. 25 septembre 1997, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* - Hongrie-Slovaquie, RGDI 1998, 1, p. 85-119, article de SOHNLE J.

⁶⁴⁴ Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, Londres, 29 décembre 1972. Elle prévoit à son article IV, alinéa 1^{er} :

« a) L'immersion de déchets et autres matières énumérés à l'Annexe I est interdite. b) L'immersion de déchets et autres matières énumérés à l'Annexe II est subordonnée à la délivrance d'un permis spécifique. c) L'immersion de tout autre déchet et matière est subordonnée à la délivrance d'un permis général ».

⁶⁴⁵ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 29 décembre 1973.

concerne toute espèce qu'un Etat déclare devoir soumettre à une réglementation ayant pour but d'empêcher ou de restreindre son exploitation. Ce système de liste peut s'avérer très intéressant en matière de potentielle irréversibilité d'un phénomène de diminution d'espèce. En effet, cela permet une veille scientifique quant à l'état quantitatif et qualitatif des espèces menacées.

346. Autre exemple significatif, la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de l'UNESCO du 16 novembre 1972 signée à Paris, met en place un système de classement des sites en fonction de leurs caractéristiques. La première liste concerne les biens du patrimoine culturel et naturel d'une valeur universelle exceptionnelle. L'article 11-4 de la Convention prévoit par exemple que « le Comité établit, met à jour et diffuse, chaque fois que les circonstances l'exigent, sous le nom de « liste du patrimoine mondial en péril », une liste des biens figurant sur la liste du patrimoine mondial pour la sauvegarde desquels de grands travaux sont nécessaires et pour lesquels une assistance a été demandée aux termes de la présente Convention ». L'inscription ne peut concerner que des biens du patrimoine culturel et naturel qui sont exposés à des dangers graves et précis, comme des menaces de disparition dues à une dégradation accélérée, des projets de grand travaux publics ou privés, un rapide développement urbain ou touristique, une destruction due à des changements d'utilisation ou de propriété de la terre, des altérations profondes dues à une cause inconnue, un abandon pour des raisons quelconques, conflits armés, calamités, grands cataclysmes, etc....⁶⁴⁶ Cette liste répond parfaitement aux caractéristiques de l'irréversibilité environnementale. Les conditions d'inscription sont des exemples de potentielle irréversibilité. Le comité intergouvernemental de la protection du patrimoine mondial culturel et naturel étudie également les demandes d'assistance internationale formulées par les États Parties dans un but de protection, de conservation, de mise en valeur ou de réanimation du bien. De la même manière, la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale du 2 février 1971 met en place un système d'inscription des sites. L'inscription entraîne la nécessité pour les États de tenir compte de l'intérêt de la conservation, d'assurer la surveillance et l'exploitation rationnelle des populations migrantes d'oiseaux d'eau, d'élaborer et d'appliquer leurs plans d'aménagements de façon à favoriser la conservation des zones humides et par le

⁶⁴⁶ Sont notamment inscrits : 1994 : les Parcs nationaux de la Garamba, de Kahuzi-Biega, de la Salonga, des Virunga et la Réserve de faune à okapis, en République démocratique du Congo ; 2003 : la Vallée de Bamiyan, en Afghanistan ; 2004 : la cité iranienne de BAM ;

gardiennage de ces espaces. Malgré le caractère peu contraignant des dispositions de la Convention, elle a rencontré un succès certain⁶⁴⁷.

347. Il existe également un système de normes environnementales⁶⁴⁸. Il s'agit soit de normes de qualité qui fixent les niveaux maximaux admissibles dans les milieux récepteurs : air, eau, sol ; soit de normes d'émission qui ont pour objet de spécifier la quantité de polluants ou leur concentration dans les effluents pouvant être rejetées par une source ; soit de normes de procédés définissant un certain nombre de spécifications auxquelles doivent répondre les installations fixes ; soit de normes de produits pour fixer les propriétés de ces derniers. Ces normes sont un arsenal juridique supplémentaire dans le but d'éviter une dégradation de l'environnement. L'établissement de niveaux maximaux admissibles permet en théorie d'éviter un seuil de pollution irréversible.

348. Les études d'impact constituent un mécanisme majeur de prévention en amont de l'irréversibilité. En droit français, elles ont fait leur apparition avec le décret du 12 octobre 1977⁶⁴⁹, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978, et pris en application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature⁶⁵⁰. Le contenu des études d'impact prévoit l'énoncé des éventuelles incidences sur l'environnement. Il s'agit des effets prévisibles⁶⁵¹ sur l'environnement naturel : sites et paysages, faune, flore, milieux naturels, équilibres biologiques, eau, air, sol, climat ; ainsi que sur l'environnement physique : bruit, vibrations, odeurs, émissions lumineuses⁶⁵². Les effets analysés sont les effets directs mais également les effets indirects, secondaires, cumulatifs, à court, moyen et long terme, temporaires ou permanents, positifs et négatifs sur l'environnement, conformément à la directive n°97-11

⁶⁴⁷ KISS A., BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement, op.cit.*, p. 283.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p 153.

⁶⁴⁹ Décret n°77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JO du 13 octobre 1977, modifié par le décret n°93-245 du 25 février 1993 relatif aux études d'impact et au champ d'application des enquêtes publiques, JO du 26 février 1993.

⁶⁵⁰ Article L.122-1 du Code de l'environnement, modifié par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, article 230, JO n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

⁶⁵¹ Article R.122-3 du Code de l'environnement : « le contenu de l'étude d'impact doit être en relation avec l'importance des travaux et aménagements projetés et avec leurs incidences prévisibles sur l'environnement ».

⁶⁵² Article R.122-1 du Code de l'environnement : « les préoccupations d'environnement qu'aux termes des dispositions du premier alinéa de l'article L. 122-1 doivent respecter les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique ou qui nécessitent une autorisation ou une décision d'approbation ainsi que les documents d'urbanisme, sont celles qui sont définies à l'article L. 110-1 ».

du 3 mars 1997⁶⁵³. Le risque d'irréversibilité est de cette manière normalement intégré dans cet état puisque les effets permanents, à long terme sont notamment pris en compte. La Convention d'Espoo du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, part du principe que les Etats Parties doivent veiller à ce qu'il soit procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement avant que ne soit prise la décision d'autoriser ou d'entreprendre une activité susceptible d'avoir un impact transfrontalier préjudiciable important. Cette évaluation permet d'éviter les risques d'irréversibilité non seulement sur le territoire de l'Etat mais également sur les territoires voisins. Cette procédure d'impact est reprise dans plusieurs Conventions, notamment celle de New York du 21 mai 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, ou le protocole de Madrid du 4 octobre 1991 à propos du Traité sur l'Antarctique.

349. La conservation peut également passer par une interdiction de prélèvement. La Convention de Berne du 19 septembre 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe est la plus explicite et la plus complète sur le sujet. Elle interdit notamment la cueillette, le ramassage, la coupe ou le déracinement intentionnel des plantes strictement protégées. Elle passe également par une interdiction de moyens déterminés de chasse ou de pêche ainsi que par des périodes de fermeture de ces activités. L'article L411-1 du Code de l'environnement prescrit ces mesures de prévention liées notamment à la problématique des prélèvements. Il énonce que « lorsqu'un intérêt scientifique particulier ou que les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées, sont interdits (notamment) : la destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur détention, leur mise en vente, leur vente ou leur achat ».

350. La mise en place de la prévention peut également résulter de la création de zones de protection, de contingentement, de réglementation du commerce des espèces sauvages ainsi

⁶⁵³ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOUE n° L. 026 du 28 janvier 2012, p. 1-21, modifiant la directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOUE n° L 073 du 14 mars 1997, p. 5-15. L'article R.122-3 du Code de l'environnement reprend l'ensemble des effets à analyser dans l'étude d'impact.

que du transport international des animaux. La lutte contre l'introduction d'espèces exotiques est également une manière d'assurer la conservation de la nature⁶⁵⁴. Les régimes d'autorisation, de déclaration et d'enregistrement sont également des mécanismes du principe de prévention. Ces systèmes d'autorisation/déclaration/enregistrement permettent dans certains cas de limiter les risques d'irréversibilité environnementale, en agissant en amont sur la création d'une activité susceptible d'engendrer des dommages potentiellement irréversibles à l'environnement.

351. Le principe de prévention, par les objectifs d'évaluation et de surveillance qu'il contient, fonde la saisie de l'irréversibilité environnementale en droit. Les mécanismes juridiques qu'il introduit sont autant de veilles environnementales qui permettent d'alerter et de réduire les situations d'irréversibilité.

⁶⁵⁴ Cf. notamment KISS A., BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, *op.cit.*, p. 346-360.

CONCLUSION CHAPITRE I

352. Le droit de l'environnement reconnaît l'existence d'irréversibilités de fait à travers l'énoncé même de ses normes juridiques qu'elles soient « conceptuelles » ou « d'application ». Finalement, le contenu même du droit de l'environnement tend vers ce but de condamnation de l'irréversibilité. L'évolution du droit de l'environnement a permis une prise de conscience et une prise en compte accrue de l'irréversibilité environnementale. Les fondements juridiques existent mais les spécificités de l'irréversibilité ne permettent pas toujours de l'appréhender correctement.

353. La question de l'adéquation de la saisie juridique actuelle des phénomènes d'irréversibilité se pose nécessairement. Au vu des caractéristiques et de la gravité de l'irréversibilité, le droit est-il finalement à même de se saisir d'un tel phénomène ? La saisie juridique du phénomène d'irréversibilité est conditionnée à la fois par les mécanismes des sciences dures, qui tentent de limiter les incertitudes scientifiques attachées au phénomène sans pour autant apporter de solutions définitives, et par les sciences sociales dont le droit ne peut faire abstraction. Cette multiplicité d'enjeux rend nécessairement plus difficile la saisie juridique. Afin de tenter d'améliorer et de compléter cette appréhension par le droit, ont été mis en place des mécanismes juridiques, tels que la notion de seuil ou de remise en état qui permettent, dans une certaine mesure, de pallier les carences du droit.

CHAPITRE II - Les mécanismes juridiques de la saisie de l'irréversibilité

354. Les fondements juridiques existants qui permettent de justifier une prise en compte de l'irréversibilité ne suffisent pas pour autant à saisir le phénomène dans son intégralité. Le « droit » des générations futures, le concept de développement durable, le concept de dommage écologique, par la faiblesse de leur normativité, ou le principe de précaution par la technicité qu'il engendre, ne peuvent assurer la gestion de l'irréversibilité que d'une manière limitée. Parallèlement à la création de fondements « conceptuels » et « d'application », des mécanismes juridiques palliatifs ou « constructions juridiques de l'irréversibilité » ont été créés afin de garantir un traitement de l'irréversibilité dans tous ses aspects.

355. L'étude des « constructions juridiques de l'irréversibilité » revient à considérer les mécanismes que le droit a créés dans le but de prendre en compte, notamment, le phénomène d'irréversibilité. Ce phénomène, aux caractéristiques spécifiques, interroge le droit et le pousse dans des retranchements qui ne lui sont pas familiers. Le droit de l'environnement, dans son ensemble, est novateur en ce qu'il provoque la création de normes juridiques tout à fait atypiques, ou tout du moins nouvelles. Ces constructions juridiques induites par des phénomènes comme ceux de l'irréversibilité environnementale consistent notamment à tenter de prendre en compte des processus difficilement identifiables. Les mécanismes de « seuil » et de « remise en état » constituent des illustrations de ces constructions juridiques de l'irréversibilité environnementale (Section I).

356. La difficulté première de l'adéquation de la saisie juridique de l'irréversibilité réside en réalité dans la responsabilité qui peut être reconnue pour sanctionner, mais aussi pour prévenir la survenance d'un phénomène d'irréversibilité. Les modèles de responsabilité actuels ne permettent que dans une moindre mesure de prendre en compte les phénomènes d'irréversibilité (Section II).

Section I. Les constructions juridiques de l'irréversibilité

357. La notion polysémique de seuil (§1) et la remise en état, à travers notamment les mécanismes d'indemnisation et de compensation (§2), constituent des constructions juridiques pour une meilleure prise en compte de l'irréversibilité. Ces constructions permettent d'atténuer les conséquences du phénomène sans pour autant apporter de réponses définitives à l'irréversibilité environnementale.

§1. La notion de seuil d'irréversibilité

358. L'étude de la notion de seuil en droit de l'environnement est un préalable nécessaire (A) à la détermination de la notion de seuil d'irréversibilité (B).

A) La notion de seuil en droit de l'environnement

359. Le seuil est appelé différemment selon la science qui s'en préoccupe. Il est à la fois considéré comme une « valeur quantitative » longtemps réservée aux sciences dures, comme une « limite inférieure »⁶⁵⁵ pour les physiciens, un « seuil d'élimination » pour les biologistes, un « seuil d'exhaussement des fonds marins » pour les géographes⁶⁵⁶, ou encore un « seuil de rentabilité » pour les économistes⁶⁵⁷. La complexité croissante du droit, notamment à travers l'avènement du droit de l'environnement, a entraîné une « quête d'exactitude et d'objectivité du juriste »⁶⁵⁸ révélant le mécanisme de seuil comme un outil utile. De manière générale, le seuil peut être défini comme une valeur à partir de laquelle se produit un phénomène ou en-deçà de laquelle il ne se produit plus. Il s'agit d'une limite marquant le passage à un état différent. Le dictionnaire Le Petit Robert définit le seuil comme le « niveau d'un facteur dont le franchissement détermine une brusque variation du phénomène lié à ce facteur ». La nécessité de l'établissement d'un seuil en matière d'irréversibilité est une conséquence de sa processualité. En effet, la science étant dans

⁶⁵⁵ CNRTL, le seuil est défini comme une « limite inférieure ou très rarement supérieure, au-delà de laquelle un phénomène physique ne provoque plus de réaction ».

⁶⁵⁶ CNRTL, le seuil est défini comme l'« évaluation d'un terrain, d'un fond marin, fluvial ou glaciaire, qui sépare deux régions d'altitude comparables ».

⁶⁵⁷ MORAND-DEVILLER J., *La notion de seuil en droit administratif*, in Mélanges en l'honneur de MODERNE F., *Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Editions Dalloz, Paris, 2004, p. 301.

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

l'incapacité d'établir avec certitude qu'un phénomène naturel ou qu'une détérioration environnementale est irréversible, la notion de seuil peut apparaître comme un outil utile.

360. Dans le cadre des sciences sociales⁶⁵⁹, le premier avantage du seuil est de faciliter la prise de décision. Mais ce seuil, puisqu'il découle lui-même d'un choix, d'une détermination humaine, peut s'avérer très subjectif. Néanmoins, comme le rappelle J. Morand-Deville, paradoxalement et en dehors de sa détermination initiale, le seuil peut être considéré comme un instrument utile au droit en ce qu'il permet d'encadrer l'action des hommes et d'éviter l'arbitraire⁶⁶⁰. Lorsque la norme juridique oblige et ne fait pas qu'inviter, la présence de seuil permet alors de mettre en application la prescription prévue au sein de la norme. De nombreuses formulations existent pour formaliser ce seuil à ne pas franchir faute de quoi le risque d'irréversibilité devient potentiellement certain. Le franchissement du « seuil » fait basculer d'un état potentiellement réversible à un état probable d'irréversibilité.

361. En reprenant la classification opérée par J. Morand-Deville, il est possible de retenir deux grandes catégories de seuil qui amènent chacune des solutions différentes : le seuil dit « chiffré » et le seuil dit « non chiffré ». Le seuil chiffré se rattache à ce qu'il est possible de quantifier. Le droit administratif est prolix de tels seuils (âge limite des candidats à une élection, nombre d'habitants limite pour mettre en place les structures intercommunales, montants minimaux pour la conclusion des contrats administratifs, enquête publique⁶⁶¹). Le droit de l'environnement a également recours à ce mécanisme de seuil. Les seuils relatifs aux nuisances sonores⁶⁶² ou à la toxicité et dangerosité d'un produit sont chiffrés⁶⁶³. Il en est de même pour le chiffrage des « densités maximales » et des « densités minimales » en matière d'espèces⁶⁶⁴. Ce chiffrage a notamment été formalisé par l'« effet allee » du nom du scientifique qui l'a créé⁶⁶⁵. Le droit de l'Union Européenne se fonde autant que possible sur

⁶⁵⁹ En opposition aux sciences dures, en science sociale et notamment en droit, le seuil découle d'un choix.

⁶⁶⁰ MORAND-DEVILLER J., *Préc.*, p. 302.

⁶⁶¹ Article L. 123-1 du Code de l'environnement.

⁶⁶² Article R. 571-31-4 du Code de l'environnement.

⁶⁶³ Article R. 511-10 du Code de l'environnement.

⁶⁶⁴ Cf. notamment la liste rouge des espèces menacées mise en place par l'IUCN, Catégories et critères de l'IUCN pour la liste rouge, 9 février 2000,

http://www.uicn.fr/IMG/pdf/UICN_2001_Categories_et_criteres_Liste_Rouge.pdf

⁶⁶⁵ L'effet allee est défini comme « a positive relationship between any component of fitness of a species and density of conspecifics (...) meaning that an individual of a species that is subject to an Allee effect

des seuils afin de mettre en place ses prescriptions environnementales. A titre d'exemple, la directive du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement énonce qu'il « est également nécessaire d'établir des méthodes communes d'évaluation du bruit dans l'environnement et de définir des valeurs limites en fonction d'indicateurs formalisés permettant de déterminer les niveaux de bruit. Les valeurs limites chiffrées concrètes devraient être déterminées par les Etats membres compte tenu, entre autres, de la nécessité d'appliquer le principe de prévention afin de protéger les zones calmes dans les agglomérations »⁶⁶⁶. Ainsi, la directive du 14 juin 2007 relative au niveau sonore pour les véhicules à moteur prescrit des valeurs limites en fonction des personnes potentiellement présentes et des puissances du moteur⁶⁶⁷. Ces seuils chiffrés apportent de nombreux avantages et notamment, comme le rappelle J. Morand-Deville, une « accessibilité et lisibilité de la norme, sécurité juridique née de la précision, une application aisée par l'administration, une règle reconnaissable et compréhensible assurant une égalité de traitement par les citoyens »⁶⁶⁸.

362. En droit français, cette notion de seuil est largement présente dans la réglementation environnementale, sans recouvrir pour autant le terme d'irréversibilité. Ainsi, les plans de protection de l'atmosphère créés par la loi du 30 décembre 1996⁶⁶⁹ et le décret 2001-449 du 25 mai 2001⁶⁷⁰, prévus pour les agglomérations de plus de 250 000 habitants sont applicables pour les zones où les valeurs limites sont dépassées ou risquent de l'être. Cette

will suffer a decrease in some aspect of its fitness when conspecific density is low. A strong Allee effect results in a negative per capita growth rate once population density falls below a threshold and, under deterministic dynamics, a population that does not exceed this threshold will become extinct ». M. TAYLOR C., G. DAVIS H., C. CIVILLE J., S. GREVSTAD F., HASTINGS A., *Consequences of an Allee effect in the invasion of a pacific estuary by *Spartina Alterniflora**, Ecology, 85(12), 2004, p. 3254-3266. Il s'agit ici de l'utilisation d'un seuil de densité pour évaluer une dégradation environnementale menant à l'irréversibilité.

⁶⁶⁶ Directive 2002/49/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 juin 2002 relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement, JOUE 18/07/02, L 189/13.

⁶⁶⁷ Directive n° 2007/34/CE de la Commission Européenne du 14 juin 2007 portant modification aux fins de son adaptation aux progrès techniques de la Directive n° 70/157/CEE du Conseil concernant le niveau sonore admissible et le dispositif d'échappement des véhicules à moteur, JOUE 15 juin 2007, L 155/49.

⁶⁶⁸ MORAND-DEVILLER J., *Préc.*, p. 305.

⁶⁶⁹ Loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 *sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie*, JO n°1 du 1er janvier 1997, abrogée et codifiée par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, JO n°219 du 21 septembre 2000.

⁶⁷⁰ Décret n°2001-449 du 25 mai 2001 *relatif aux plans de protection de l'atmosphère et aux mesures pouvant être mises en œuvre pour réduire les émissions des sources de pollution atmosphérique*, JO n°122 du 27 mai 2001, partiellement abrogé par l'article 4 du Décret n°2007-397 du 22 mars 2007, JO n°70 du 23 mars 2007.

notion de « valeur limite » que l'on retrouve dans de nombreux textes de loi⁶⁷¹ est une traduction de l'idée du seuil d'irréversibilité. Un des exemples les plus flagrants de seuils chiffrés en droit de l'environnement français reste le cas des installations classées. L'article R. 511-9 du Code de l'environnement qui énonce la nomenclature des installations classées prévoit des seuils chiffrés en fonction des activités de ces installations. La directive SEVESO II⁶⁷² introduit les notions de seuil « haut » et seuil « bas » pour la présence de certaines substances dangereuses. La directive a été transposée en droit français par l'arrêté du 10 mai 2000⁶⁷³ relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation. L'arrêté reprend la classification opérée par la directive en soumettant les substances à des seuils maximum. La nomenclature mise en place pour les installations classées⁶⁷⁴ intègre la notion de seuil en tant que référent. A ce titre, il convient de souligner que le seuil « bas » est privilégié comme le démontre la précision faite par la nomenclature lorsqu'une substance est susceptible de se référer à plusieurs catégories. Ainsi, il est précisé que « lorsqu'une substance non explicitement visée est susceptible d'être classée dans plusieurs rubriques, elle doit être classée dans la rubrique présentant les seuils les plus bas »⁶⁷⁵.

Il convient de noter que dans certains cas, le seuil chiffré n'est pas préconisé car il n'est pas suffisamment restrictif. Ainsi, concernant la radioprotection, la Commission Internationale

⁶⁷¹ Cf. notamment les notions de « valeur limite d'exposition » et « valeur moyenne d'exposition » définies dans le Code du travail à l'article R. 4412-149. Elles font référence à la concentration maximale admissible, pour une substance donnée, dans l'air du lieu de travail, à laquelle le travailleur peut être exposé pour une courte durée. Cf. également en matière d'installations classées l'article R. 512-28 du Code de l'environnement qui prévoit : « L'arrêté d'autorisation et, le cas échéant, les arrêtés complémentaires fixent les prescriptions nécessaires à la protection des intérêts mentionnés aux articles L. 211-1, L. 220-1 et L. 511-1. Ces prescriptions tiennent compte notamment, d'une part, de l'efficacité des meilleures techniques disponibles et de leur économie, d'autre part, de la qualité, de la vocation et de l'utilisation des milieux environnants ainsi que de la gestion équilibrée de la ressource en eau. Pour les installations mentionnées au b du 4° du II de l'article R. 512-8, ces prescriptions comprennent des valeurs limites d'émissions fondées sur les meilleures techniques disponibles, au sens de la directive 2008/1/CE du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, sans prescrire l'utilisation d'une technique ou d'une technologie spécifique, en prenant en considération les caractéristiques techniques de l'installation concernée et son implantation géographique ».

⁶⁷² Directive 96/82/CE du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiée par la directive 2003/105/CE du 16 décembre 2003.

⁶⁷³ Arrêté du 10 mai 2000 *relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation*, JO n° 141 du 20 juin 2000.

⁶⁷⁴ Décret n°2007-1467 du 12 octobre 2007 relatif au livre V de la partie réglementaire du Code de l'environnement et modifiant certaines autres dispositions de ce Code, JO du 16 octobre 2007.

⁶⁷⁵ Cf. Par exemple l'annexe de l'article R 511-9 du Code de l'environnement.

de Protection Radiologique (CIPR) pousse vers un abandon du raisonnement « dose-effet », exprimé en seuils, pour considérer que toute exposition est potentiellement dangereuse pour la santé⁶⁷⁶.

363. Le seuil « non chiffré » est relatif à l'inquantifiable, très présent en droit de l'environnement. La notion de seuil s'édicte alors plus comme une norme de référence que comme une frontière fixe. Ainsi, la notion civiliste du « bon père de famille »⁶⁷⁷ représente un tel seuil en tant que norme comportementale à entendre *in abstracto*. En deçà de ce comportement souhaité, les sanctions aux actes non conformes seront mises en place. Il s'agit en réalité de « valeurs guides », « d'objectif de qualité ». Le droit de l'environnement utilise des seuils « non chiffrés ». C'est le cas pour « la capacité suffisante d'une station d'épuration »⁶⁷⁸. En matière de gaz à effet de serre, les économistes, se fondant sur les avancées scientifiques, en viennent eux aussi à l'établissement d'un seuil critique. Ainsi, S. Rouillon retient que « la plupart des analystes ont adopté un point de vue commun (...) en supposant qu'il existe un certain seuil critique de pollution dont le franchissement cause l'accroissement rapide du dommage »⁶⁷⁹, cet accroissement sous-entendant notamment son irréversibilité.

364. Le droit international met en place un certain nombre de mécanismes de seuil en droit de l'environnement afin de quantifier une pollution, une diminution d'espèce menant à son déséquilibre. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux prévoit que « chaque partie fixe, en se fondant sur la meilleure

⁶⁷⁶ Cf. <http://www.icrp.org/docs/ICRP%20Annual%20Report%202012.pdf>

⁶⁷⁷ Ainsi par exemple l'article 601 du Code civil énonce à propos des obligations de l'usufruitier vis-à-vis du bien : « il donne caution de jouir en bon père de famille ».

⁶⁷⁸ Cf. notamment CE. 5 décembre 1980, req. n°06389 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport de l'expertise ordonnée en référé, que la pollution de l'Echez dont les eaux alimentaient les bassins de l'exploitation piscicole de M. Z, a été pour partie imputable aux rejets d'eaux usées non épurées effectués en amont par le réseau d'assainissement de la ville de Tarbes, dont la station d'épuration avait une capacité insuffisante ; que les désordres causés par cette pollution étaient, ainsi que l'a décidé le tribunal administratif, de nature à engager la responsabilité de la ville sur le fondement du risque créé par le fonctionnement des ouvrages publics d'assainissement ». Cf. également CE. 19 novembre 1975, req. n° 92877 : « Qu'en raison de la capacité insuffisante de la station d'épuration, ces eaux mal épurées ont, par leurs odeurs qu'elles dégageaient et les boues qu'elles déposaient, causé à la Dame de Y, laquelle a la qualité de tiers à l'égard de cet ouvrage public, un préjudice excédant les inconvénients résultant du fonctionnement normal d'une station d'épuration dont la réparation incombe à la commune de Ramonville Saint-Agne ».

⁶⁷⁹ ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, *Préc.*, p. 62.

technologie possible, des limites d'émissions pour les rejets dans les eaux de surface »⁶⁸⁰. Dans les Conventions internationales, le système des listes peut servir comme outil de détermination de seuil, c'est notamment le cas de la CITES. L'exemple de l'annexe 1 qui concerne les espèces menacées d'extinction qui sont ou pourraient être affectées par le commerce constitue un seuil. Les mesures à prendre sont donc fonction de la gravité et du risque d'extinction et de ce fait de l'irréversibilité potentielle de l'atteinte. Afin de permettre une évaluation éclairée, il est fait appel à la biologie, la biomasse par exemple pouvant servir d'indicateur à une situation d'irréversibilité. La Convention sur la commission internationale pour la protection de l'Elbe de 1990 donne pour mission à cette commission de « proposer des valeurs limites pour le déversement d'eaux usées ». La stratégie thématique de l'Union Européenne sur l'utilisation durable des ressources naturelles parle de « seuil de surexploitation »⁶⁸¹. La Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique édicte que « les mesures pertinentes ne doivent ni constituer une charge écologique inacceptable pour la qualité de l'air et l'atmosphère, les eaux, les sols ou les nappes phréatiques, ni déboucher sur un accroissement inacceptable ou dangereux des déchets éliminés ». Même si le terme « irréversibilité » n'est pas énoncé, la « charge écologique inacceptable » évoquée signifie le franchissement d'un seuil d'irréversibilité.

365. La conceptualisation de l'utilisation durable élargit la définition du seuil. En effet, l'impact de l'activité sur l'environnement n'est plus le seul élément considéré, la capacité de reproduction de la ressource ainsi que le long terme des choix potentiels d'utilisation future doivent également être pris en compte. Cette conception se retrouve dans les textes internationaux comme dans l'accord ASEAN pour la conservation de la nature et des ressources naturelles du 9 juillet 1985⁶⁸². Comme l'énonce le préambule de la Convention de 1989 pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud, le seuil d'irréversibilité est atteint « par l'augmentation de la capacité de capture causée par la pêche au filet maillant dérivant à grande échelle » qui « menace la ressource halieutique dans le Pacifique Sud ».

⁶⁸⁰ Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, CEE-ONU, Helsinki, 17 mars 1992, article 3, article 9, article 13.

⁶⁸¹ Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Stratégie thématique sur l'utilisation durable des ressources naturelles*, COM(2005) 670 final, 21 décembre 2005, Bruxelles, p. 6.

⁶⁸² Article 4, Accord ASEAN pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, Kuala Lumpur, 9 juillet 1985 : « preventing changes or minimizing risk of changes in the ecosystem considered which are not reversible over a reasonable period of time ».

366. De manière générale, dans le but de fixer ce seuil, il convient de se rapporter à une « référence ». Selon J. Thévenot « la formulation des seuils et des limites est un principe quasi constant, sans que l'on sache toujours ce que recouvre chaque limite »⁶⁸³. Ainsi, on retrouve les expressions suivantes : « la meilleure technologie possible », la « meilleure pratique environnementale » permettant de définir un seuil. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux explique cette notion de « meilleure technologie possible » et éclaire de fait le système de seuil. Il s'agit du « dernier stade de développement des procédés, équipements ou méthodes d'exploitation indiquant qu'une mesure donnée est applicable dans la pratique pour limiter les émissions, les rejets et les déchets »⁶⁸⁴. Cette formulation est bien entendu un seuil *a minima* d'irréversibilité puisque dépendant des connaissances scientifiques du moment. La Convention précise à ce sujet que cette meilleure technologie possible « évoluera dans le temps, en fonction des progrès technologiques, de facteurs économiques et sociaux, et de l'évolution des connaissances de la compréhension scientifique ». La révision des seuils fixés en fonction de l'état d'avancement des connaissances scientifiques à propos de l'irréversibilité est donc prévue. J. Thévenot définit ce mécanisme comme « la meilleure technologie possible » qui « constituerait une assurance nécessaire, mais insuffisante, contre l'irréversibilité : plus la protection est poussée, moins le risque d'irréversibilité est grand »⁶⁸⁵.

367. L'intérêt principal de la notion de seuil est la facilitation de la prise de décision qu'elle engendre ainsi que la potentielle détermination d'un régime juridique (seuil autorisation/enregistrement/déclaration pour les installations classées, seuils de soumission à enquête publique). Si la prise de décision est facilitée en ce qui concerne les seuils « chiffrés », l'avantage est minimisé en ce qui concerne les seuils « non chiffrés » compte tenu de la marge discrétionnaire qu'ils induisent. Le principe de précaution illustre cette

⁶⁸³ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité en droit international de l'environnement*, *Préc.*, p. 34.

⁶⁸⁴ Annexe 1 de la Convention. Afin de déterminer cette meilleure technologie, il convient de prendre en considération notamment :

- a) Les procédés, équipements ou méthodes d'exploitation comparables qui ont été récemment expérimentés avec succès;
- b) Les progrès technologiques et l'évolution des connaissances et de la compréhension scientifiques;
- c) L'applicabilité de cette technologie du point de vue économique;
- d) Les délais de mise en œuvre tant dans les nouvelles installations que dans les installations existantes;
- e) La nature et le volume des rejets et des effluents en cause;
- f) Les technologies peu polluantes ou sans déchets.

⁶⁸⁵ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité en droit international de l'environnement*, *Préc.*, p. 35.

marge discrétionnaire et instaure finalement un « seuil de précaution ». Ainsi, la précaution admet un seuil de tolérance qui est celui de « l'innocuité du risque ». Dès lors, « parce qu'il est sérieux, le risque même incertain contraint l'administration à adapter sa décision à la menace »⁶⁸⁶. Comme le souligne J. Morand-Deville les seuils « chiffrés » ramènent la problématique à la compétence liée et les seuils « non chiffrés » au pouvoir discrétionnaire⁶⁸⁷.

368. L'étude de la notion de seuil en droit de l'environnement permet de constater qu'elle est de plus en plus privilégiée en tant qu'outil afin d'assurer une meilleure protection de l'environnement. Certains de ces seuils sont susceptibles d'être identifiés comme seuils d'irréversibilité.

B) L'identification du seuil d'irréversibilité

369. Il convient de préciser qu'un grand nombre de seuils en droit de l'environnement ne constituent pas des seuils d'irréversibilité mais des seuils de prise de décision ou d'application de régime juridique. A. Michelot retient que « l'irréversibilité, matérialisée par des seuils qu'il ne faut pas dépasser, trouve son expression dans l'établissement de mesures visant à réguler les comportements d'utilisation »⁶⁸⁸. En réalité, les seuils en droit de l'environnement visent dans leur globalité à améliorer et à réduire les dégradations environnementales comme c'est notamment le cas pour les seuils inscrits dans la nomenclature des installations classées. En effet, en exigeant des seuils qui feront basculer du formalisme de la déclaration à l'enregistrement, voire à l'autorisation, on rend plus difficile et on limite la création de telles installations. Cependant, la notion de « seuil d'irréversibilité » est plus spécifique et ne doit pas être confondue avec les autres notions de seuil en droit de l'environnement.

370. Le seuil d'irréversibilité peut être défini comme un niveau, chiffré ou non, au-delà duquel un maintien satisfaisant de l'environnement ou un retour à l'état initial ne sera plus possible. La protection de la faune est un domaine où le seuil d'irréversibilité s'illustre parfaitement. L'annexe 1 de la CITES concernant les espèces en voie d'extinction constitue un seuil d'irréversibilité. Si ces espèces ne sont pas protégées, l'extinction se concrétisera et

⁶⁸⁶ MORAND-DEVILLER J., *La notion de seuil en droit administratif*, *Préc.*, p. 311-312.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 308.

⁶⁸⁸ MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité(s)*, *Préc.*, p. 21.

la situation d'irréversibilité environnementale sera avérée. L'article 2 de la Convention prévoit que « l'Annexe I comprend toutes les espèces menacées d'extinction qui sont ou pourraient être affectées par le commerce. Le commerce des spécimens de ces espèces doit être soumis à une réglementation particulièrement stricte afin de ne pas mettre davantage leur survie en danger, et ne doit être autorisé que dans des conditions exceptionnelles »⁶⁸⁹. L'expression « mettre davantage leur survie en danger » constitue un des éléments de détermination du seuil d'irréversibilité. Les mesures qui sont prescrites par cette annexe visent à ce que ce seuil ne soit pas franchi.

371. Le cas des changements climatiques permet également d'illustrer la notion de seuil. L'observatoire national sur les changements climatiques rappelle que « la France, comme l'Union européenne, considère qu'il ne faut pas permettre un réchauffement de la température moyenne de la Terre de plus de 2 °C au-dessus des niveaux préindustriels »⁶⁹⁰. En effet, c'est « le seuil au-delà duquel les responsables politiques estiment que l'impact global sera sans aucun doute trop dangereux et que des effets irréversibles sont à craindre »⁶⁹¹.

372. La principale critique possibles à l'encontre de la notion de seuil en droit de l'environnement est une certaine radicalité par rapport au phénomène à traiter. Le seuil recèle nécessairement un caractère arbitraire en raison de l'incertitude présente dans le processus d'irréversibilité. Il constitue une aide à la décision mais non une solution absolue au problème. Il reste un de ces « repères sur lesquels le droit peut s'appuyer »⁶⁹² mais qu'il convient de maîtriser. En définitive, la détermination d'un seuil d'irréversibilité ne pourra se faire qu'au cas par cas des dommages, un nombre d'individus pour une espèce, des doses maximales pour les pollutions de l'air, de l'eau, du sol. Ce seuil nécessite d'être déterminé par des textes juridiques et ne peut être globalisé. La qualification juridique du juge par le biais de la notion de seuil illustre ce cas par cas incontournable. A ce titre J. Morand-Deville énonce que « le seuil remplit alors sa fonction d'interface et de transgression. Il est une sorte de plate-forme, où l'ensemble des éléments d'appréciation se rassemblent. La valeur seuil ayant été posée : seuil de gravité, seuil d'anormalité, seuil d'imprévision, seuil

⁶⁸⁹ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 3 mars 1973, article 2.

⁶⁹⁰ ONERC, *Stratégie nationale d'adaptation aux changements climatiques*, Editions La Documentation française, 2007, p. 6.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

⁶⁹² MORAND-DEVILLER J., *La notion de seuil en droit administratif, Préc.*, p. 315.

de précaution...le juge l'utilise pour qualifier la situation de fait de particulièrement grave ou anormale, de bouleversement absolu ou de risque sérieux »⁶⁹³. Il incombe peut-être donc au juge de formaliser le « seuil d'irréversibilité ».

373. La présence d'un seuil ne permet pas toujours d'évaluer l'irréversibilité. D'autres mécanismes juridiques entrent en jeu afin de prendre en compte les phénomènes d'irréversibilité.

§2. La remise en état initial de l'environnement : l'utopie de la réversibilité

« La détérioration volontaire ou involontaire de l'environnement est souvent irréversible. Cependant, il peut être possible de rétablir partiellement une situation ou de compenser ses inconvénients ».

M. PRIEUR⁶⁹⁴

374. La notion de « remise en état » de l'environnement est une des illustrations de l'utopie de la réversibilité environnementale. Le terme « remettre » signifie « mettre de nouveau, replacer ». Il s'agit donc de mettre à nouveau l'environnement dans l'état où il se trouvait, de procéder de fait à une « réversibilité ». La remise en état *in integrum* est quasiment impossible. Le plus souvent, il est procédé à une réparation à un coût économiquement raisonnable. Cette solution reste insatisfaisante au regard de la perte des ressources qui fait entrer dans le débat l'évaluation monétaire de l'environnement.

375. Il semble que la remise en état de l'environnement revienne à consacrer une réversibilité que l'on sait utopique d'où un caractère palliatif présumé. La possibilité d'une remise en état *in integrum* de l'environnement semble largement contestable (A). Afin de pallier une impossibilité de remise en état, des mécanismes d'indemnisation et de compensation existent, tout en restant des solutions *a minima* (B).

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 313.

⁶⁹⁴ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 945.

A) La remise en état *in integrum* de l'environnement : une réversibilité contestable

376. L'arrêt de la CIJ « usine de Chorzow » de 1928⁶⁹⁵ énonce à propos de la conception internationale de la notion de *restitutio in integrum* que « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ». Cependant, comme le rappelle le professeur A. Kiss la *restitutio in integrum* est rarement possible en droit. Elle l'est encore moins lorsqu'il s'agit de dommage causé à l'environnement. Ainsi, « la détérioration d'un paysage, la destruction d'espèces rares, animales ou végétales, voire d'un écosystème, sont difficilement compatibles avec l'idée de remplacement »⁶⁹⁶. Il est possible de prendre l'exemple jurisprudentiel de la catastrophe de l'Amoco-Cadiz en 1988, où les demandes fondées sur la dégradation du milieu marin ont été repoussées à l'exception des dépenses réelles de restauration déjà effectuées. Nous sommes loin d'une réparation satisfaisante du dommage écologique pur. La notion « d'intégrité » de la nature sous-entend une remise en état intégrale. La Déclaration de Rio de 1992 énonce à ce titre que « les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre »⁶⁹⁷. Pour certains, la remise en état de l'environnement reste un idéal abstrait⁶⁹⁸, car elle fait référence à une nature « sauvage » alors que l'intervention de l'homme sur cette dernière est quasiment omniprésente et qu'elle modifie en permanence cette nature. La remise en état ferait référence à une chose demeurée intacte. En effet, il serait de toute manière impossible de remettre dans l'état exact l'environnement puisque les modifications, qu'elles soient du fait de l'homme ou de la nature, sont quotidiennes et ne sont pas toutes dues à une dégradation négative.

377. Concernant la réparation, la question de la date du dommage se pose forcément. J. Cazala soulève le problème en droit international de l'environnement⁶⁹⁹. Il retient trois possibilités. Soit l'évaluation du dommage est contemporaine à son constat et dans ce cas le juge pourra évaluer le dommage en termes économiques et allouer une réparation par

⁶⁹⁵ Série A, n°17, p 47

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf

⁶⁹⁶ KISS A., *Contentieux de l'environnement en droit international public*, Préc.

⁶⁹⁷ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, juin 1992, principe 7.

⁶⁹⁸ FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, Préc., p. 79-100.

⁶⁹⁹ CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international, Etude d'un mode conventionnelle de gestion de l'incertitude scientifique*, op.cit., p. 361.

compensation. Deuxième éventualité, le dommage est identifié mais pas son ampleur. Dans ce cas le juge pourra soit refuser de prononcer la réparation, soit il sera dans l'obligation d'allouer une somme, indubitablement arbitraire, soit encore de renvoyer les Etats à des négociations ultérieures, solution préférable mais délicate à mettre en œuvre. La troisième hypothèse est celle de l'impossibilité à la date du jugement, de déterminer la nature et l'ampleur du dommage. Dans ce dernier cas le juge se retrouve impuissant sauf à reporter son jugement à l'apparition de connaissances nouvelles. Il est facile de comprendre la difficulté d'intégrer l'évaluation et la réparation des caractéristiques irréversibles dans un tel schéma.

378. La remise en état étant très rarement *in integrum*, les États ont dû trouver des solutions alternatives. En droit français, la remise en état des lieux est un concept largement utilisé. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement prévoit que la remise en état des éléments de l'environnement, patrimoine commun de la nation, est d'intérêt général. A titre d'exemple, la réglementation minière établit l'obligation de prévoir, dès l'ouverture de la carrière, les modalités de sa remise en état⁷⁰⁰. Comme le rappelle M. Prieur, il ne s'agit pas, bien évidemment « d'envisager un retour aux sols à leur état primitif mais simplement d'une réutilisation des terrains qui exigera d'éventuels aménagements ultérieurs spéciaux (remise en culture, transformation en base de loisirs et plans d'eau, lotissements, zones industrielles...) »⁷⁰¹. Cette remise en état porte sur le site même de l'exploitation ainsi que sur les lieux affectés aux travaux et installations de toute nature. Elle pourra consister notamment en une remise en végétation, un régalinge du sol, un nettoyage du terrain. Cette obligation de remise en état s'impose également aux sites contaminés par les déchets industriels, et plus généralement pour toutes installations classées soumises à

⁷⁰⁰ Article 91 du Code minier : « Lors de la cessation d'utilisation d'installations mentionnées à l'article 77, ou lors de la fin de chaque tranche de travaux ou, au plus tard, lors de la fin de l'exploitation et de l'arrêt des travaux, l'explorateur ou l'exploitant fait connaître les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour préserver les intérêts mentionnés à l'article 79, pour faire cesser de façon générale les désordres et nuisances de toute nature engendrés par ses activités, pour prévenir les risques de survenance de tels désordres et pour ménager le cas échéant les possibilités de reprise de l'exploitation » ; article 79 du Code minier : « Les travaux de recherches ou d'exploitation d'une mine doivent respecter les contraintes et les obligations afférentes à la sécurité et la santé du personnel, à la sécurité et la salubrité publiques, aux caractéristiques essentielles du milieu environnant, terrestre ou maritime, à la solidité des édifices publics et privés, à la conservation des voies de communication, de la mine et des autres mines et plus généralement aux intérêts de l'archéologie et aux intérêts énumérés par les dispositions des articles L. 621-1 (1), L. 621-2 et L. 621-7 du Code du patrimoine, des articles L. 211-1, L. 331-1, L. 332-1 et L. 341-1 du Code de l'environnement, de l'article 1er de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, ainsi qu'aux intérêts agricoles des sites et des lieux affectés par les travaux et par les installations afférents à l'exploitation ».

⁷⁰¹ PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 539.

enregistrement, déclaration et autorisation comme le prévoient notamment les articles L. 512-5, L. 512-7-3 et L. 512-17 du Code de l'environnement. L'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977⁷⁰² permet d'imposer la remise en état du site après la fin de l'exploitation. Selon l'article R. 512-35 du Code de l'environnement, l'arrêté d'autorisation doit prévoir les conditions de remise en état⁷⁰³. De nombreuses sanctions prescrivant la remise en état existent⁷⁰⁴. Cependant, les obstacles juridiques et techniques réduisent l'efficacité d'une réelle remise en état. Les obstacles juridiques résultent du manque de moyens coercitifs pour imposer la remise en état (utilisation rare de l'exécution d'office, astreintes trop faibles...). Quant aux obstacles techniques, ils tiennent à la spécificité de l'environnement. Le rétablissement des lieux ne sera que relatif et fonction des moyens financiers et du niveau d'exigence requis. Comme le souligne M-J. Littmann-Martin et C. Lambrechts⁷⁰⁵, avec une telle réparation, il s'agit ici en fait d'une « fausse prise en compte » du dommage écologique. Selon cette conception, le montant de la réparation doit correspondre au « coût raisonnable permettant de restaurer l'environnement ou de le ramener à son état initial, ou à un état aussi proche que possible, sans dépense grossièrement disproportionnée ». L'affaire dite du *Zoé Colocotroni* de 1979 sur la côte de Porto Ricco, soit le saccage d'une mangrove suite aux dommages causés par une nappe de pétrole, illustre cette méthode. La juridiction Nord-Américaine a admis le principe d'une réparation et a considéré qu'elle devait correspondre au coût raisonnable permettant de restaurer le milieu naturel ou de le ramener à son état initial ou aussi proche que possible, sans dépense disproportionnée⁷⁰⁶.

⁷⁰² Décret n°77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, JO du 20 juillet 1976, p. 4320, loi abrogée par ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000, JO du 21 septembre 2000.

⁷⁰³ Article R512-35 du Code de l'environnement : « Les autorisations relatives aux installations de stockage de déchets, aux sites de stockage géologique de dioxyde de carbone et aux carrières sont données pour une durée limitée et fixent le volume maximal de produits stockés ou extraits, ainsi que les conditions de remise en état du site ».

⁷⁰⁴ Cf. à ce sujet PRIEUR M., *Droit de l'environnement, op.cit.*, p. 946. Cf. notamment l'article R. 541-81 du Code de l'environnement qui prévoit « est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe le fait pour un exploitant d'installation de stockage de déchets inertes : De ne pas respecter les conditions de remise en état du site ».

⁷⁰⁵ LITTMANN-MARTIN M.J., LAMBRECHTS C., *La spécificité du dommage, op.cit.*

⁷⁰⁶ United States Court of Appeals for the First Circuit, COMMONWEALTH OF PUERTO RICO Vs The SS ZOE COLOCOTRONI, juillet 1979 : « Les coûts pouvant être recouverts sont les coûts raisonnablement encourus, pour remettre l'environnement de la zone sinistrée dans l'état où il se trouvait précédemment ou dans un état aussi proche que possible sans encourir des dépenses manifestement disproportionnées. Pour évaluer le caractère raisonnable de ces dépenses, il convient de se référer aux mesures qu'une entité souveraine ou un organisme public raisonnable et prudent adopterait pour atténuer les effets de la pollution en tenant compte de facteurs comme la faisabilité technique, les effets indirects néfastes, la compatibilité avec la régénération naturelle et la mesure dans laquelle, au-delà d'un certain point, les efforts déployés seraient soit inutiles, soit excessivement onéreux ».

379. Lors de la procédure de réparation d'un dommage, le problème de l'évaluation monétaire peut se poser. Il faut d'une part indemniser les préjudices humains, et d'autre part restaurer la zone concernée par les atteintes. Cette évaluation monétaire reste très subjective, la valeur attribuée à un objet est fonction de l'intérêt que l'homme lui porte, que ce soit pour des raisons économiques, affectives, culturelles ou touristiques. Ces éléments déterminent sa « valeur écologique ». M. Rémond-Gouilloud soulève le problème qui se pose en matière d'évaluation de l'environnement puisqu'il s'agit d'« estimer l'inestimable, évaluer ce qui ne vaut rien »⁷⁰⁷. Lors de l'évaluation des biens, ce qui devrait être pris en considération c'est la valeur d'usage totale du bien. On entend par cette valeur, la valeur réelle ainsi que la valeur potentielle, c'est-à-dire celle que le bien environnemental pourra avoir dans le futur à la vue de l'état actuel de l'environnement, et pas uniquement la valeur marchande du bien. La communication de la Commission relative à la diminution de la biodiversité rappelle la dimension économique des services écosystémiques. A ce propos, elle énonce qu'« il est malaisé d'attribuer une valeur monétaire précise à ces services partout dans le monde, mais on estime qu'ils représentent plusieurs centaines de milliards d'euros par an »⁷⁰⁸. De fait, même s'il reste ardu d'attribuer une valeur monétaire aux biens environnementaux, cette valeur ne peut être niée. Si les biens environnementaux sont difficilement évaluables qu'en est-il de l'irréversibilité ? Il s'agit en réalité d'évaluer la perte même d'un élément de l'environnement.

380. La remise en état se heurte à une détermination monétaire de l'environnement qui est le plus souvent impossible. A une réparation difficile de l'irréversibilité s'ajoutent des mécanismes insatisfaisants d'indemnisation et de compensation des atteintes.

B) Les mécanismes d'indemnisation et de compensation de l'irréversibilité environnementale

381. Il existe à la fois des mécanismes d'indemnisation de l'irréversibilité environnementale (1), et des mécanismes de compensation de l'irréversibilité environnementale (2).

⁷⁰⁷ REMOND-GOUILLOUD M., *Le prix de la nature, Préc.*

⁷⁰⁸ Communication de la Commission des Communautés Européennes, *Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà, Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain*, COM(2006) 216 final, 22 mai 2006, Bruxelles, p. 5.

1) Les mécanismes d'indemnisation de l'irréversibilité environnementale

382. Le dommage fait à l'environnement est donc réparé, ou ne l'est pas. A défaut de réparation, les victimes de cette irréversibilité bénéficient de mécanismes d'indemnisation. M. Rémond-Gouilloud énonce que « l'allocation de dommages intérêts, avec d'impuissance, témoigne de l'incapacité du droit à remettre une situation en état. Plus qu'une irréversibilité fictive du dommage, c'est bien au contraire l'irréversibilité de la modification intervenue qui apparaît ici »⁷⁰⁹. Pareillement, B. de Jouvenel s'interroge : « que fait-on quand on indemnise des personnes, distinctes et mortelles, pour qu'elles autorisent les atteintes portées à un lieu ? On désintéresse ces personnes ; c'est là le terme banal ; il fait sentir toute sa force. Il signifie que la personne désintéressée est obligée de ne plus s'intéresser aux altérations dans le lieu, a fait abandon de toute prétention à discuter ces altérations. Et cela implique que le lieu en question a perdu ses défenseurs...Ceux-ci acceptent un prix pour désert, pour livrer le lieu à un usage abusif, ce qui peut être trahison de l'intérêt général, des intérêts des générations à venir »⁷¹⁰. Il s'agit d'une atteinte qui, au niveau de l'irréversibilité, ne devrait pas pouvoir être compensée uniquement par une allocation monétaire. En dehors de l'indemnisation des victimes, l'indemnisation des dommages environnementaux se pose.

383. Il convient d'écarter la vision selon laquelle une indemnisation⁷¹¹ serait en quelque sorte une réversibilité des dommages. A titre d'illustration, la loi du 1^{er} août 2008⁷¹² reprend l'idée « d'état initial » en matière de réparation. Il s'agit de l'état des ressources naturelles et des services écologiques au moment du dommage qui aurait existé si le dommage environnemental n'était pas survenu. La loi reprend la distinction des trois types de réparation, primaire, complémentaire et compensatoire. La réparation primaire désigne toute mesure permettant le rétablissement proprement dit des ressources naturelles dans leur état initial, (y compris la réparation par régénération naturelle). En cas d'échec ou d'impossibilité d'une réparation primaire, une réparation complémentaire est prévue « afin

⁷⁰⁹ REMOND-GOUILLOUD M., *À la recherche futur – la prise en compte du long terme par le droit de l'environnement*, *Préc.*, p. 15.

⁷¹⁰ JOUVENEL DE B., *Les économistes et l'environnement : Analyse et précision*, T XIII 1972, p. 70 cité par DESPAX M., *Droit de l'environnement*, Editions Litec, 1980, p. 792, note 33.

⁷¹¹ Cf. *Infra* Partie I, Titre II, Chapitre II.

⁷¹² Article L. 160-1 et s. du Code de l'environnement, Loi n° 2008-257 du 1^{er} août 2008 *relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union Européenne dans le domaine de l'environnement*, JO n°0179 du 2 août 2008, p. 12361.

de fournir un niveau de ressources naturelles ou de service comparable à celui qui aurait été fourni si le site avait été rétabli dans son état initial ». Enfin, les mesures compensatoires viennent contrebalancer les pertes intermédiaires de ressources naturelles et de services écologiques (survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation primaire ou complémentaire a produit son effet). Il est évident que cet état initial est une fiction juridique qui a pour but de compenser au maximum les dommages mais en aucun cas une réversibilité. La capacité performative du droit a ses limites⁷¹³.

384. Les États peuvent choisir entre deux sortes de conceptions d'indemnisation. Une conception minimaliste et une conception maximaliste, ce choix illustrant leur degré de prise en compte de l'environnement. La conception minimaliste d'indemnisation est celle qui prévoit que l'indemnisation doit correspondre au coût raisonnable de la remise en état. Il est procédé à la balance entre environnement et économie. La nécessité de réparer financièrement les dommages qui ont été faits à l'environnement est reconnue mais dans la limite du coût raisonnable, sachant qu'il est difficile de déterminer un « coût raisonnable » et qu'il est fonction de la situation territoriale et de l'époque. Facilitant la procédure de réparation, il est possible de procéder à une indemnisation forfaitaire des dommages. Ainsi les services américains y recourent souvent. Un prix compensatoire est fixé au m². Pour un plan d'eau par exemple, il suffit de multiplier le prix compensatoire par la surface polluée. Le juge français procède également de cette manière. En Alaska, la loi sur la pollution des mers retient une variante de barème, une formule arithmétique qui est fonction de la quantité de produit déversée, sa toxicité et de la vulnérabilité de la zone touchée. Le terme raisonnable peut prêter à confusion. Par rapport à quelle référence, le caractère raisonnable est-il établi ? La prise en compte de l'irréversibilité environnementale n'a pas sa place dans une telle vision de la nature.

385. La conception maximaliste prévoit que l'indemnisation doit prendre en considération la nature même du dommage. La perte est indemnisée dans son ensemble et dans toutes ses caractéristiques. Ainsi, il ne s'agit pas de chiffrer le m² d'eau et de le multiplier par la surface polluée mais bien d'indemniser également l'atteinte faite à l'environnement. Dans une telle situation, la prise en compte de la part irréversible du dommage est intégrée, comme perte à indemniser et non plus comme un simple constat dommageable. Cependant, comment déterminer la valeur de la perte d'un bien environnemental ? Il s'agit d'évaluer la

⁷¹³ Sur la performativité du droit Cf. *Infra*, Partie II, Titre I.

disparition même d'un élément de l'environnement. La perte d'une chance pour les générations futures pourrait peut-être être une piste, bien que cette notion soit encore très fragile juridiquement.

386. La notion de perte d'une chance est reconnue en droit français mais reste très peu invoquée et notamment en droit de l'environnement⁷¹⁴. A titre d'exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 mai 2003 a pu retenir que le voisin d'une décharge non conforme à la réglementation a été privé du bénéfice « de l'amélioration qu'il était en droit d'attendre de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation »⁷¹⁵. La notion de perte d'une chance est également esquissée dans l'affaire du Zoé Colocotroni. En effet, il avait été retenu que la perte éprouvée par l'Etat de Porto Rico du fait d'une marée noire « n'est pas seulement celle de certains animaux ou de certaines plantes, mais sans doute plus essentiellement celle de la capacité des éléments pollués de l'environnement à se régénérer et de permettre ces formes de vie pour une certaine durée »⁷¹⁶.

387. Le dommage doit être chiffré, ce qui rend complexe l'indemnisation. De nombreuses affaires ont montré la difficulté de chiffrer un dommage environnemental⁷¹⁷. En effet, le plus souvent, le manque à gagner, le coût de la main d'œuvre nécessaire à une remise en état peuvent être chiffrés mais pas les effets de la pollution sur le développement de la végétation ou sur les espèces animales non exploitées, ce qui peut caractériser une irréversibilité environnementale. Cette gestion de l'environnement en droit est insatisfaisante en situation d'atteinte primaire, ce qui aggrave les conséquences lorsqu'il s'agit du phénomène de l'irréversibilité. A titre d'exemple concernant le déversement de métaux lourds dans des prairies d'une exploitation agricole, la méthode d'évaluation du préjudice subi par les agriculteurs s'appuie sur la comparaison avec le rendement moyen des champs dans la région pour la même période en prenant en compte le préjudice

⁷¹⁴ F-G Trébulle rappelle à ce sujet que « si le préjudice éventuel n'est pas réparé, la perte d'une chance est toutefois prise en compte », TREBULLE F-G., *Les techniques contentieuses au service de l'environnement, Le contentieux civil*, Cour de cassation Colloque :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._trebulle_813_3.html

⁷¹⁵ CA. Paris, 14^e Ch. B, 23 mai 2003, arrêt n°272, R.G. 2002/19257, *SA Clinique Ker Yonnec*.

⁷¹⁶ United States Court of Appeals for the First Circuit, *COMMONWEALTH OF PUERTO RICO Vs. The SS ZOE COLOCOTRONI*, 10 juillet 1979.

⁷¹⁷ Voir notamment l'affaire de l'Amoco Cadiz.

foncier⁷¹⁸. Cependant cette méthode, fondée sur la théorie des troubles du voisinage, ne prend pas en compte les conséquences futures, et notamment la modification des écosystèmes.

388. Le jugement rendu par le TGI de Paris le 16 janvier 2008⁷¹⁹ relatif au naufrage de l'Erika est une illustration de ce mécanisme d'indemnisation. Dans ce jugement, le TGI commence par rappeler la possibilité de se constituer partie civile pour toute personne ayant subi un préjudice personnel et direct du fait d'une infraction ainsi que pour les associations agréées. Relativement aux demandes d'action en réparation, les juges de première instance ont procédé différemment en fonction de la qualité des parties civiles. Concernant l'Etat, le TGI reconnaît le préjudice résultant des dépenses de personnel et de matériel du fait de la pollution. Il accorde l'indemnisation demandée. Quant aux collectivités territoriales, il est reconnu une compétence spéciale en matière d'environnement et de ce fait une responsabilité particulière pour la protection, la gestion et la conservation du territoire ouvrant droit à une demande en réparation des dommages. L'indemnisation varie donc en fonction de la compétence spécifique de chacune des collectivités. Ainsi, pour les régions, il est rappelé qu'elles n'ont qu'une mission générale pour le classement des réserves naturelles régionales ainsi qu'une compétence en matière de tourisme. De ce fait, seul le préjudice issu de l'atteinte à l'image de marque et à la réputation des régions convient d'être retenu. Les juges procèdent au rejet du préjudice issu d'une atteinte à l'environnement. Les préjudices indemnisés sont d'ordre matériel (travaux de restauration, dépenses de personnels, aide aux personnes lésées, dépenses de communication pendant les deux ans après le naufrage..). En ce qui concerne les départements, les préjudices matériels sont indemnisés (aides aux entreprises du département, dépenses de matériels, travaux routiers...), ainsi que ceux résultant de l'atteinte à l'image de marque et à la réputation des départements. Concernant le préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement, en s'appuyant sur l'article L. 142-1 du Code de l'urbanisme qui prévoit une compétence spéciale des départements pour la protection, la gestion et la sauvegarde des espaces naturels sensibles, le TGI reconnaît la possibilité d'action en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement. Cependant, cette demande de réparation est subordonnée à la démonstration d'une atteinte « effective » aux espaces naturels sensibles. Les juges écartent notamment la demande du département du Finistère en l'absence de

⁷¹⁸ COURTIEU D., *Troubles de voisinage*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 4995, point 35. CA. Douai, 3^e ch., 29 juin 2006, Jurisdata n°2006-327108.

⁷¹⁹ TGI de Paris, 16 janvier 2008, 11^e chambre, 4^e section, n°9934895010.

démonstration d'une telle atteinte. Afin de procéder à l'évaluation de cette atteinte, le TGI va se fonder sur le montant de la taxe départementale relative aux espaces naturels sensibles qui représente 1% de la taxe locale d'équipement pour l'année 2000. Le montant est multiplié par deux au titre des deux années de remise en état du site et donne lieu au montant alloué sur le fondement de la réparation de l'atteinte. Les demandes des communes sur les préjudices résultant de l'atteinte à l'environnement sont rejetées pour le motif qu'aucun texte ne donne aux communes de compétences spéciales en matière d'environnement leur conférant une responsabilité particulière dans la protection, la gestion et la conservation du territoire et leur ouvrant droit à une demande de réparation au titre d'une atteinte à l'environnement. Les indemnisations sont donc données au titre du tourisme (taxe de séjour) et notamment sur le fondement de l'atteinte à l'image de marque et à la réputation des communes. Les préjudices matériels sont également indemnisés (frais de personnel, de matériel et de nettoyage et de remise en état...). Concernant les associations de protection de l'environnement, le TGI commence par rappeler le droit ouvert aux associations agréées pour la protection de l'environnement de se porter partie civile conformément à l'article L. 142-2 du Code de l'environnement. La demande de réparation concerne autant les préjudices matériels et moraux causés aux intérêts collectifs, que ceux résultant de l'atteinte portée à l'environnement. A titre d'exemple l'association de la Ligue pour la Protection des Oiseaux a reçu des indemnisations au titre des préjudices matériels, moraux (le naufrage a gravement mis en échec les efforts menés par l'association), et environnemental du fait de l'atteinte à l'environnement. Dans l'allocation de cette dernière indemnisation, les juges ont notamment pris en compte l'ampleur de la pollution (qui constitue un « véritable désastre ornithologique »), le rôle effectif tenu par la LPO dans les soins apportés aux oiseaux, son investissement et sa représentativité au niveau national et international. Pareillement, le préjudice moral a notamment été retenu pour les associations Greenpeace France et le WWF France. Dans ce cas précis, le jugement du TGI a été confirmé par la Cour d'Appel de Paris en 2010⁷²⁰, puis en 2012 par la Cour de cassation⁷²¹. La demande de réparation et d'indemnisation d'un dommage environnemental démontre les difficultés qui peuvent être rencontrées juridiquement. L'indemnisation au titre de l'atteinte à l'environnement est finalement réservée aux associations pour la protection de l'environnement, les autres indemnisations concernant principalement les dommages matériels et financiers engendrés par la pollution. Le préjudice fait à l'environnement reste

⁷²⁰ CA. Paris. 30 mars 2010, chambre 4-11.

⁷²¹ Cass. Crim. 25 septembre 2012, n°10-82938.

peu reconnu, excepté à travers les préjudices moraux reconnus pour les associations de protection de l'environnement. L'irréversibilité probable induite par ce dommage écologique n'est envisagée ni par les parties, ni par les juges.

389. Cette évaluation monétaire de l'irréversibilité ne pourra en tout état de cause que constituer une approximation, une estimation arbitraire. Parce qu'elle fait appel à une vision sur le long terme et à l'idée de processualité, cette évaluation n'est qu'un palliatif et n'est en aucun cas de la réversibilité. Le droit s'est développé pour faire face à de nouvelles problématiques toutes aussi complexes et abstraites que l'irréversibilité. L'évaluation du préjudice moral est un exemple frappant de cette évolution du droit. Le préjudice moral fait de plus en plus souvent l'objet d'une indemnisation et ce bien qu'il demeure abstrait⁷²².

390. Aux mécanismes d'indemnisation de l'irréversibilité environnementale s'ajoutent des mécanismes de compensation.

2) Les mécanismes de compensation de l'irréversibilité environnementale

391. Des mécanismes de compensation existent, cependant il s'agit plus en réalité d'une « réparation-compensation » consacrant la perte irréversible du bien⁷²³, que d'un véritable outil de lutte contre l'irréversibilité environnementale. A ce sujet, J. Untermaier rappelle que la compensation n'a de sens « qu'à la condition de remplacer ce qui a disparu par autre chose, non seulement de même valeur, mais aussi de même nature »⁷²⁴. La stratégie paneuropéenne de la diversité biologique et paysagère prévoit qu'en vertu du « principe de compensation écologique », « les effets nuisibles et inévitables des changements physiques

⁷²² Cf. notamment *Lexique de termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013, Le préjudice moral ou *pretium doloris* se définit comme littéralement « le prix de la douleur ». Une circulaire du Ministre de la Justice du 15 septembre 1977 l'énonce comme « l'indemnisation des souffrances ». Ce *pretium doloris* correspond aux dommages et intérêts accordés par les tribunaux au titre de réparation des souffrances physiques ou morales éprouvées par la victime d'un accident ou d'un acte criminel, ou par ses proches et ses parents.

⁷²³ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité en droit international de l'environnement*, Préc.

⁷²⁴ UNTERMAIER J., *De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé*, à propos de l'arrêt Commune de Chamonix - Mont-Blanc, RJE n°4/1986, p. 381-412.

survenant dans les zones de grande diversité biologique et paysagère doivent faire l'objet de mesures de conservation compensatoires prises par l'utilisateur »⁷²⁵.

392. La détermination de l'irréversibilité environnementale reste le fait de l'homme. Elle est définie par lui, selon ses critères propres et en fonction des informations scientifiques disponibles. Lorsqu'un processus de dégradation environnementale apparaît, des mécanismes peuvent être mis en place afin de freiner, voire de faire disparaître tout risque d'irréversibilité. Cela peut passer par la reconnaissance d'un statut particulier pour les espèces et les habitats menacés, par l'établissement de plans de restauration des espèces comme le prévoit la Convention sur la diversité biologique⁷²⁶ dans son article 8. Les mesures conservatoires comme les aires protégées en attente de classement sont également possibles, comme celle de la préservation des habitats critiques qui peut se définir comme un espace essentiel pour la conservation de celle-ci et pour son rétablissement éventuel (que l'on retrouve essentiellement aux États-Unis). Les plans de rétablissement ont pour objet la remise en état dans un état de conservation favorable des espèces menacées en agissant sur tous les processus en cause.

393. M. Fritz-Legendre⁷²⁷ énonce que l'irréversibilité d'une ressource est à relativiser avec les systèmes de conservation *in situ* et *ex situ*⁷²⁸. En effet selon lui, une espèce peut disparaître d'un pays mais être présente encore dans un autre pays. Qui plus est avec la conservation *ex situ*, notamment avec la présence de parcs zoologiques, il est possible de garder les gènes des espèces préservant par conséquent la ressource. A propos de ces modes de conservation et du cas des introductions d'espèce, T. Bretesche soulève deux principes de gestion attachés respectivement à la conservation *in situ* et *ex situ*. Le principe de restauration tout d'abord, qui afin de limiter les risques d'irréversibilité, tente la

⁷²⁵ Conférence ministérielle du Conseil de l'Europe, Stratégie paneuropéenne de la diversité biologique et paysagère, 25 octobre 1995, Sofia.

⁷²⁶ Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992, article 8 : « les Parties contractantes doivent dans la mesure du possible remettre « en état et restaurer les écosystèmes dégradés et favoriser la reconstitution des espèces menacées moyennant entre autre l'élaboration et l'application de plans ou autres stratégies de gestion ».

⁷²⁷ FRITZ-LEGENDRE M., *La biodiversité et l'irréversibilité*, Préc.

⁷²⁸ La Convention relative à la diversité biologique de 1992, définit les conservation *in situ* et *ex situ* de la manière suivante : Conservation *ex situ* : « conservation d'éléments constitutifs de la diversité biologique en dehors de leur milieu naturel » ; Conservation *in situ* : « conservation des écosystèmes et des habitats naturels et le maintien et la reconstitution de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel et dans le cas d'espèces domestiquées et cultivées, dans leur milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs ».

réintroduction d'espèce, *in situ*, ou encore le renforcement des espèces menacées. Ce principe de restauration appartient à ce qu'il est possible d'appeler les « stratégies de limitation »⁷²⁹ ayant pour but de protéger l'intégrité du milieu et la lutte contre l'irréversibilité. A l'inverse, le principe d'atténuation s'applique aux méthodes de la conservation *ex situ* et met en place, par exemple, des translocations d'espèces dans des écosystèmes dans lesquelles ces dernières n'existaient pas. Ce principe est rattachable aux « stratégies d'adaptation » qui n'ont pas pour objectif premier le refus de l'irréversibilité. Néanmoins, ces stratégies « accompagnent le changement sans nécessairement chercher à le combattre »⁷³⁰.

394. L'irréversibilité serait également à relativiser au regard de la disparition de la ressource avec l'existence de la substitution (à titre d'exemple le remplacement d'un herbivore par un autre). Il y a une réelle disparition de la ressource mais l'écosystème, lui, reste en place. Ainsi, M. Fritz-Legendre considère que « quand une espèce a disparu de la surface de la terre, il est possible d'envisager de la remplacer par une espèce qui remplit des fonctions similaires »⁷³¹. Cette vision des choses n'est évidemment pas satisfaisante au nom du patrimoine commun de l'humanité. Il ne s'agit pas de réparer, de poser des « pansements » et finalement de cautionner les erreurs de l'homme mais bien de parvenir à ce que ce genre de situations ne se produisent pas. Il convient d'éviter la disparition d'espèce et d'avoir une réflexion de protection *a maxima* et non pas *a minima* comme le propose M. Fritz-Legendre, et ainsi empêcher une relativisation dangereuse de la protection de l'environnement. De plus, ce type de réflexion n'est pas applicable à la disparition d'une espèce « endémique ». Cette vision uniquement anthropocentrique ne doit pas être retenue comme une solution à l'irréversibilité, et comme le rappelle une résolution de l'UICN de 1994 « toutes les espèces ont le droit d'exister » indépendamment de toute considération de leur valeur pour l'homme⁷³².

395. Il paraît intéressant de reprendre une tentative de qualifications juridiques des éléments de l'environnement faite par les Professeurs C. De Klemm, G. Martin, M. Prieur et

⁷²⁹ BRETESCHE T., *L'introduction d'espèces exotiques et la protection de l'environnement : étude d'un système juridique*, *op.cit.*, p. 175. Concernant l'introduction d'espèce, les trois grands piliers de ces stratégies sont : l'éradication, le confinement et la suppression.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 279.

⁷³¹ FRITZ-LEGENDRE M., *La biodiversité et l'irréversibilité*, *Préc.*

⁷³² Résolution n°18-26 relative au programme stratégique sur la diversité biologique, 1990, préambule, alinéa 2, U.I.C.N, in FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, *Préc.*

J. Untermaier. Ils listent les principales catégories civilistes de choses et notamment les choses fongibles et non fongibles. Les choses fongibles se définissent comme celles qui peuvent être remplacées par d'autres appartenant au même genre. Les animaux et les plantes sont en général fongibles, sauf en cas d'extinction d'espèce où le dernier spécimen n'est de fait pas une chose fongible. Il peut sembler dangereux de considérer les animaux comme des choses fongibles. La jurisprudence détermine la fongibilité en fonction de critères économiques ou marchands. D'un point de vue scientifique cela reste très contestable. En effet, les membres d'une même espèce ne sont en général pas fongibles en raison de leurs différences liées au sexe, à l'âge, à leurs caractères génétiques. « De même, une forêt pourra être considérée comme fongible ou non fongible selon qu'on la considère comme une simple surface boisée ou comme un écosystème naturel avec sa flore et sa faune particulières et les processus écologiques qui en résultent »⁷³³. Ainsi, il semble que pour pouvoir considérer un bien environnemental comme non fongible, il faille se positionner de manière globale afin de prendre en compte tous les éléments en interaction. En considérant les biens environnementaux comme de simples biens fongibles et au vu de l'exploitation environnementale qui est faite par l'homme, cela mène incontestablement au processus de l'irréversibilité. Comme le rappellent les auteurs « la question est importante car la fongibilité peut servir de justification à toutes sortes de compensations scientifiquement mal fondées »⁷³⁴. Cette méthode peut être vue comme une solution de dernier recours, comme une solution alternative, nécessaire lorsque la science n'est pas à même de déterminer l'irréversibilité. Elle peut également être perçue comme un moyen supplémentaire de reconnaître l'irréversibilité. Il s'agirait d'une méthode économiste et non plus écologique. L'idée de « compensation » est inhérente à la situation d'apparition de menace environnementale. La Convention de Ramsar de 1971⁷³⁵, prévoit de compenser les pertes en ressources liées au retrait d'une zone humide de la liste internationale, notamment en adoptant d'autres mesures de protection. Ainsi, « lorsqu'une partie contractante retire une zone inscrite sur la liste ou en réduit l'étendue, elle devrait compenser autant que possible toute perte de ressources en zone humide et en particulier elle devrait créer de nouvelles réserves naturelles pour les oiseaux d'eau et pour la protection, dans la même région ou

⁷³³ DE KLEMM C., MARTIN G., PRIEUR M., UNTERMAIER J., *Les qualifications des éléments de l'environnement, Préc.*, p. 62.

⁷³⁴ *Ibidem.*

⁷³⁵ Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, Ramsar, 2 février 1971.

ailleurs, d'une partie convenable de leur habitat antérieur »⁷³⁶. Cependant, il est possible de prendre l'exemple de la Convention de la CITES qui rappelle que « la faune et la flore sauvages constituent, par leur beauté et leur variété, un élément irremplaçable des systèmes naturels de la Terre »⁷³⁷. La Convention de Bonn de 1979 réitère cette affirmation⁷³⁸. La compensation en tant que remède à l'irréversibilité reste relative. F. Ost dans « la nature hors la loi »⁷³⁹, propose des mécanismes de compensation, pour les Etats en sous-pollution et les Etats en sur-pollution. Il s'agit d'un système de passifs et d'actifs environnementaux mondiaux à l'image de celui qui est repris dans les permis échangeables.

396. Si ces constructions juridiques palliatives tendent à une prise en compte de l'irréversibilité améliorée celle-ci demeure insuffisante. L'irréversibilité de fait environnementale n'est pas niée en droit. La présence même du terme irréversible dans la définition du principe de précaution en est une preuve. Une véritable « consécration » juridique de ce phénomène serait-elle envisageable à travers la reconnaissance de l'existence d'un « concept d'irréversibilité » ? Les problématiques environnementales obligent le droit à s'adapter régulièrement et à créer de nouvelles règles spécifiques à ce domaine si complexe. Le phénomène d'irréversibilité environnementale, bien que reconnu par le biais du principe de précaution, des Traités internationaux ou des réglementations spécifiques telles que celle de l'enfouissement des déchets nucléaires ou des OGM, contraint la science juridique à compléter ses outils d'« application » avec des mécanismes compensatoires qui resteront palliatifs au vu des caractéristiques mêmes du phénomène.

397. La mise en place d'un concept d'irréversibilité, consacrant la gestion particulière et accrue du phénomène, une application renforcée du principe de précaution, ainsi qu'une démocratisation encadrée de la mise en place d'irréversibilité « sociale » pourraient permettre une évolution dans la prise en compte des processus d'irréversibilité⁷⁴⁰.

⁷³⁶ *Ibid.*, article 4-2.

⁷³⁷ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 3 mars 1973, préambule alinéa 1.

⁷³⁸ Convention relative à la conservation des espèces migratrices, Bonn, 23 juin 1979 : « Reconnaissant que la faune sauvage, dans ses formes innombrables, constitue un élément irremplaçable des systèmes naturels de la terre, qui doit être conservé pour le bien de l'humanité »

⁷³⁹ OST F., *La nature hors la loi*, Editions La découverte, 1995.

⁷⁴⁰ Cf. Conclusion.

398. Le mécanisme juridique indispensable à une prise en compte de l'irréversibilité satisfaisante réside dans la mise en place d'un modèle de responsabilité adapté et efficace. Des évolutions du modèle de responsabilité existant sont intervenues ces dernières années présageant à l'avenir une meilleure saisie de l'irréversibilité.

Section II. Vers un nouveau modèle de responsabilité environnementale

399. Le modèle de régulation environnementale a donc considérablement évolué ces dernières décennies (§1) et de ce fait, les avancées en matière de responsabilité environnementale, notamment sous l'influence du droit de l'Union Européenne, ont conduit à amélioration dans la prise en compte de l'irréversibilité (§2). Cependant les spécificités du phénomène nécessitent une réflexion plus poussée encore. Certaines propositions de la doctrine à propos de la responsabilité environnementale sont porteuses d'éléments d'évolution, voire de mutations du modèle de responsabilité (§3).

§1. L'évolution du modèle de régulation environnementale

400. Le modèle de régulation environnementale qui préexistait à la prise de conscience de l'état critique de l'environnement était fondé sur les trois principes de liberté⁷⁴¹, de propriété⁷⁴² et de responsabilité⁷⁴³. Il n'y avait en fait pas de réelle régulation, mais une simple application des principes généraux sans adaptation aux spécificités environnementales et d'autant moins à celles de l'irréversibilité environnementale.

401. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Déclaration qui reconnaît la liberté comme un « droit naturel et imprescriptible de l'homme »⁷⁴⁴, énonce qu'elle « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la

⁷⁴¹ La liberté au sens général du terme se définit comme la possibilité de se mouvoir sans gêne ni entrave physique. Il s'agit du pouvoir, sans aucune surveillance ni contrôle, de faire telle chose, agir de telle manière. Le Petit Larousse, 2013.

⁷⁴² La propriété est le « droit d'user, de jouir et de disposer de biens d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi », Le Robert, dictionnaire de la langue française, 1986.

⁷⁴³ La responsabilité est « l'obligation de réparer une faute, de remplir une charge, un engagement », Le Petit Larousse, 2013. A titre d'illustration, en matière délictuelle et quasi-délictuelle, l'article 1382 du Code Civil définit la responsabilité comme « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »,

⁷⁴⁴ DDHC, 1789, article 2.

société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi »⁷⁴⁵. Cette liberté est en désaccord notamment avec les exigences d'encadrement des activités humaines susceptibles d'avoir des effets néfastes sur l'environnement. La liberté revient à affirmer le postulat selon lequel le jeu de la liberté apporte une satisfaction optimale des besoins individuels et collectifs. La liberté en matière d'environnement se traduit également dans les systèmes économiques libéraux. M. Prieur écrit à ce sujet qu'« il est évident que, dans notre secteur, le libéralisme rencontre vite des limites du fait que la protection de la nature, des sites et des paysages est en partie hors des lois du marché »⁷⁴⁶. La liberté semble pouvoir être considérée comme étant l'une des causes de dégradation de l'environnement. La protection de l'environnement, pour être efficace, doit se fonder sur une solidarité, une gestion commune et concertée des ressources, principes en opposition avec le principe même de liberté.

402. Au même titre que la liberté, la propriété fait partie des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » posés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. L'article 17 de la Déclaration précise que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». L'opposition qui se crée instinctivement entre cette définition et les exigences du traitement de l'irréversibilité est flagrante. Les qualificatifs « exclusive » et « absolue » de la propriété sont en contradiction totale avec la nécessité de coopération, de solidarité entre les États en matière de protection internationale de l'environnement. Avec une telle définition, « la protection de l'environnement est essentiellement vécue comme une façon de garantir la qualité de vie de l'*environné* »⁷⁴⁷. Ainsi, une nouvelle réflexion s'est peu à peu imposée en droit international de l'environnement. J. Charpentier retient notamment que « l'analogie avec le patrimoine s'estompe, le droit privé des biens n'est plus transposable à la sauvegarde de l'humanité, le terme consacré par l'usage n'a plus que la valeur d'une image, celle d'un intérêt très fort à protéger »⁷⁴⁸. Pour certains, la propriété reste le meilleur moyen de protection de l'environnement. Il reste vrai que la propriété entraîne une responsabilisation, à travers notamment l'acquisition, ou encore la mise en

⁷⁴⁵ DDHC, 1789, article 4.

⁷⁴⁶ PRIEUR M., *La déréglementation en matière d'environnement*, RJE, 1987/3, p. 319 et s. in MARTIN G., Rapport introductif, *Le dommage écologique*, SFDE, 2000.

⁷⁴⁷ FEVRIER J.M., *Développement Durable*, J.-Cl Environnement Fasc. 124.

⁷⁴⁸ CHARPENTIER J., *L'humanité : un patrimoine, mais pas de personnalité juridique*, *L'homme et l'environnement*, Mélanges A. KISS, 1998, p. 17.

place de servitudes, de polices, et de mesures contractuelles. Implicitement, il était admis que tout propriétaire avait intérêt à la préservation de son bien. Aujourd'hui, le plus souvent le propriétaire se comporte comme un dictateur de son bien. Son besoin de puissance sur sa chose est alors potentiellement destructeur. De plus, l'individualisme tend plus à l'amélioration de l'économie que de l'écologie. Pendant la révolution française par exemple, il a été considéré que les législations sur l'eau et les forêts porteraient trop atteinte au droit de propriété, et ont été de ce fait abolies. Les forêts ont été redistribuées, vendues par petit lot⁷⁴⁹. La notion de propriété se substitue alors à la notion de dépôt, c'est une revendication personnelle au dépend des autres. En réaction à cette conception qui a mené à la destruction de biens communs, l'Abbé Grégoire va prôner l'intérêt général de ces biens, et ainsi la notion de « propriété partagée » va faire son apparition. Cette « propriété partagée » s'applique au patrimoine culturel comme au patrimoine naturel. Laisser la propriété gérer les ressources environnementales conduit aujourd'hui à des phénomènes comme le NIMBY⁷⁵⁰. La propriété a échoué dans la gestion de l'environnement et s'est montrée largement insuffisante. Les situations d'irréversibilité environnementale nécessitent une prise en compte juridique différente et plus rigoureuse.

403. Fonder un modèle de régulation environnementale sur la responsabilité est une chose logique et essentielle, mais encore faut-il que cette responsabilité soit effective. En droit international, le principe de responsabilité se traduisait par la simple limite de l'interdiction de nuire à autrui, c'est-à-dire à un autre Etat. Cette responsabilité limitée entraîne un système international de régulation environnementale minimaliste et inadapté à l'irréversibilité environnementale. Ainsi la responsabilité sans faute n'existe pas en droit international de l'environnement *stricto sensu*, ce qui est un problème non négligeable en matière d'atteintes à l'environnement *a fortiori* lorsqu'il y a risque d'irréversibilité. La mise

⁷⁴⁹ Ce qui portait spécifiquement préjudice au droit de propriété était ce que l'on appelait « le droit de triage ». Il était établi par l'article 4 du titre XXV de l'ordonnance sur les Eaux et forêts de 1669. Ce droit de triage permettait une répartition des bois et forêts entre seigneurs, les communautés usagères n'étant pas propriétaires. Ce droit a été aboli par un décret des 15-28 mars 1790 qui a révoqué tous les édits, déclarations, arrêts du Conseil, qui avaient autorisé le partage des forêts communales au préjudice des communautés usagères. Il convient de préciser que ces lois révolutionnaires ont été partiellement remises en cause par la suite. En effet, « les droits d'usage, surtout ceux qui s'exerçaient dans les forêts et dont les ruraux avaient obtenu l'exercice, furent eux aussi remis en cause. Une loi du 28 ventôse an XI fit obligation aux communes et aux particuliers qui se prétendaient usagers dans les forêts nationales de présenter leurs titres au secrétariat général de la préfecture dans un délai de six mois à peine de déchéance. En violation des règles les plus élémentaires du droit civil des biens, c'était l'administration qui décidait du maintien ou de la disparition des droits d'usage dans les forêts ». Cf. à ce sujet CLERE J.-J., *L'abolition des droits féodaux en France*, Cahier d'Histoire, Revue d'Histoire critique, 2005, p. 135-157.

⁷⁵⁰ Not In My Back Yard, Pas dans mon jardin.

en place de la responsabilité n'est pas assez développée en droit international, ce qui porte préjudice au droit de l'environnement. Les réflexions en ce sens ont progressé et permettent petit à petit d'améliorer le principe de responsabilité notamment par le biais du droit de l'Union Européenne⁷⁵¹. La Directive n°2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la prévention et réparation des dommages environnementaux a été transposée en droit français par la loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union Européenne dans le domaine de l'environnement. Le décret n°2009-468 du 24 avril 2009 précise les contours de cette responsabilité environnementale⁷⁵².

404. Le mode de régulation environnementale remis en cause, une réflexion sur de nouveaux instruments plus protecteurs et efficaces s'impose. Entre anthropocentrisme et écocentrisme⁷⁵³, il semble qu'aujourd'hui l'homme se trouve devant une conception mixte que l'on pourrait appeler, selon l'expression du professeur A. Kiss, la « justice environnementale »⁷⁵⁴. Elle comprend trois aspects : l'équité entre les humains vivants pour la répartition des ressources, l'équité entre les générations futures et présentes, et l'équité entre les espèces, c'est-à-dire entre l'Homme et les autres espèces vivantes. Face à l'inefficacité d'une telle régulation, le droit de l'environnement s'est peu à peu formé. Comme le rappelle M. Prieur, le droit de l'environnement est aujourd'hui un droit « adulte » et non plus un simple droit de « regroupement » comme il a pu être considéré pendant longtemps⁷⁵⁵. La conscience sociale de l'importance de la protection de l'environnement, ajoutée aux réformes juridiques entreprises depuis les années 1970, la création d'un Code de l'environnement et la consécration constitutionnelle du droit à l'environnement sont autant d'éléments tendant vers un droit de l'environnement autonome et fort.

⁷⁵¹ Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la prévention et réparation des dommages environnementaux, JOUE L.143.56 du 30 avril 2004, transposée en droit français par la loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO du 2 août 2008. Cf. Notamment PARANCE B., A propos de loi relative à la responsabilité environnementale, *Revue de droit Civil*, Lamy, Novembre 2008, p. 15-20.

⁷⁵² Cf. notamment HAGEGE-RADUTA B., *Le décret du 24 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement : les contours d'un régime enfin précisés*, LPA, 14-15 juillet 2009, N° 139-140.

⁷⁵³ Cette thèse soutient que l'homme fait partie de son milieu et que ce dernier doit être sauvegardé dans son ensemble comprenant toutes les formes de vie, sans tenir compte de son utilité pour l'homme. Cf. HOTTOIS G., MISSA J-N., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Editions De Boeck Université, 2001.p. 337-339.

⁷⁵⁴ KISS A., BEURIER JP. *Droit international de l'environnement*, *op.cit.*

⁷⁵⁵ PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 9.

L'environnement ne constitue plus un objet du droit secondaire mais bien l'enjeu majeur du droit pour les années à venir. M. Prieur rappelle les conditions de l'émergence d'une nouvelle branche du droit. Il est possible d'envisager la naissance d'un nouveau droit « à partir du moment où apparaît un certain particularisme autour d'un objet nouveau ». Ce particularisme est susceptible de se manifester notamment en cas de « distorsion croissante entre le droit écrit et les nécessités de la pratique »⁷⁵⁶, d'où l'abandon de la régulation environnementale traditionnelle et l'avènement d'un droit de l'environnement. Cette distorsion réside à la fois dans la prise de conscience que l'environnement n'est plus un élément inépuisable mais quelque chose qui peut être amené à disparaître, ainsi que dans la manifestation de « grands dommages » environnementaux tels que la détérioration de la couche d'ozone qui n'entraîne plus une simple baisse de la qualité de vie mais une détérioration de la vie elle-même. La place de l'environnement dans la pyramide des besoins, telle qu'elle a été énoncée par le psychologue A. Maslow en 1943⁷⁵⁷, est passée d'un confort à un élément nécessaire à la survie.

405. Il est certain que cette évolution du droit de l'environnement est due à l'accroissement des dommages écologiques graves. Face à des problématiques comme les changements climatiques, la raréfaction des ressources, l'appauvrissement des écosystèmes, la disparition d'espèces, il était nécessaire d'avoir un droit adapté. Tant que les ressources se renouvelaient, que les pollutions pouvaient être réparées ou réduites, rien ne justifiait réellement une réglementation stricte. La régulation qui existait jusqu'alors permettait la gestion des dommages environnementaux bénins. Ce qui a donné cette place au droit de l'environnement, c'est finalement la conscience des possibles irréversibilités environnementales. Au fond, qu'est-ce qui a justifié la mise en place de Conventions telles que celle de la CITES si ce n'est la possibilité de voir disparaître des espèces et donc de faire état d'une irréversibilité environnementale ? En définitive, il est possible de considérer que l'irréversibilité environnementale constitue pour le droit une anomalie sociétale qu'il convient de régler. Avec l'émergence du droit de l'environnement, il ne s'agit plus d'observer les phénomènes environnementaux, fussent-ils par nature irréversibles, mais bien d'agir pour tenter d'interrompre, voire d'inverser une dégradation grandissante. Ce passage de l'observation à l'action passe nécessairement par des prises de décision. Ces prises de décision ont pour but d'agir pour une meilleure protection de l'environnement et

⁷⁵⁶ *Ibidem.*

⁷⁵⁷ MASLOW A., *Motivation and Personality*, Boston, Addison-Wesley, 1943.

sont subordonnées à un cadre juridique préexistant. Le droit de l'environnement s'est donc pourvu d'outils juridiques plus ou moins contraignants permettant de prendre en compte les irréversibilités environnementales⁷⁵⁸. Mais avant même la création de ce corpus de textes juridiques, il s'agit bien d'une évolution dans la démarche environnementale : celui de l'action et de la prise de décision et non plus d'une simple régulation traditionnelle. Ce contexte décisionnel est d'autant plus important et complexe qu'il nécessite que certains aspects du dommage soient identifiés, comme celui de sa gravité, de ses conséquences et notamment de ses conséquences irréversibles.

406. L'environnement a accru sa place au sein de politiques publiques. En 1978, J. Untermaier écrivait déjà que « normalement il n'appartient pas au juriste de décider s'il faut ou non protéger la nature, ni d'ériger en principe de son propre chef, que chaque citoyen a le droit de vivre dans un environnement de qualité. Ceci relève du pouvoir politique qui doit déterminer quelle place il entend lui réserver »⁷⁵⁹. Pareillement, J. Fromageau et P. Guttinger retenaient en 1993 à propos de la responsabilité qu'une « évolution se fait sentir de nos jours : gérer l'environnement, ce n'est plus seulement prévenir les dommages mais gérer les échecs de la prévention et à supposer que l'atteinte à l'environnement soit irréversible, les normes du droit à la réparation, qui sont parmi celle qui sont les plus lisibles, ambitionnent de donner consistance à la perception des menaces qui pèsent sur l'environnement et sur les générations futures »⁷⁶⁰. Plus récemment, le Grenelle de l'environnement⁷⁶¹ de 2009 et les lois qui en ont découlé⁷⁶² sont une illustration de cette dynamique pouvoir politique/droit. La loi portant « engagement national pour l'environnement » dite Loi Grenelle 2 promulguée le 12 juillet 2010 a fait l'objet de 199 décrets qui assurent la mise en œuvre de 257 articles de la loi⁷⁶³.

⁷⁵⁸ Cf. Infra Partie I, Titre I, Section II.

⁷⁵⁹ UNTERMAIER J., *Droit de l'homme à l'environnement et liberté publiques, Droit individuel ou droit collectif, Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat, Préc.*, p. 333.

⁷⁶⁰ FROMAGEAU J., GUTTINGER P., *Droit de l'environnement*, Editions Eyrolles, 1993, p. 225.

⁷⁶¹ Cf. <http://www.legrenelle-environnement.fr>

⁷⁶² Loi n°2009-967 du 3 août 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, JO n°0179 du 5 août 2009, p. 13031 et loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, Loi grenelle 2, JO n°0160 du 13 juillet 2010, p. 12905.

⁷⁶³ Six grandes thématiques environnementales sont ainsi privilégiées aux fins d'amélioration (énergie des bâtiments et harmonisation des outils de planification, organisation de transports plus respectueux de l'environnement tout en assurant les besoins en mobilité, réduction des consommations d'énergie et du contenu en carbone de la production, biodiversité, maîtrise des risques, traitement des déchets et préservation de la santé, recherche d'une nouvelle gouvernance écologique et fondement d'une consommation et d'une production plus durables).

407. Avec l'évolution du mode de régulation environnementale il a été nécessaire pour les juristes de repenser le modèle de responsabilité environnementale.

§2. Les avancées du modèle de responsabilité environnementale

408. Les avancées du modèle de responsabilité environnementale sont notamment issues de la notion de dommage écologique. Cette notion, par ses particularités, engendre de nombreuses difficultés quant à sa prise en compte et sa réparation. L'irréversibilité étant une de ses conséquences, le traitement de ces dernières se heurte fatalement aux difficultés propres du dommage écologique pur. Tout d'abord, la multiplicité des causes et les effets diffus entraînent l'absence presque totale de possibilité à agir, le dommage personnel et certain étant dans ce cas-là très difficile à identifier voire impossible à prouver, ce dommage ne lésant aucune personne en particulier. Les difficultés se posent également au niveau de l'établissement du lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage fait à l'environnement. Il est très difficile de déterminer avec précision la personne responsable du dommage. Il en existe souvent plusieurs et la diffusion dans l'espace et le temps rend plus ardu tout essai de traçabilité. De plus, l'auteur de la pollution doit être identifié au sens juridique du terme. La gravité et la fréquence des dommages écologiques ont poussé à établir un cadre juridique de prise en compte. Une des avancées les plus importantes reste la mise en place d'une responsabilité environnementale en matière de dommage écologique.

409. La responsabilité environnementale et la réparation des dommages écologiques, trouvent leurs origines en droit de l'Union Européenne avec la Directive du 21 avril 2004⁷⁶⁴ relative à la responsabilité environnementale s'agissant de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux. En droit français, la loi du 1^{er} août 2008⁷⁶⁵ relative à la responsabilité environnementale transpose cette directive et apporte en matière de dommage écologique un certain nombre de réponses. Ce régime de police administrative semble cependant délaisser la question de la responsabilité civile pour les dommages causés aux

⁷⁶⁴ Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004, relative à la responsabilité environnementale s'agissant de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, JOUE du 30 avril 2004, n° L. 143, loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 *relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, JO du 2 août 2008, codifiée aux articles L160-1 à L165-2 du Code de l'environnement, Titre VI, Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement.

⁷⁶⁵ Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008, *relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement*, JO du 2 août 2008.

personnes ou aux biens à l'occasion de catastrophes écologiques⁷⁶⁶ pour ne prendre en compte que la réparation du « préjudice écologique pur ».

410. La directive définit la notion de dommage en son article 2. Il s'agit d'une « modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte ». L'emploi du terme « mesurable » risque notamment d'influer sur la prise en compte des dommages écologiques irréversibles dont la détermination des conséquences reste difficile. La menace imminente de dommage est quant à elle définie comme une « probabilité suffisante de survenance d'un dommage environnemental dans un avenir proche ». L'article L.161-1 du Code de l'environnement issu de la loi de transposition énonce les dommages entrant dans le champ de la réparation et de la prévention. Sont ainsi concernés : les dommages qui créent un risque grave d'atteinte à la santé humaine du fait de la contamination des sols ; les dommages qui affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif des eaux ; les dommages qui affectent le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable des espèces et des habitats sauvages ou protégés dans le cadre du dispositif Natura 2000 et les sites de reproduction et les aires de repos de ces mêmes espèces ; ceux qui affectent les services écologiques, c'est-à-dire les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats protégés au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou du public. Il convient de noter que le terme « irréversible » est absent de la liste retenue des dommages concernés. Le phénomène d'irréversibilité y est cependant compris indirectement à travers l'emploi de mots tels que « risque grave d'atteinte », « affectent gravement » ou encore « affectent le maintien ». Les articles L. 161-1 II et L. 161-2 du Code de l'environnement énoncent quant à eux les dommages exclus de la loi de 2008 et notamment les dommages « causés par un phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible » ou les dommages faisant l'objet d'une législation particulière⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ « L'article L.162-2 du Code de l'environnement, au sein des principes relatifs au régime de cette responsabilité, vient décider que les préjudices résultant d'un dommage environnemental causés aux personnes sont exclus de cette responsabilité. Cela signifie donc que les personnes devront demander la réparation de leurs préjudices sur le fondement du droit commun de la responsabilité », PARANCE B., *A propos de la loi relative à la responsabilité environnementale*, *Préc.*, p. 17.

⁷⁶⁷ Aux fins de précision, la directive dans son préambule retient que « toutes les formes de dommages environnementaux ne peuvent être réparées dans le cadre d'un régime de responsabilité. Pour que ce dernier fonctionne, il faut un ou plusieurs pollueurs identifiables, le dommage devrait être concret et quantifiable et un lien de causalité devrait être établi entre le dommage et le ou les pollueurs identifiés. La responsabilité ne constitue pas de ce fait un instrument approprié face à la pollution à caractère étendu et

411. La directive prend en compte juridiquement les dommages écologiques via des mesures de prévention. Dans son article 5, elle prévoit que l'autorité compétente peut à tout moment obliger l'exploitant à fournir des informations chaque fois qu'une menace imminente de dommage environnemental est présente, ou dans le cas où une telle menace est suspectée. Elle peut également obliger l'exploitant à prendre les mesures préventives nécessaires ou lui donner les instructions à suivre quant à ces mesures préventives ou enfin prendre elle-même les mesures préventives nécessaires. Il s'agit bien ici du temps de l'urgence et de l'irréversibilité. Dans le cas d'un dommage écologique avéré, la directive prévoit des mesures de réparation en son article 6. L'exploitant doit tout d'abord informer l'autorité compétente. Il doit ensuite prendre « toutes les mesures pratiques afin de combattre, d'endiguer, d'éliminer ou de traiter immédiatement les contaminants concernés et tout autre facteur de dommage, en vue de limiter ou de prévenir de nouveaux dommages environnementaux et des incidences négatives sur la santé humaine ou la détérioration des services » ainsi que les mesures de réparation nécessaires. L'autorité compétente peut à tout moment obliger l'exploitant à fournir des informations complémentaires concernant le dommage produit. Elle peut également lui donner des instructions ou le contraindre à prendre des mesures de réparation. L'article 8 de la directive prévoit que « l'exploitant supporte les coûts des actions de prévention et de réparation entreprises en application de la présente directive ». Quant à l'article 12, il prévoit que les demandes d'action en responsabilité peuvent être formées par les personnes physiques ou morales touchées ou risquant d'être touchées par le dommage environnemental, ayant un intérêt suffisant à faire valoir à l'égard du processus décisionnel environnemental relatif au dommage ou, faisant valoir une atteinte à un droit, lorsque le Code de procédure administrative d'un Etat membre pose une telle condition.

412. La directive de l'Union Européenne, dans le cadre des mesures de réparation, énonce que les autorités prennent la décision de la réparation « en tenant compte, notamment, de la nature, de l'étendue, de la gravité des différents dommages environnementaux concernés et des possibilités de régénération naturelle ». Cette notion de gravité est inhérente au phénomène d'irréversibilité. Mais ce critère est problématique du fait de la subjectivité et de l'incertitude scientifique qui entourent le plus souvent les questions environnementales. Le décret d'application de la loi du 1^{er} août 2008 est intervenu pour préciser les conditions

diffus, pour laquelle il est impossible d'établir un lien entre les incidences environnementales négatives et l'acte ou l'omission de certains acteurs individuels ».

d'appréciation de la gravité du dommage⁷⁶⁸. L'article R.161-1 précise ainsi que « la gravité des risques créés pour la santé humaine par la contamination des sols s'apprécie (...) au regard des caractéristiques et des propriétés du sol, ainsi que de la nature, de la concentration, de la dangerosité et des possibilités de dispersion des contaminants ». L'article R.161-2 énonce quant à lui que la gravité du dommage causé aux eaux s'apprécie « par rapport à l'état écologique, chimique ou quantitatif ou au potentiel écologique des eaux ». Concernant les dommages pouvant affecter les espèces, la gravité s'apprécie notamment sur les affectations à « long terme » sur la répartition, la structure, les fonctions de l'espèce⁷⁶⁹. A ce titre, la directive de l'Union Européenne évoque notamment comme faisceaux d'indices le nombre d'individus et leur densité ainsi que leur capacité à se rétablir en un temps limité après la survenance du dommage, sans intervention⁷⁷⁰. Il s'agit ici d'une éventuelle capacité de réversibilité attachée à l'espèce et *a contrario* la reconnaissance d'une prise en compte nécessaire de l'irréversibilité. La directive précise également les critères des dommages pouvant ne pas se révéler significatifs au nombre desquels se trouvent notamment « les dommages causés aux espèces ou aux habitats, pour lesquels il est établi que les espèces ou les habitats se rétabliront en un temps limité et sans intervention soit à l'état initial, soit en un état conduisant du fait de la seule dynamique de l'espèce ou de l'habitat à un état jugé équivalent ou supérieur à l'état initial ». Le décret d'application de la loi de 2008 reprend ces exclusions de gravité énoncées dans la Directive⁷⁷¹. Ces idées de rétablissement à un état initial, de régénération, sont des traductions du phénomène de

⁷⁶⁸ Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 *relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement*, JO n°0098 du 26 avril 2009, p. 7182.

⁷⁶⁹ Article R.161-3-1 du Code de l'environnement.

⁷⁷⁰ Annexe 1 de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 : « L'étendue d'un dommage qui a des incidences négatives sur la réalisation ou le maintien d'un état de conservation favorable des habitats ou des espèces doit être évaluée par rapport à l'état de conservation à l'époque où le dommage a été occasionné, aux services rendus par les agréments qu'ils procurent et à leur capacité de régénération naturelle. Il conviendrait de définir les atteintes significatives à l'état initial au moyen de données mesurables telles que:

- le nombre d'individus, leur densité ou la surface couverte,
- le rôle des individus concernés ou de la zone atteinte par rapport à la conservation de l'espèce ou de l'habitat, la rareté de l'espèce ou de l'habitat (appréciés à un niveau local, régional et supérieur, y compris au niveau de l'Union Européenne),
- la capacité de multiplication de l'espèce (selon la dynamique propre à cette espèce ou à cette population), sa viabilité ou la capacité de régénération naturelle de l'habitat (selon les dynamiques propres aux espèces qui le caractérisent ou à leurs populations),
- la capacité de l'espèce ou de l'habitat de se rétablir en un temps limité après la survenance d'un dommage, sans intervention autre que des mesures de protection renforcées, en un état conduisant du fait de la seule dynamique de l'espèce ou de l'habitat à un état jugé équivalent ou supérieur à l'état initial.

Sont nécessairement qualifiés de dommages significatifs, les dommages ayant une incidence démontrée sur la santé humaine ».

⁷⁷¹ Articles R. 161-3-1 et R. 161-5 du Code de l'environnement.

réversibilité, phénomène que la science a autant de mal à certifier que celui de l'irréversibilité.

413. La transposition de la directive en droit français constitue une avancée et illustre la place importante qu'occupe aujourd'hui la notion de dommage écologique. Cette reconnaissance permet une meilleure prise en compte de l'irréversibilité de fait environnementale. Parallèlement à ces avancées spécifiques en matière de responsabilité environnementale, l'irréversibilité, du fait de sa processualité et de son caractère temporel appelle à une réflexion plus poussée sur l'adaptabilité même des mécanismes de responsabilité.

§3. La proposition du modèle de responsabilité « universelle »

414. La doctrine fait référence à l'émergence d'une « responsabilité universelle », laquelle pourrait amener à considérer davantage le phénomène d'irréversibilité environnementale. C. Thibierge retient à ce titre qu'une « triple influence de faits nouveaux, d'insuffisance du droit positif et d'idées naissantes prélude souvent aux grandes transformations de la responsabilité »⁷⁷². Ces trois influences entraînant un bouleversement du modèle de responsabilité existant nécessitent d'être précisées. Les « faits nouveaux » consistent en l'apparition de dommages nouveaux, et notamment ceux liés à l'évolution technologique du XIXe et XXe siècle. En effet, ces dommages nouveaux « illustrent un changement d'échelle, en ce que ces risques sont majeurs, et un changement de nature, en ce qu'ils sont très graves voire irréversibles »⁷⁷³. Face à ces nouveaux risques, les limites du droit se font sentir et notamment celles du droit de l'environnement. C. Thibierge explique à ce sujet que « l'exigence de certitude fait pareillement obstacle à la prévention de dommages futurs et majeurs seulement probables. Et cette fois, c'est l'exigence d'un dommage certain qui souligne les limites du droit actuel »⁷⁷⁴. Enfin, les « idées naissantes » résident notamment dans « les propositions de la théorie du risque, puis de la garantie qui permettent au droit de s'affranchir de l'exigence d'une faute prouvée et de créer ainsi une responsabilité sans faute », ou encore dans le « développement philosophique du principe responsabilité et de l'idée d'une responsabilité orientée vers l'avenir qui permettrait au droit de s'affranchir de la

⁷⁷² THIBIERGE C., *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, Recueil Dalloz 2004, p. 577.

⁷⁷³ *Ibidem*.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

nécessité d'un préjudice consommé et de créer une responsabilité pour simple menace de dommage, à la condition que celui-ci soit suffisamment grave »⁷⁷⁵.

415. Parallèlement à ces trois influences, M. Delmas-Marty pose le premier fondement relatif à une telle responsabilité. Le principe de précaution, par sa reconnaissance en droit international, européen et interne, « devrait permettre la mise en œuvre d'une responsabilité globale des opérateurs économiques ou même des Etats »⁷⁷⁶. Si le principe de précaution fonde cette nouvelle responsabilité, le phénomène d'irréversibilité environnementale sera indubitablement mieux pris en compte et légitimé puisqu'il est intégré dans la définition même du principe. L'idée de cette responsabilité ne serait pas d'élargir les responsabilités existantes, civiles, pénales, mais de créer une nouvelle responsabilité affranchie de celles existantes.

416. Cependant, de nombreux obstacles risquent de se dresser contre cette nouvelle responsabilité. La limite temporelle est le premier obstacle à surmonter. En effet, comment mettre en place une responsabilité dont « le fait générateur, au lieu d'être inscrit dans le passé (punition de la faute) ou circonscrit au présent (réparation du dommage), se place dans le futur (conservation du vivant), et comme tel, s'étend à l'infini »⁷⁷⁷ ? L'irréversibilité des dommages est ici spécifiquement visée. La processualité du phénomène induit une vision temporelle qui peut être très lointaine. Comment dès lors sanctionner un dommage écologique du fait de ses caractéristiques irréversibles ? Il paraît impossible de pouvoir organiser un régime de responsabilité applicable à l'incertain et à l'infini. Néanmoins, M. Delmas-Marty rappelle qu'il existe des solutions juridiques. Il serait possible, sur le modèle des conditions rétrospectives, de créer un modèle de conditions prospectives (ce modèle se fondant finalement sur la responsabilité prospective telle que la propose Hans Jonas⁷⁷⁸). De même, le régime de preuve au « risque de préjudice » pourrait servir de base à la création d'un régime de preuve au « risque de causalité »⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁷⁶ DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2011, p. 362.

⁷⁷⁷ *Ibidem.*, p. 363.

⁷⁷⁸ Sur la notion de prospective Cf. GAUDIN T., *La prospective*, Editions PUF, Collection Que sais-je ?, 2005. Cf. Egalement JONAS H., *Le principe responsabilité*, *op.cit.*, p. 31.

⁷⁷⁹ DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs*, *op.cit.*, p. 363.

417. Afin de préciser cette proposition de responsabilité « universelle » et autonome, C. Thibierge énonce plusieurs arguments permettant de croire qu'une telle création est possible. Tout d'abord, cette nouvelle responsabilité « serait le pendant juridique du devoir éthique d'une responsabilité orientée vers l'avenir, dont nous avons, et notre planète avec nous, un besoin chaque jour plus urgent, pour éviter les risques majeurs issus de notre activité et de nos pouvoirs grandissants ». Cette responsabilité répondrait ensuite à une expression de « l'obligation de répondre » et notamment « l'obligation de répondre des menaces de dommages majeurs, avant qu'elles ne se réalisent ». Par ailleurs, la création d'une responsabilité plutôt que l'élargissement d'une responsabilité existante éviterait la déformation de cette dernière. Enfin, cette responsabilité nouvelle permettrait la construction « d'un régime propre de responsabilité préventive, avec de nouvelles notions, telles que la menace, ou le risque, de dommage, ou encore celle de dommage futur probable, et une nouvelle action, l'action en responsabilité préventive »⁷⁸⁰.

418. Avec la création de cette responsabilité universelle, l'homme entrerait dans le troisième temps de la responsabilité : la « responsabilité-anticipation »⁷⁸¹ fondée sur la menace de risques majeurs et centrée sur les générations actuelles et futures ainsi que sur le vivant. Cette responsabilité serait transversale, concernant autant le droit public que le droit privé et proportionnée au pouvoir exercé. C. Thibierge résume ainsi la proposition de responsabilité « universelle » : « comme la responsabilité civile s'est jadis détachée de la responsabilité pénale, une nouvelle responsabilité juridique pourrait aujourd'hui se détacher de la responsabilité civile, permettant la création d'une action préventive des risques d'atteintes majeures à un intérêt essentiel de l'humanité. Punir, réparer et prévenir, telles seraient alors les trois fonctions principales de la responsabilité juridique déclinée en responsabilité pénale, civile ou administrative et universelle »⁷⁸². Tout reste à construire pour mettre en place cette responsabilité mais elle répondrait à une prise en compte de l'irréversibilité environnementale satisfaisante et sa seule proposition prouve que les mécanismes existants ne suffisent plus, parce qu'inadaptés à des phénomènes tels que l'irréversibilité environnementale.

⁷⁸⁰ THIBIERGE C., *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, *op.cit.*, p. 577.

⁷⁸¹ *Ibidem.*, C. Thibierge distingue trois temps de la responsabilité : la « responsabilité-sanction », la « responsabilité-indemnisation » et la « responsabilité-anticipation ». La première est fondée sur la faute, la seconde sur le risque et la troisième sur la menace de risques majeurs.

⁷⁸² *Ibidem.*

CONCLUSION CHAPITRE II

419. Bien que cela soit souvent de manière implicite, le phénomène d'irréversibilité environnementale est considéré tant par les Etats que par le droit de l'environnement comme la justification originelle des politiques de protection de l'environnement. Il en est la nécessaire justification dans la mesure où, comme nous avons pu le soulever, une réglementation protectrice de l'environnement perdrait sa raison d'être face à des dommages environnementaux eux-mêmes réversibles. Mais cette justification demeure implicite. Le mot « irréversibilité » est assez explicite pour pouvoir être utilisé dans le langage juridique. Cependant, il y est relativement absent mise à part dans la définition du principe de précaution. La saisie juridique de l'irréversibilité est, de manière indirecte le plus souvent, incontestable. L'avènement du droit de l'environnement à partir des années 1970 a concouru à cette prise en compte et les dernières évolutions de ce droit la renforcent.

CONCLUSION TITRE II

420. Le panel d'instruments juridiques dont bénéficie le droit de l'environnement permet sans conteste une saisie « théorique » de l'irréversibilité environnementale. Le terme « théorique » est repris ici pour souligner le fait que l'irréversibilité, au vu de ses spécificités radicales, est très difficile à saisir de manière satisfaisante. Les fondements juridiques à cette saisie existent mais sa matérialisation est malheureusement moins aisée, pour des raisons objectivement scientifiques (incertitude, manque de connaissance et de retour sur expérience...) ou subjectivement politiques (intérêts sociaux ou économique) et les mécanismes que le droit a créés et continue de créer pour plus d'adaptabilité, ne suffisent pas toujours. L'irréversibilité juridique fait partie de ces mécanismes qui tendent à rendre meilleur le traitement de ces situations si particulières.

CONCLUSION PARTIE I

421. En étudiant l'irréversibilité comme objet du droit, il est possible de s'apercevoir rapidement des dualités du phénomène. L'irréversibilité est une situation intrinsèquement humaine puisqu'elle traduit la finitude de toute vie sur la Terre. Dans ce contexte, l'irréversibilité représente la normalité. A l'inverse, elle traduit une anormalité grandissante lorsqu'elle est la conséquence d'activités humaines sur l'environnement. Le premier cas n'est pas susceptible d'intéresser en tant que tel le droit. Il reste du ressort des réflexions philosophiques. Le second cas est au contraire tout destiné à intégrer la sphère juridique. Lorsque la vie en communauté produit des dérèglements sociaux, économiques ou environnementaux, le droit a pour mission de réguler, de prévenir ou de régler et réparer ses dérèglements. La réflexion sur les rapports entre irréversibilité et droit amène indubitablement à traiter en priorité l'aspect factuel de l'irréversibilité dans le droit. En effet, les enjeux de l'irréversibilité en droit sont davantage préoccupants dans leurs dimensions factuelles, c'est-à-dire environnementales que, dans leurs dimensions purement juridiques. Il convient cependant de préciser que les enjeux de l'irréversibilité purement juridiques, l'irréversibilité comme objet « de » droit, se sont quelque peu modifiés, notamment avec l'apparition des irréversibilités environnementales. L'irréversibilité juridique peut être étudiée de manière très théorique, voire philosophique mais également comme un nouvel outil du droit permettant d'intervenir sur les irréversibilités factuelles. Ainsi, une boucle se forme entre irréversibilité factuelle environnementale et irréversibilité juridique.

PARTIE II - L'irréversibilité juridique

422. Originellement, l'irréversibilité est un phénomène temporel naturel. Il s'agit d'un attribut du temps, ce « milieu homogène et indéfini dans lequel se situent les êtres et les choses et qui est caractérisé par sa double nature, à la fois continuité et succession »⁷⁸³. L'irréversibilité, comme objet de droit, se comprend facilement et notamment dans le domaine des atteintes faites à l'environnement. De prime abord, ce phénomène naturel semble être extérieur aux constructions conceptuelles humaines. Cependant, les sciences sociales, et notamment le droit, sont pénétrées de phénomènes naturels⁷⁸⁴ qu'il leur convient de prendre en compte, d'intégrer et qui parfois se construisent par leur intermédiaire. L'irréversibilité, du fait de sa dimension temporelle, infiltre la sphère juridique pour être plus qu'un simple objet du droit. De ce glissement entre phénomène naturel et construction juridique naît l'idée d'irréversibilité juridique. Il paraît essentiel de comprendre les préalables juridiques nécessaires, les fondements ainsi que les fonctions et les manifestations de cette potentielle juridicisation de l'irréversibilité.

423. A travers les « préalables juridiques nécessaires », il s'agit de concevoir l'irréversibilité comme une « réalité juridique ». Ces préalables passent tout d'abord par l'existence de possibilités et de moyens permettant la juridicisation de l'irréversibilité. La performativité potentielle du langage juridique est l'un des outils d'intégration de l'irréversibilité en droit. Partant de ce phénomène complexe, la performativité établit son existence et procède à son encodage juridique. L'irréversibilité dans ce cadre d'étude s'avère être un instrument que le droit est amené à utiliser aux fins de réglementation. En aval, l'appréhension juridique de l'irréversibilité passe également par l'analyse des fondements juridiques de ce phénomène concentrés principalement dans l'existence du principe de sécurité juridique, du principe de non-rétroactivité, de la théorie des droits acquis et de l'application immédiate de la loi.

424. Ces préalables juridiques une fois établis, la question de la fonction de l'irréversibilité juridique se profile de manière plus précise. Peut-elle être considérée comme un outil du

⁷⁸³ CNRTL, *Temps*.

⁷⁸⁴ Les paysages sont des exemples de phénomènes naturels saisis par le droit. Cf. Notamment MAKOWIAK J., *Esthétique et droit*, Thèse Droit public, Editions LGDJ Montchrestien, Paris, 2004.

droit et dans une vision plus poussée comme une mission du droit, et dans quelles mesures ? Au vu des caractéristiques de l'irréversibilité juridique ainsi que de ses conséquences, il semble en effet qu'elle puisse être considérée comme un outil ou une mission du droit, un outil qu'il convient d'adapter notamment en cas de changement de circonstances. Entre immobilisme juridique et nécessaire adaptabilité du droit, se pose par conséquent la question de la recherche de l'irréversibilité juridique (Titre I).

425. La possibilité de juridicisation de l'irréversibilité établie, ou tout du moins proposée, ses manifestations appellent inévitablement des approfondissements. L'irréversibilité juridique se caractérise par un non-retour juridique, c'est-à-dire par un immobilisme juridique et une non-remise en cause plus ou moins absolus. Dans le cadre d'une étude globale de ses manifestations, il semble que l'irréversibilité puisse constituer une caractéristique de la règle de droit entraînant *de facto* des conséquences qui lui sont propres. Dans le cadre d'une étude plus spécifique des manifestations de l'irréversibilité juridique, de nombreuses règles juridiques s'illustrent par leurs prescriptions de non-retour juridique et d'immobilisme juridique. Ces figures juridiques de l'irréversibilité peuvent s'avérer « positives ». Dans ce cas, elles mettent en place de l'irréversibilité juridique. Elles peuvent également être « négatives », niant et rejetant ainsi l'irréversibilité et consacrant la réversibilité juridique (Titre II).

TITRE I - L'irréversibilité comme réalité juridique

426. La définition de la « réalité juridique » dans sa globalité peut être comprise comme « le droit tel qu'il existe, tel qu'il est posé »⁷⁸⁵. De cet ensemble qu'est la « réalité juridique » découle tout un faisceau de « réalités juridiques » correspondant aux composantes du droit. Ces réalités se manifestent aux esprits de manière matérielle, à travers les manifestations juridiques que sont les règles de droit, mais également de manière plus floue, éparpillée et théorique comme pour le phénomène global de l'irréversibilité juridique. Ainsi, le corpus de règles englobant la théorie des actes administratifs constitue une réalité juridique. En effet, il s'agit d'une théorie en droit administratif et aucune contestation sérieuse ne pourrait remettre en cause son existence⁷⁸⁶. En matière d'irréversibilité, la reconnaissance de sa réalité juridique peut paraître moins évidente. Il existe des manifestations difficilement critiquables, telles que le principe de non-rétroactivité ou celui des droits acquis. Cependant, il convient de noter que la réalité juridique de l'irréversibilité nécessite presque systématiquement une identification quand pour d'autres réalités cette même question d'identification ne se pose pas. Il semble que cette nécessaire identification de l'irréversibilité comme réalité juridique trouve son origine dans la complexité même du phénomène. Ce caractère de « réalité juridique » potentiellement attaché au phénomène d'irréversibilité passe par deux étapes nécessaires. La première est celle de la possible saisie par le droit de ce phénomène. La seconde est la recherche de l'existence d'un fondement juridique de l'irréversibilité.

⁷⁸⁵ MAGNON X., *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ?*, RTDCiv, 2009, p. 269.

⁷⁸⁶ Il convient ici de préciser que le terme « réalité juridique » ne doit être compris que dans une acception stricte de philosophie du droit, la présente thèse n'étant pas une thèse de philosophie du droit. La « réalité juridique » est considérée ici comme du droit appliqué. Pour plus de précisions sur le réalisme juridique Cf. TROPER M., *La philosophie du droit*, Editions PUF, Collection Que sais-je ?, Paris, 3^e édition, 2011. M. Troper rappelle que le réalisme prétend « réduire le droit à un ensemble de faits – les comportements des juges – et faire de la science du droit une science empirique », p. 20. Il ajoute que pour certains réalistes « les normes n'existent en effet que dans la mesure où elles sont effectivement appliquées. Décrire le droit en vigueur c'est donc seulement décrire la norme qu'applique effectivement le juge », p. 42. Il précise enfin que pour d'autres réalistes si « le droit est un objet empirique, c'est d'abord parce qu'il est un ensemble de textes ou d'énoncés, par exemple une Constitution, des lois, des décrets. Ces énoncés ont une fonction prescriptive, mais leur signification ne leur est pas attachée. Elle leur est attribuée grâce à l'activité des juristes, notamment au terme d'un travail d'interprétation. Les textes sont des faits, de sorte que la science du droit décrit ces faits et que les propositions de droit sont seulement des jugements de réalité », p. 43.

427. La complexité de la compréhension de l'irréversibilité ne fait qu'accroître la différence existant entre une appréhension métaphysique et une appréhension juridique de l'irréversibilité. De cette incertitude générale de l'irréversibilité, de ce sentiment que finalement elle nous échappe toujours, le droit réussit le plus souvent à en faire quelque chose de concret et de simplifié. Le droit a cette capacité, parfois miraculeuse, de dire ce qui est et par ce pouvoir de rendre concevable ce qui, d'ordinaire, ne l'est pas. C'est de « sa vocation à (...) déterminer « comment les choses doivent être » qu'un énoncé juridique tire sa signification normative »⁷⁸⁷. Le droit donne « l'illusion d'une appréhension parfaite de la réalité, comprise et acceptée par chacun »⁷⁸⁸. Ainsi, l'efficacité du droit « se mesure (...) à sa capacité de faire croire à la réalité qu'il décrit »⁷⁸⁹. Le temps, et par extension l'irréversibilité, énoncés par le droit, se mettent à exister concrètement par le biais de la performativité du droit⁷⁹⁰. L'homme, dans sa démarche de compréhension du monde, aspire à un enfermement de l'inconnu dans des normes rigoureuses afin de pouvoir le mesurer, le structurer et finalement l'interpréter. Cela a été le cas pour le temps⁷⁹¹. Le droit répond au besoin de créer un cadre au temps, afin de le structurer et d'organiser la vie quotidienne et l'avenir. Il s'agit de mettre de l'ordre dans le désordre. Le temps juridique et la déclinaison que constitue l'irréversibilité juridique, sont amenés à devenir des abstractions, des fictions juridiques. L'encodage juridique de l'irréversibilité a pour conséquence la maîtrise d'une notion jusqu'alors difficilement saisissable. L'irréversibilité devient un outil dont l'homme va se servir pour construire une société, pour construire du droit. Dans ce cadre, l'irréversibilité peut être considérée comme un élément de droit à part entière, un élément de la règle de droit. Il ne s'agit plus de quelque chose que l'homme subit avec lequel il doit vivre, mais d'un choix du droit, un choix de la société. Cette saisie de l'irréversibilité par le droit la clarifie, la simplifie. Elle passe d'un état d'attribut de la vie humaine qu'il convient

⁷⁸⁷ JEAMMAUD A., *La règle de droit comme modèle*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1990, 25, p. 131 cité par SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Lyon, 2006, p. 54.

⁷⁸⁸ PLAYOUST O., *Normativité et légitimité du droit*, RRJ, 1993-1, p. 195.

⁷⁸⁹ LOSCHAK D., *Le droit, discours de pouvoir*, in *Itinéraires*, Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Editions Economica, Paris, 1982, p. 439.

⁷⁹⁰ SERRES M., *Le contrat naturel*, Editions Flammarion, 1992, p. 120-130.

⁷⁹¹ L'exemple de la figure de Cronos dans la mythologie grecque et romaine illustre cet enfermement du temps. Cicéron rappelle dans son ouvrage sur la nature des dieux que « dans Saturne on a voulu voir le dieu duquel dépendent les périodes consécutives de la durée et le cours du temps; ce dieu porte en grec le même nom, car on l'appelle Krīnow qui est le même que Xrīnow, c'est-à-dire le temps. Le nom même de Saturne vient de ce que ce dieu est saturé d'années et on le représente comme dévorant ses enfants parce que dans la durée infinie les périodes de temps ne cessent d'être consommées et qu'il engloutit les années sans jamais se rassasier, mais Saturne est enchaîné par Jupiter, de façon que sa course ne soit pas déréglée : ce sont les astres qui l'astreignent à une marche ordonnée », CICERON., *De la nature des dieux*, Livre IIe, XXV.

de règlementer à un statut d'instrument juridique. Le rapport complexe et ambigu qu'entretenait l'homme avec l'irréversibilité⁷⁹² disparaît. L'encodage juridique du concept contribue à résoudre ces difficultés. D'une réalité humaine qui s'impose, l'homme passe à une réalité juridique qui se choisit et se recherche. Dans une approche privatiste du droit, E. Chevreau parle du temps comme d'un facteur de « construction et de destruction du droit »⁷⁹³. Elle souligne le « triomphe du droit sur le temps »⁷⁹⁴. Il s'agit là d'un rôle global du droit par rapport au temps qui peut être transposé à l'irréversibilité.

428. L'encodage juridique de l'irréversibilité en tant que préalable juridique une fois établi, la question du fondement juridique de l'irréversibilité en tant qu'élément juridique et par extension en tant qu'outil se pose. Il s'avère possible de déterminer plusieurs fondements à l'irréversibilité juridique, au sein desquels le principe de sécurité juridique reste le fondement principal. Les autres fondements, tel que le principe de non-rétroactivité, ne sont finalement qu'une déclinaison juridique plus ou moins distendue de ce dernier (Chapitre I).

429. Voir dans l'irréversibilité une réalité juridique dépasse la simple constatation de sa possibilité et de son existence. Cette acception entraîne inmanquablement l'étude de son rôle dans la matière juridique et de sa potentielle reconnaissance en tant qu'outil du droit. Il peut paraître étrange de considérer le phénomène d'irréversibilité comme un potentiel outil du droit. Le terme « outil » peut être défini comme une création de l'homme pour parvenir à un résultat. Dans une appréhension purement juridique, P. Amselek retient qu'« en tant qu'il est constitué d'outils de direction des conduites, ou plus précisément encore d'outils de gouvernement des peuples humains par les pouvoirs publics qui sont placés à leurs têtes, le droit est une technique de contrainte sociale »⁷⁹⁵.

430. Girard rappelle que « la normativité juridique, ce sont des règles du jeu communes destinées à transformer les conflits en litiges afin d'éviter le recours à la violence privée »⁷⁹⁶. Ainsi, la question se pose de la nature et du rôle de l'irréversibilité, en tant qu'outil, dans la mission de réglementation du droit. Reconnaître que l'irréversibilité puisse être un outil du droit du fait de l'existence d'une codification possible de son langage en

⁷⁹² Cf. *Supra* Introduction.

⁷⁹³ CHEVREAU E., *Le temps et le droit : la réponse de Rome, l'approche du droit privé*, Thèse de doctorat, droit privé, Université Panthéon-Assas, 2001.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

⁷⁹⁵ AMSELEK P., *La part de la science dans les activités des juristes*, Recueil Dalloz, 1997, p. 337.

⁷⁹⁶ GIRARD R., *La violence et le sacré*, Editions Fayard, Collection Pluriel, Paris, 2011.

langage juridique ainsi que de l'existence d'un fondement juridique, ne fait que poser les premières pierres à la fonction même de ce potentiel outil juridique. Il a été précisé que le mot « outil » signifiait le moyen de parvenir à un résultat. L'irréversibilité en tant qu'outil du droit participerait à la construction du droit au même titre que le temps ou encore le langage. En s'élevant d'une vision immédiate de l'irréversibilité en tant qu'outil, ne serait-il pas possible de considérer l'irréversibilité comme une mission du droit ? Le mot « mission » signifie un devoir essentiel qui doit être accompli, par l'intermédiaire d'un panel d'outils. Il s'avère qu'en fonction des conceptions du droit, l'irréversibilité est considérée soit comme une mission du droit soit au contraire comme quelque chose que le droit doit fuir et refuser (Chapitre II).

CHAPITRE I -L'appréhension de l'irréversibilité par le droit

« Il est impossible d'étudier la réalité humaine sans se heurter tôt ou tard au phénomène du Droit ».

A. KOJEVE⁷⁹⁷

431. L'étude de l'appréhension de l'irréversibilité par le droit est une étape nécessaire à la reconnaissance d'une irréversibilité juridique. Il est possible de déterminer cette appréhension à travers l'analyse de deux étapes.

432. L'irréversibilité étant avant tout temporelle, son appréhension juridique passe par une étude préalable des relations entre le temps, le droit et l'irréversibilité, trois notions complexes qui s'entrecroisent. Cette étude des liens associant ces trois notions va permettre de comprendre les effets que le droit va produire sur le phénomène d'irréversibilité, notamment grâce à son discours performatif (Section I).

433. Les préalables juridiques nécessaires à la reconnaissance de l'irréversibilité une fois déterminés, il conviendra de rechercher les fondements juridiques de l'existence de l'irréversibilité juridique en tant que réalité juridique, fondements qui *prima facie* résident dans l'existence d'un principe de sécurité juridique. Découlant de ce fondement primaire, les principes de non-rétroactivité, d'application immédiate de la loi et la théorie des droits acquis forment des fondements juridiques secondaires de l'irréversibilité juridique (Section II).

Section I. L'encodage juridique de l'irréversibilité

434. Le terme « encoder » signifie « constituer (un message, un énoncé) selon les règles d'un système d'expression »⁷⁹⁸. Parler d'encodage juridique revient à considérer l'action du « système d'expression » juridique sur un sujet. En l'occurrence, le sujet est ici constitué par l'irréversibilité. Cet encodage est donc l'action de transformation du phénomène d'irréversibilité, principalement par le biais du langage juridique, en phénomène juridique.

⁷⁹⁷ KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Editions Gallimard, Bibliothèque des idées, 1981, p. 9.

⁷⁹⁸ CNRTL, *Encoder*.

435. Saisir l'irréversibilité et la garantir comme élément tangible et compréhensible, c'est tout d'abord saisir le temps. Cette saisie ne s'avère pas toujours évidente, elle est fluctuante, multiple et ambiguë. Le droit, le temps et l'irréversibilité sont amenés à interagir entre eux, à s'entrecroiser. Les relations entre ces trois éléments restent souvent confuses (§1).

436. Comme il a été dit, le droit bénéficie d'une capacité particulière de performativité. Cette performativité induit une aptitude pour le droit à énoncer quelque chose, et par cette action d'énonciation, à produire des effets concrets. Le titre de l'ouvrage de J-L Austin, « Quand dire, c'est faire »⁷⁹⁹ résume cette performativité attachée, généralement, au droit. La capacité performative du droit est l'outil principal qui va permettre de dépasser les complexités temporelles de l'irréversibilité. La « magie » juridique opère sur un phénomène humain difficilement saisissable (§2).

§1. La conception juridique du temps comme préalable à l'irréversibilité juridique

437. Dans le cadre d'une étude juridique de l'irréversibilité, sa temporalité intrinsèque induit indubitablement la compréhension de la manière dont le droit se saisit du temps, ou plus exactement la manière dont le temps saisit le droit si l'on considère la force contraignante du temps duquel la matière juridique ne peut s'affranchir. Il convient de préciser qu'il s'agit là d'une analyse des systèmes contemporains de droit et que les systèmes traditionnels ou non occidentaux ne seront pas inclus.

438. La conception juridique du temps nécessite d'être définie afin de comprendre plus nettement les implications que cela entraînera pour l'irréversibilité juridique (A). De cette conception juridique du temps, il semble permis de constater qu'*in fine*, il existe ce qu'il est possible d'appeler le « dilemme » du temps juridique. En effet, dans un objectif de perfectionnement, il apparaît que le droit doit osciller entre irréversibilité et réversibilité (B).

A) L'appréhension de la conception juridique du temps

439. Il convient tout d'abord de préciser qu'il ne s'agit pas ici de rendre compte de la

⁷⁹⁹ AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Editions du Seuil, Essais Points, Paris, 1970.

conception juridique du temps dans sa globalité mais plutôt d'apporter des éclaircissements concernant l'appréhension du temps par le droit afin de servir la réflexion sur l'irréversibilité juridique.

440. A propos de la relation entre le droit et le temps, V. Petev explique qu'il a toujours été « soutenu que les juristes ont une attitude tout à fait naturelle par rapport au temps. Ils ne doutent pas de son existence, tout comme ils ne se posent pas la question cruciale sur la nature du temps »⁸⁰⁰. Il est possible que le juriste ne se pose pas la question de la nature du temps. Cependant, cela ne signifie en aucun cas qu'il l'ignore ou qu'il ne lui donne pas la place qu'il mérite. Le temps constitue une réalité humaine au même titre que le droit, ou plus précisément, il est possible de le concevoir comme une nécessité humaine entraînant ainsi sa réalité. P. Level relève également que pour le juriste « le temps n'est que la qualité d'une substance considérée sous un angle particulier (...). C'est une qualité de persistance, de persévérance dans le fait d'être, qui fait qu'une institution juridique naît, vit et meurt. (...) Le temps demeure une donnée essentielle, mais il n'en a guère conscience »⁸⁰¹. Ainsi, il est possible de considérer que même si le juriste ne donne pas au temps une place primordiale dans ses réflexions, il ne le nie cependant pas. Cette absence relative de réflexions juridiques sur le temps (relative puisque depuis quelques années, notamment à travers les questionnements sur la qualité du droit, le temps a pris une place plus importante dans les débats juridiques⁸⁰²), est explicable par le fait que la question du temps est finalement plus du ressort du philosophe que du juriste.

441. L'irréversibilité comme réalité humaine est principalement centrée sur l'individu. La peur du temps qui s'écoule, la mort, sont fondamentalement des sentiments personnels. Ces peurs attachées à l'irréversibilité constituent des angoisses qui intéressent depuis toujours les réflexions de l'homme, à travers la philosophie, les sciences, mais elles s'attachent à l'individu et à sa solitude face à cet incontournable qu'est l'irréversibilité. Le droit, autre réalité, est intrinsèquement collectif, il répond aux besoins de la société. Il intéresse l'individu à travers les droits subjectifs, mais de manière globale son champ d'application a

⁸⁰⁰ PETEV V., *Temps et transmutation des valeurs de droit*, in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* » Sous la direction de OST F. et VAN HOECKE M., Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles 1998, p. 179.

⁸⁰¹ LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, Editions LGDJ, Paris, 1959, p. 2.

⁸⁰² Cf. Notamment les écrits de F. Ost ou encore le rapport du Conseil d'Etat sur le principe de sécurité juridique, CE. *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, Editions La Documentation française, Paris, 2006.

vocation à être plus large. Le traitement juridique de l'irréversibilité étend de ce fait son champ d'étude. Il engendre un changement d'échelle. Le droit fait passer l'analyse de l'irréversibilité de l'échelle de l'individuel au général, de celle de l'individu à celle de groupe. Cette vision est bien évidemment à modérer en prenant en considération le phénomène d'irréversibilité environnementale qui concerne ici autant l'échelle individuelle que l'échelle générale⁸⁰³.

442. Afin d'éclairer la place de l'irréversibilité dans le droit, il est possible de déduire de ces affirmations concernant l'imbrication du temps et du droit, le syllogisme, quelque peu radical mais réel, suivant : le temps fait partie du droit, l'irréversibilité est intrinsèque au temps, donc l'irréversibilité fait partie du droit. Ainsi, étudier l'appréhension générale du temps par le droit permettra de comprendre plus précisément la manière dont le droit envisage l'irréversibilité. Le droit ne peut s'exclure du temps et de ce fait, il est inévitablement confronté à l'idée d'irréversibilité, qu'il la souhaite ou la subisse. L'impossibilité de retour en arrière, de défaire ce qui a été fait ou de choisir d'arrêter définitivement l'état des choses, l'état du droit, l'irrévocabilité de certaines décisions, sont autant de phénomènes qu'il est possible de retrouver en science juridique. Les termes d'irréversibilité ou de réversibilité en tant que tels sont quasiment absents du vocabulaire juridique⁸⁰⁴, mais ce phénomène apparaît en filigrane dans tous les domaines de la science juridique⁸⁰⁵. La question qui se pose est de savoir par quels moyens l'irréversibilité passe d'un phénomène scientifique, humain, à un phénomène juridique. Ce passage va nécessiter l'intervention de ce qu'il conviendra d'appeler « l'encodage juridique ».

443. La singularité engendrée par l'encodage juridique de l'irréversibilité se matérialise par la maîtrise nouvelle de l'homme sur une notion jusque-là fuyante. Il s'agit dans ce cas d'une maîtrise conceptuelle, le temps restant dans l'absolu un élément insaisissable. Le terme « encodage » doit être compris comme le fait d'appliquer un code dans le but de transformer un message, le code étant le droit et le message l'irréversibilité. Cet encodage

⁸⁰³ Cf. Supra, Partie I.

⁸⁰⁴ Exemple de présence : la réversibilité en droit des successions : « aptitude d'un droit à se reporter et à se fixer, après la mort de son titulaire, sur la tête d'un bénéficiaire désigné, dans les termes de la clause ou de la disposition qui le prévoit », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Editions PUF, Paris, 9^e édition, 2011.

⁸⁰⁵ A l'image du temps. BARANGER D., *Le temps du droit*, Revue Administrative, Numéro spécial, 2000, « De manière générale, le temps se présente comme quelque chose d'important dans les raisonnements des juristes, même si cette importance demeure souvent implicite », p. 37.

représente la traduction juridique de l'irréversibilité. La notion passe du statut de « réalité humaine », au statut de « notion juridique ». Cette traduction va permettre une maîtrise, relative, de l'irréversibilité. Le droit va constituer dès lors une clef de décomplexification de l'irréversibilité, un outil rendant plus compréhensible et utilisable ce qui ne l'est pas d'ordinaire. Ainsi, comme l'énonce J. Ellul, le droit « est un des instruments de l'homme pour maîtriser la complexité du social et l'incertitude de la durée »⁸⁰⁶. Cet encodage juridique ne rend pas le temps autant accessible que l'on pourrait le souhaiter. La complexité du temps et de ses composantes reste présente dans un domaine d'où l'on ne saurait totalement les exclure.

444. La question des relations du droit avec le temps et l'irréversibilité peut être abordée à travers différentes approches. Il est possible tout d'abord d'étudier la manière dont le droit prend le temps pour objet, à travers notamment la problématique des délais, de la non-rétroactivité et de la rétroactivité d'une norme. Il est possible également d'orienter la réflexion de manière plus abstraite en analysant, non le temps comme objet de droit, mais plus précisément en étudiant les affectations potentielles du droit en lui-même par le temps. Le temps n'est donc plus étudié comme « objet de droit » mais comme « élément perturbateur » du droit. Ces deux approches différentes rejoignent les questionnements quant à une saisie du temps par le droit ou d'une saisie du droit par le temps. La première approche se positionnerait en faveur d'une saisie du temps par le droit puisqu'il s'agirait de considérer le temps comme objet de droit. De ce fait, des notions comme les délais, les principes comme la rétroactivité ou la non-rétroactivité, la théorie des droits acquis, constitueraient des traductions du temps en tant qu'objet du droit. Dans le cadre de la seconde approche, entrevoir le temps comme « élément perturbateur » du droit tendrait davantage vers la conception d'une saisie du droit par le temps. A ce propos, D. Baranger pose les questions premières relatives à cette deuxième approche et lance l'ébauche d'une analyse plus en profondeur des relations entre le temps et le droit. « Le temps a-t-il une influence sur les caractères propres de la règle de droit ? Intervient-il dans son élaboration ? A-t-il une incidence sur sa validité, sa force obligatoire ? Affecte-t-il sa signification ? »⁸⁰⁷. Ces interrogations concernant le temps et le droit s'appliquent à l'irréversibilité. Il semble que ces deux approches doivent être prises en compte ensemble afin d'appréhender de la manière la plus large l'irréversibilité juridique.

⁸⁰⁶ ELLUL J., *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, in *Le dépassement du droit*, Archives de Philosophie du Droit, Editions Sirey, Paris, 1963, p. 32.

⁸⁰⁷ BARANGER D., *Préc.*, p. 32.

445. Dans une transcription des deux approches à l'irréversibilité, la première s'intéresserait donc au phénomène d'irréversibilité comme un objet de droit et permettrait d'étudier notamment la rétroactivité ou la non-rétroactivité d'une règle de droit comme traduction de l'irréversibilité juridique. Cette qualification « d'objet de droit » induirait par conséquent un passage de l'irréversibilité factuelle à l'irréversibilité juridique. En ce sens, il est possible d'estimer que la traduction juridique du phénomène d'irréversibilité la plus juste en droit français reste la non-rétroactivité, bien que de nombreuses figures puissent être également identifiées⁸⁰⁸. La seconde approche concernerait davantage les effets de l'irréversibilité sur la règle de droit. Elle permettrait d'étudier sa présence dans son élaboration ainsi que ses conséquences sur sa force obligatoire⁸⁰⁹. De ce fait, des questions plus précises concernant l'irréversibilité s'imposent. Quelle est la place faite à l'irréversibilité par le droit ? Quelle reconnaissance lui est attribuée, si reconnaissance il y a ? De quelle manière l'irréversibilité se présente-t-elle à la règle de droit ? S'introduit-t-elle suffisamment au cœur de celle-ci au point de pouvoir en devenir une caractéristique ? Afin d'écartier toute confusion, il convient de préciser que dans l'absolu, le droit dans sa globalité présente un caractère irréversible, du simple fait de l'écoulement du temps. A ce titre, O. Pfersamm retient à propos de certaines formulations, comme par exemple « la loi agissant sur le passé », que l'on est en présence de « quelque chose de strictement impossible, car aucune norme ni aucune action n'agit dans le passé, conséquence triviale de l'irréversibilité du temps »⁸¹⁰. Dans le cadre de l'encodage juridique, il est nécessaire de ne s'intéresser ici qu'à l'irréversibilité dans sa dimension relative.

446. Que le droit soit considéré dans sa conception naturelle, ou qu'il soit représenté comme une création de l'homme, son appartenance à la vie humaine sociétale est incontestable. De cette appartenance découle l'interconnexion incontournable avec les autres éléments de la vie sociétale, c'est-à-dire la gestion sociale, la gestion économique, la gestion du temps et de la nature. Le droit tient un rôle particulier vis-à-vis du temps et par extension de l'irréversibilité. Il va se présenter comme une « béquille » de l'irréversibilité. Cette « béquille » va permettre de consacrer, de garantir ou de refuser l'irréversibilité. Elle va se décliner de deux manières. Tout d'abord, il s'agira d'une béquille conceptuelle en ce

⁸⁰⁸ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

⁸⁰⁹ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

⁸¹⁰ PFERSMANN O., *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, RFDA, 2000, p. 236.

qu'elle va permettre de fixer la signification de l'irréversibilité. Le droit va donc énoncer le sens qu'il convient de donner à l'irréversibilité. Ensuite, cette « béquille » sera matérielle. A partir de la fixation conceptuelle de l'irréversibilité, elle va engendrer des effets de droit par le biais d'instruments spécifiques (principe de non-rétroactivité, effet immédiat...).

447. Le temps ne constitue pas un paramètre externe au droit, quelque chose qui existerait en dehors de la construction juridique. Il fait partie du droit. Il appartient à sa création. S. Goyard-Fabre et R. Seve énoncent en ce sens qu'en matière de droit, « le temps ne saurait se réduire à un cadre extérieur »⁸¹¹. Cela illustre la place importante occupée par le temps dans la matière juridique. T. Soleilhac va plus loin en énonçant que le temps agit comme créateur de droit⁸¹². C'est en tant que « perception humaine »⁸¹³ que le temps sera intégré dans la sphère juridique. De ce fait, le temps juridique est déformé par la perception qu'a l'homme de la durée, il « est foncièrement humain, ignorant le vertige de la durée naturelle »⁸¹⁴.

448. L'étude juridique de l'irréversibilité en tant que telle étant quasiment absente des réflexions juridiques, ou du moins de façon explicite, il convient de transiter par celle du temps. Le temps juridique présente intrinsèquement un dilemme lié directement à la question de l'irréversibilité. Certaines solutions sont proposées sans pour autant résoudre de manière définitive le dilemme.

B) Le dilemme du temps juridique : entre recherche d'irréversibilité et de réversibilité

449. Le Doyen Hauriou insistait sur l'influence juridique des deux faces du temps : l'instant où agissent les libertés, créatrices d'une perpétuelle nouveauté et la durée qui les relie et en

⁸¹¹ GOYARD-FABRE S. et SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Paris, Editions PUF, collection « Questions », 1993, p. 29. Cf. également SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF H. A., *Les dimensions du droit, Etudes de Philosophie du Droit*, LGDJ, Paris, 1978, p. 51, l'auteur appuie cette vision en précisant qu'« il n'y pas de cristallisation du droit en dehors du temps ».

⁸¹² SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement, op.cit.*, p. 75. « Il n'est pas seulement le cadre ou les limites déterminant la validité de la règle juridique, il détermine la règle elle-même. Il ne se restreint pas à un instrument nécessaire à l'application du droit mais devient la source même du droit en le façonnant ».

⁸¹³ *Ibid.*, p. 54.

⁸¹⁴ *Ibidem*.

assure la continuité⁸¹⁵. Cette double vision du rôle du temps permet d'illustrer la place ambiguë qui peut être attribuée à l'irréversibilité. Entre nécessité de renouvellement et de continuité, entre besoin de réversibilité et d'irréversibilité, le phénomène d'irréversibilité risque en droit d'être tantôt recherché, tantôt rejeté.

450. Le temps, et plus précisément la durée, sont au cœur d'une problématique juridique difficile à résoudre. Faut-il choisir un temps long qui garantit l'homogénéité du droit et sa stabilité ou une conception plus instantanéiste du droit qui permet une meilleure adaptation aux changements de la société et aux situations inévitables d'urgence ? Comme le rappelle T. Soleilhac, la durée construit le projet. Le temps est nécessaire à la démocratie⁸¹⁶. La construction d'une société est lente et les changements prennent du temps. Un droit qui serait modifié et changé en permanence risquerait de porter atteinte à la stabilité de l'Etat. Aristote voyait le passage trop rapide d'une loi à une autre comme un affaiblissement de sa puissance⁸¹⁷. Un temps juridique rapide pourrait donc être synonyme de médiocrité du droit. W. Mac Lauchlan résume la question sous-jacente du temps dans la loi : « la loi est un objet signifiant qui perdure dans le temps et la question se pose donc de la fixité de son sens, plus originellement de la localisation de ce sens »⁸¹⁸. Concernant les insatisfactions du temps juridique et ses contradictions, R. Drago souligne la notion de « bon usage ». Il retient que « selon une habitude bien française, le bon usage du temps est encadré par le droit et sanctionné par le juge : les retards sont des causes d'illégalité et le silence conduit à des décisions susceptibles d'être attaquées devant le juge »⁸¹⁹. Ce résumé reflète avec

⁸¹⁵ Cf. notamment à ce sujet CHICOT P Y., *La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou*, RFDA, 2009, p. 419. P-Y Chicot souligne les similitudes de pensées entre le doyen Hauriou et H. Bergson « Pour Bergson comme pour Hauriou : « il y a dans la nature un élan vital qui se caractériserait par une création continue de nouveau, et qui par-là créerait la durée dans son mouvement irréversible... La notion de temps ou de durée est irréversible ; la durée va du passé à l'avenir, elle a une direction qui ne peut pas changer, le temps est un fleuve qui coule et ne peut remonter vers sa source » ».

⁸¹⁶ SOLEILHAC T., *op.cit.*, p. 57, « la durée est constitutive du projet. En ce sens le temps est également une nécessité majeure de la démocratie, parce que nécessaire à la concertation des citoyens, au contrôle du pouvoir, au mûrissement des projets. Le passé, le présent et l'avenir ont leur place dans une culture politique du temps, qui doit prendre en compte « le champ d'expérience et l'horizon de l'attente » ».

⁸¹⁷ ARISTOTE., *Politique*, Livre II, traduction par J. Aubonnet et M.-L. Desclos, Paris Editions Les Belles Lettres, 1998, p. 63, « Ce n'est pas la même chose de changer une technique et une loi ; la loi, en effet, pour se faire obéir n'a d'autre force que l'habitude, laquelle ne se manifeste qu'après beaucoup de temps, de telle sorte que passer facilement des lois existantes à d'autres lois nouvelles, c'est affaiblir la puissance de la loi ».

⁸¹⁸ MAC LAUCLAN W., *La fonction communicationnelle de la loi*, in *L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Editions L'Harmattan, Les Presses de l'Université de Laval, 1996, p. 365.

⁸¹⁹ DRAGO R., *Du bon usage du temps*, in *Le temps administratif*, Numéro spécial, Revue administrative, 2000, p. 7.

humour les incohérences du temps juridique français.

451. Il est possible d'illustrer ce dilemme avec l'exemple de la notion d'urgence⁸²⁰. L'impossibilité pour les sociétés actuelles de penser l'avenir au profit du seul présent ainsi que la montée en puissance de l'urgence traduisent une « dévalorisation culturelle de l'avenir » selon l'expression de Z. Laïdi⁸²¹. L'urgence serait de ce fait une surcharge du présent. Il s'agirait d'un instrument de pouvoir, qui prétendrait créer un ordre de priorité objectivable au niveau des choix. La solution qui est envisagée par Z. Laïdi serait un raccordement à l'avenir par le biais des générations futures, notion cardinale du droit de l'environnement. Cependant, l'urgence est un fait, et le droit se doit de répondre à ces exigences. Comment répondre à l'urgence, mettre en place un droit adapté aux changements de société, et garantir un droit stable, respectueux de la durée nécessaire à sa bonne création ? L'irréversibilité est au centre de ce débat. Un temps long, garant de la stabilité, préconisera davantage d'irréversibilité, alors qu'un temps court, mouvant, prompt aux changements, à une perpétuelle adaptation du droit, penchera plus volontiers vers la réversibilité, synonyme de flexibilité. Dans une vision élargie, G. Agamben parle de l'absence d'une « théorie cohérente de l'état d'exception » dans le droit public et souligne le fait que « cette lacune, ne semble pas gêner outre mesure les juristes qui considèrent le problème plutôt comme une *quaestio facti* que comme un authentique problème juridique »⁸²². Il précise que « dans le champ de tensions de notre culture agissent donc deux forces opposées : l'une qui institue et qui pose, l'autre qui désactive et dépose »⁸²³.

452. Pour F. Ost, en droit, l'objectif résulte dans la recherche d'une « juste mesure temporelle »⁸²⁴. Cette « juste mesure temporelle » permettrait la conciliation entre la durée bénéfique et une nécessaire adaptation. Elle permettrait de trouver un compromis entre irréversibilité et réversibilité. Afin d'expliquer la « crise » du temps juridique, F.Ost parle

⁸²⁰ Cf. à ce sujet MICHEL G., *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse de doctorat, Droit de l'Environnement, Université de Limoges, 2006.

⁸²¹ LAIDI Z., *Le sacre du présent* in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003.

⁸²² AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo sacer II, 1*, Editions du Seuil, Paris, 2003, p. 9.

⁸²³ *Ibid.*, p. 146.

⁸²⁴ OST F., *Conclusions générales : le temps, la justice et le droit*, in *Le temps, la justice et le droit*, Actes de colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, en hommage au Doyen Jean Carbonnier, Entretiens d'Aguesseau, Editions PULIM, 2003, « la juste mesure temporelle recherchée se garde autant d'un temps figé qui ne laisse aucune place au changement, que d'un temps exagérément mobile qui ne laisse aucune place à la continuité (...) du côté du passé, le danger de rester enfermé dans l'irréversibilité du déjà advenu, un destin de faute ou de malheur (...) d'autre part, du côté du futur, l'effroi inverse que suscite un avenir indéterminé, dont la radicale imprévisibilité prive de tout repère ».

d'une détemporalisation à quatre niveaux qui serait néfaste pour le droit⁸²⁵. A travers ces quatre niveaux, les thématiques liées à l'irréversibilité sont retrouvées. Tout d'abord, la « nostalgie de l'éternité » enfermerait l'homme dans le passé. Cette détemporalisation est d'ailleurs largement développée par V. Jankélévitch dans « l'irréversible et la nostalgie »⁸²⁶. Le « vertige de l'entropie », comme deuxième détemporalisation, induit l'idée que l'irréversibilité du temps conduit toute chose à sa dégradation, à sa mort. Ensuite, la « tentation du déterminisme », entraîne le danger d'une pensée unique fataliste. Enfin, la « volonté de rupture créatrice » amène à se laisser bercer par les lois économiques. Ces quatre détemporalisations amènent le droit au « risque de dyschronie » qui peut être compris comme une tension insupportable entre le temps des uns et celui des autres. F. Ost propose une solution à cette dyschronie néfaste du droit. C'est dans l'articulation des quatre temps spécifiques qu'il serait possible de trouver un équilibre créateur⁸²⁷. Le premier temps proposé, est celui de la « mémoire liant le passé »⁸²⁸. Le temps de la mémoire peut être considéré comme le temps institutionnel des fondations à mi-chemin entre le temps éternel de Dieu et le temps fugace des hommes. Au Moyen-âge, il était appelé *aevum*. Il pourrait être rapproché du « devoir d'histoire » énoncé par M. Engelhard⁸²⁹. Le second temps est celui du « pardon déliant le passé »⁸³⁰. Le temps du pardon est la capacité juridique à dépasser le passé tout en l'enregistrant. Il peut rejoindre « le devoir de justice » énoncé par M. Engelhard⁸³¹. Le troisième temps est celui de la « promesse liant le futur »⁸³². Le temps de la promesse constitue le temps juridique par excellence. Les nouveaux concepts et normes juridiques, comme celui des générations futures qui apparaissent en sont l'illustration. Enfin le quatrième temps est celui de la « remise en question déliant le

⁸²⁵ Cf. Egalement MAKOWIAK J., *A quels temps se conjugue le droit de l'environnement ?* in *Pour un droit commun de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de Michel PRIEUR, Editions Dalloz, Paris, 2007. p. 263-295. J. Makowiak reprend les distinctions de F. Ost en approfondissant la réflexion par rapport au droit de l'environnement.

⁸²⁶ JANKELEVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, *op.cit.*

⁸²⁷ OST F., *L'instantané ou l'institué ?* in *L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ?* in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles 1998, p. 14 : « Nous soutenons la thèse que c'est seulement dans l'articulation de quatre temps spécifiques que le droit peut contribuer à produire cet équilibre dialectique de la durée créatrice (...) Chacune de ces temporalités est une condition nécessaire mais non suffisante de la production de l'équilibre recherché ».

⁸²⁸ OST F., *op.cit.*

⁸²⁹ ENGELHARD P., *La violence de l'histoire : peut-on la conjurer ?* in *Figures du temps* Editions Parenthèses, p 114.

⁸³⁰ OST F., *op.cit.*

⁸³¹ ENGELHARD P., *op.cit.*

⁸³² OST F., *op.cit.*

futur »⁸³³. Les manifestations de cette importance de la remise en question de notre droit sont nombreuses, qu'il s'agisse des réflexions sur le risque, sur la fin des certitudes et de l'apparition des mécanismes de révision, des procédures d'urgence et provisoires.

453. Il semble fécond de penser l'irréversibilité à travers l'articulation de ces quatre temps. Effectivement, cela permettrait de souligner les effets bénéfiques de l'irréversibilité juridique, le lien et la stabilité, tout en garantissant une prise en compte du passé nécessaire à une meilleure compréhension de notre société et à une meilleure qualité du droit. La reconnaissance de ces quatre temporalités et de leur prise en compte dans la construction du droit, permettrait l'acceptation d'un temps juridique conforme à la fois à l'exigence de durée qui garantit la qualité du droit, et à l'adaptabilité inévitable du droit. Cette conception du temps, héritage de H. Arendt⁸³⁴, peut être une solution afin que l'irréversibilité en droit trouve une place qui lui permette d'assurer à la fois la garantie d'un droit bien écrit, effectif et adapté. Il s'avère que cet instrument juridique que peut être l'irréversibilité doit être utilisé avec prudence et de manière adaptée. La radicalité du phénomène d'irréversibilité nécessite un emploi mûri de cet instrument juridique.

454. L'irréversibilité en droit est empreinte de ces réflexions temporelles, et son analyse ne peut se passer de ces considérations juridico-temporelles. La place de l'irréversible dans la science juridique va être conditionnée par ces objectifs contradictoires mais nécessairement conciliables en droit.

455. L'outil principal qui va permettre à l'irréversibilité d'intégrer efficacement la sphère juridique est ce pouvoir de « dire », et par cet énoncé, de faire exister ce qui est dit. La performativité du droit a cette faculté de donner corps à des notions difficilement saisissables. Ce qui est, devient ce qui doit être. L'irréversibilité va bénéficier de cette performativité juridique et par son biais prendre une dimension juridique véritable.

⁸³³ *Ibidem.*

⁸³⁴ ARENDT H., *Conditions de l'homme moderne*, Editions Calmann-Lévy, Agora, 1983.

§2. *La capacité performative du droit comme outil d'encodage juridique de l'irréversibilité*

456. Comme la philosophie nous l'a démontré, il est toujours difficile de mettre des mots sur les phénomènes du temps et de l'irréversibilité⁸³⁵. Les multiples écrits ne sont pas arrivés à une complète compréhension de la signification de l'écoulement du temps et de son irréversibilité. Or le droit dispose d'une capacité spécifique attachée à son discours dont la philosophie ne bénéficie pas. La performativité du langage juridique facilite l'appréhension de l'irréversibilité.

457. Il convient tout d'abord d'étudier la notion de « capacité performative » de manière générale (A) avant d'en voir l'application à proprement parler « juridique » (B). Il s'avère que de cette performativité découle un langage juridique qui se traduit par un vocabulaire attaché au phénomène d'irréversibilité juridique (C).

A) La notion de « capacité performative » comme postulat à l'encodage juridique de l'irréversibilité

458. Performer, ce n'est « ni faire avec des éléments arbitraires tombés du ciel, ni reproduire des forces révélant un réel déjà là : c'est donner une forme, composer un monde commun »⁸³⁶. La performativité ne se résume donc pas à la constatation d'une capacité du langage.

459. Traiter de la capacité performative du droit revient à étudier certains écrits des philosophes du langage, précurseurs dans l'établissement de cette réflexion. Pendant longtemps, il a été considéré, notamment par les philosophes et les grammairiens, qu'une affirmation n'avait que pour unique but de décrire un état des choses⁸³⁷. J. L. Austin, philosophe du langage, apporte une réflexion nouvelle en matière de philosophie analytique, celle de la reconnaissance d'un caractère performatif qui serait attaché à certains énoncés. Ces phrases performatives ont la caractéristique, non pas de décrire, ni d'affirmer que la personne énonciatrice fait une chose, mais bien de faire naître cette chose. Ainsi, il est

⁸³⁵ Cf. Supra, Introduction.

⁸³⁶ DENIS J., *Préface : les nouveaux visages de la performativité*, Etudes de communication, 29-2006.

⁸³⁷ AUSTIN J. L., *op.cit.* p. 37 : « Les philosophes ont trop souvent supposé que le rôle d'une « affirmation » ne pouvait être que de « décrire » un état de choses, ou d'« affirmer un fait quelconque » ».

habituellement reconnu qu'une affirmation se doit d'être vraie ou fausse⁸³⁸. Ces énoncés performatifs vont affirmer quelque chose, par exemple « Je déclare la guerre », sans que la question de vérité ou de non-vérité se pose. F. Recanati explicite cette idée de qualité de l'énoncé. Ainsi, « le point important est que les énoncés performatifs sont l'accomplissement d'un acte, d'où leur nom. En tant que tels, ils ne sont ni vrais ni faux – un acte a lieu ou n'a pas lieu, mais il n'est pas vrai ou faux ». F. Recanati précise qu'« Austin remplace l'évaluation en termes de vérités ou de fausseté par une évaluation en terme de succès (de « félicité ») : en tant qu'acte, un énoncé performatif est réussi ou raté, « heureux » ou « malheureux »⁸³⁹. Pareillement, L. Bruhl rappelle qu'une assertion juridique n'est ni vraie ni fausse mais bien légitime ou non⁸⁴⁰.

460. J. L. Austin va différencier les phrases performatives des phrases « constatives »⁸⁴¹, induisant une affirmation (par exemple appuyée par des références historiques). Ce terme de « performatif » dérive du verbe anglais « perform » qui s'emploie habituellement avec le substantif « action »⁸⁴². J. L. Austin retient des classes d'énoncés plus ou moins performatives. Il parle notamment d'énonciations contractuelles (comme « je parie ») ou déclaratoires (comme « je déclare la guerre »). Le caractère performatif est cependant

⁸³⁸ Cf. Notamment PARMENIDE, le philosophe, partant de l'idée que la vérité ne peut être contradictoire, sauf illusion de nos sens, énonce que « ce qui est ne peut pas ne pas être ». N-L Cordero résume la philosophie de Parménide : « Ce qui n'est pas n'est pas pensable ni exprimable dans un discours. À partir de Parménide, « ce qui n'est pas en train d'être » ou, si l'on préfère, « ce qui n'est pas », voire « le non-être », devient inimaginable et inexprimable. Comme il n'y a que ce qui est, le non-être n'a pas droit de cité dans l'univers de la philosophie ». CORDERO N-L, « *Du non-être à l'autre* », *la découverte de l'altérité dans le Sophiste de Platon*, Revue philosophique de la France et de l'étranger, 2005/2 Tome 130, p. 175-189.

⁸³⁹ Sur l'évaluation des énoncés cf. RECANATI F., *Du positivisme logique à la philosophie du langage ordinaire : naissance de la pragmatique*, Postface de *Quand dire, c'est faire*, AUSTIN J. L., Editions du Seuil, Essais Points, Paris, 1970, p. 185.

⁸⁴⁰ Cf. notamment à ce sujet BRUHL H-L., *La Preuve judiciaire, Essai de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1963. Cf. Également HALPERIN J-L., *La preuve judiciaire et la liberté du juge*, in *Figures de la preuve, Communications*, 84, 2009, pp. 21-32 : « La chose jugée est tenue pour vérité » (...) cet adage latin contenu dans le Digeste sert aux juristes pour expliquer l'autorité de la chose jugée. Une fois épuisées les éventuelles voies de recours, une décision judiciaire ne peut plus être remise en question, pour d'évidentes raisons de sécurité juridique. Cet aphorisme éclaire aussi la nature de la « vérité » judiciaire, une vérité fabriquée *a posteriori* pour trancher un litige né de faits antérieurs. Le juge ne découvre pas une vérité préexistante, il établit une vérité nouvelle – et désormais incontestable – dans le monde du droit, un monde artificiel même s'il est bien évidemment en prise avec la réalité ».

⁸⁴¹ J. L. Austin nuance cette différence avec la reconnaissance des énoncés mi performatifs, mi constatifs.

⁸⁴² Sur l'emploi du terme performatif, E. Benveniste apporte une précision : « Puisque performance est déjà entrée dans l'usage, il n'y aura pas de difficulté à introduire performatif au sens particulier qu'il a ici (dans l'œuvre d'Austin). On ne fait d'ailleurs que ramener en français une famille lexicale que l'anglais a emprunté à l'ancien français : *perform* vient de l'ancien français *parformer* », BENVISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, N.R.F., Editions Gallimard, Paris, 1966, p. 270.

subordonné à certaines circonstances⁸⁴³ de l'énonciation. C'est le cas notamment de la qualité de l'énonciateur⁸⁴⁴ (par exemple le maire pour un mariage), ou de certaines conditions de situations (le fait de ne pas être déjà marié pour un mariage). Afin de clarifier l'existence d'un énoncé performatif, le philosophe du langage retient six conditions principales pour que la performativité d'un énoncé soit « heureuse ».

Tout d'abord, il doit exister une procédure, elle-même reconnue par une convention dotée d'un certain effet, et comprenant l'énoncé de certains mots de certaines personnes dans certaines circonstances (1^{ère} condition). Il faut que, dans chaque cas, les personnes et circonstances particulières soient celles qui conviennent pour que l'on puisse invoquer la procédure en question (2^e condition). La procédure doit être exécutée par tous les participants à la fois correctement (3^e condition), et intégralement (4^e condition). Lorsque la procédure suppose chez ceux qui recourent à elle, certaines pensées ou certains sentiments, et/ou lorsqu'elle doit provoquer par la suite un certain comportement de la part de l'un ou l'autre des participants, il faut que la personne qui prend part à la procédure ait, en fait, ces pensées ou sentiments, et que les participants aient l'intention d'adopter le comportement impliqué (5^e condition). Enfin, ils doivent se comporter ainsi par la suite (6^e condition)⁸⁴⁵. En cas de non-respect d'une des conditions, la performativité d'un énoncé peut s'avérer « malheureuse », c'est-à-dire, non-performative. Ces conditions traduisent la nécessité d'un rituel, d'une forme afin de rendre performatif un langage.

461. J. L. Austin différencie les énoncés performatifs explicites, contenant une expression très significative et très claire, comme « je lègue » par exemple, des énoncés performatifs implicites où l'ambiguïté sur le caractère performatif de l'énoncé demeure, les termes étant trop vagues, ou laissant un choix au destinataire de l'énoncé. Il peut s'agir d'une action défectueuse ou incomplète. J. L. Austin illustre notamment ses propos avec des exemples juridiques. Ainsi, léguer sans formule expresse est un acte incorrect ou incomplet. La performativité de « je lègue », peut perdre son caractère si une incomplétude, prévue par la matière dans laquelle elle intervient, subsiste.

⁸⁴³ AUSTIN J. L., *op.cit.* p. 43 : « Disons, d'une manière générale, qu'il est toujours nécessaire que les circonstances dans lesquelles les mots sont prononcés soient d'une certaine façon *appropriées* et qu'il est d'habitude nécessaire que celui-là même qui parle, ou d'autres personnes, exécutent *aussi* certaines *autres* actions ».

⁸⁴⁴ Sur ce sujet cf. BOURDIEU P., *Ce que parler veut dire, l'économie des échanges linguistiques*, Editions Fayard, 1982.

⁸⁴⁵ AUSTIN J. L., *op.cit.*, p. 49.

462. Dans le cadre d'une analyse se rapprochant du droit, P. Bourdieu énonce à propos de l'ordre social et de « l'efficacité politique », que l'« énoncé performatif, la pré-vision politique est, par soi, une pré-diction qui vise à faire advenir ce qu'elle énonce ; elle contribue pratiquement à la réalité de ce qu'elle annonce par le fait de l'énoncer, de le prévoir et de le faire pré-voir, de le rendre concevable et surtout croyable et de créer ainsi la représentation et la volonté collective qui peuvent contribuer à le produire »⁸⁴⁶. Cette performativité énoncée se transpose au droit, outil du politique pour mener à bien ses missions. P. Bourdieu ajoute que cette théorie n'a jamais été aussi vraie que dans le cadre du monde social. Ainsi, « il est sans doute peu de cas où le pouvoir structurant des mots, leur capacité de prescrire sous apparence de décrire ou de dénoncer sous apparence d'énoncer, soient aussi indiscutables »⁸⁴⁷.

463. Le droit s'avère être un domaine privilégié de la performativité. A ce titre, W. Mac Lauchlan rappelle que la loi pose les fondements de « l'humain politique », mais que pour « poser, il faut s'imposer, se faire accepter. Il faut qu'elle se montre indispensable aux hommes. Sa nécessité repose alors sur son utilité. (...) Elle doit s'avérer performative »⁸⁴⁸. Cette capacité performative du droit va permettre notamment d'encoder juridiquement le phénomène d'irréversibilité.

B) La performativité du discours juridique comme préalable juridique à l'irréversibilité juridique

464. P. Bourdieu retient à propos du discours juridique qu'il s'agit d'« une parole créatrice, qui fait exister ce qu'elle énonce »⁸⁴⁹. Il précise que tous les énoncés performatifs tendent vers cette limite de création et qu'au fond la langue, en raison de son « infinie capacité générative » conféré par son « pouvoir de produire à l'existence en produisant la représentation collectivement reconnue », est le « support par excellence du rêve de pouvoir absolu »⁸⁵⁰. Le droit est principalement construit d'énoncés performatifs explicites, même si

⁸⁴⁶ BOURDIEU P., *op.cit.*, p. 150.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

⁸⁴⁸ MAC LAUHLAN W., *La fonction communicationnelle de la loi, in L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques, Préc.*, p. 417.

⁸⁴⁹ BOURDIEU P., *Préc.*, p. 20.

⁸⁵⁰ *Ibidem*.

comme le précise G. Bonnel, la dimension performative « n'est pas toujours fidèle aux caractéristiques très précisément cernées par John Austin, (elle) ne se cantonne pas au constat, à l'analyse ou à l'ordonnement des faits, mais doit conduire à leur transformation effective »⁸⁵¹. A titre d'illustration de l'existence de ces énoncés performatifs en droit, il est possible de retenir l'exemple de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 qui prévoit que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». Cet énoncé juridique entraîne par lui-même notamment la forme républicaine de la France et le choix de l'organisation administrative du pays qui est la décentralisation. Pareillement, il est possible de citer l'article L. 1111-1 du CGCT qui prévoit que « les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus ». La reconnaissance des conseils municipaux, généraux et régionaux découle de l'énoncé de cet article. Un autre exemple qui fonde principalement l'irréversibilité est l'article 2 du Code civil qui depuis 1804, énonce que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». La performativité de cet énoncé permet de consacrer l'application immédiate et pour l'avenir de la loi, traduisant spécifiquement l'irréversibilité juridique.

465. D'autres formules juridiques induisent une ambiguïté sur leur performativité. Il s'agit le plus souvent des déclarations d'intentions attachées aux textes de droit à proprement dit, et qui relèvent plus d'une volonté d'impulsion juridique et politique dans un sens déterminé, que de réels énoncés performatifs. Il est possible de prendre comme exemple un extrait de la Charte de l'Environnement du 1^{er} mars 2005. Elle énonce dans son préambule que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ». L'emploi de la formule « doit être recherchée » au lieu de « est recherchée » influence sa performativité. Le verbe « rechercher » en lui-même atténue ce caractère. Rechercher ne signifie pas assurer, verbe qui lui relève incontestablement du discours performatif. Ainsi, la performativité d'une telle affirmation est à nuancer. A ce titre, B. Mathieu retenait en 2004 à propos de l'article 2 de la Charte⁸⁵², qui établit le principe de prévention à proprement dit, que cet article « prescrit un devoir, celui de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Il précise que « la mise en œuvre de ce devoir est d'autant plus incertaine que le droit constitutionnel français ne

⁸⁵¹ BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, op.cit., p. 29.

⁸⁵² « Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

contient pas de devoirs, sauf celui de travailler, inscrit dans le Préambule de 1946, et que le Conseil n'a jamais utilisé cette référence qui pourtant pourrait justifier une limitation drastique des allocations chômage de ceux qui ne veulent pas travailler ». Néanmoins, il souligne le fait que « la formulation retenue par la Déclaration de 1789, selon laquelle la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, contient aussi le devoir de ne pas nuire à autrui. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a érigé sur ce fondement le principe de responsabilité pour faute en exigence constitutionnelle. Telle pourrait être la portée de la formulation ici retenue »⁸⁵³. La performativité d'un discours peut donc être modifiée et il convient de reconnaître que celle du droit de l'environnement s'est accrue ces dernières années. J. Makowiak rappelle d'ailleurs que « le droit de l'environnement doit (...) être envisagé dans ce qu'il a de performatif : il ne se contente pas, dans cette perspective, de prendre acte par exemple du caractère historique d'un monument, il l'érige et le fait exister comme « patrimoine » »⁸⁵⁴.

466. S. Laugier rappelle que pour J. L. Austin le caractère explicite est nécessaire pour garantir la performativité d'un énoncé. Ainsi, « en matière de droit, un performatif peu explicite peut être considéré comme ambigu et donc vicié ; c'est alors un cas d'insuccès. Dans sa classification (Austin), il est dans la catégorie insuccès, exécutions ratées, actes viciés »⁸⁵⁵. Malgré certaines formules juridiques ambiguës, le discours du droit est intrinsèquement performatif. Le but premier du droit est d'instaurer des règles, de régler des situations de fait, de qualifier les états de choses. Les énoncés performatifs lui permettent de dire, et par le simple fait de dire, de faire. Le « je vous marie » du maire, est un énoncé performatif juridique puisqu'il consacre juridiquement le mariage.

467. Le droit n'a pas toujours bénéficié de cette capacité performative. P. Simon explique à ce sujet que l'on est passé d'une pratique qui se concrétise juridiquement, à un droit se concrétisant par une pratique, c'est-à-dire d'un « droit spontané » à un « droit décrété »⁸⁵⁶. Ainsi, cette performativité n'apparaît réellement que lorsque le droit est capable de « dire »

⁸⁵³ MATHIEU B., *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Constitution et environnement), Janvier 2004.

⁸⁵⁴ MAKOWIAK J., *A quels temps se conjugue le droit de l'environnement ? Préc.*

⁸⁵⁵ LAUGIER S., *Performativité, normativité et droit*, Archives de Philosophie, 2004/4, Tome 67, p. 607-627.

⁸⁵⁶ SIMON P., *La main invisible et le droit*, Editions Les belles lettres, 1992, p 17, « Cette évolution a atteint son paroxysme vers le milieu du siècle actuel lorsque les nouveaux princes qui nous gouvernent ont cherché par leurs lois non plus seulement à constater le Droit, mais à le changer, à forcer la société, à lui imposer leur conception ».

et que le simple fait de dire produise des effets de droits, engendrant des conséquences juridiques. Dans le cadre d'un droit spontané, la performativité devrait être reconnue aux situations factuelles, aux pratiques qui par leur apparition, leur répétition, amènent au droit. C'est d'ailleurs le cas pour le droit coutumier. La capacité performative dont est empreint aujourd'hui le droit, permet donc de « maîtriser » par le langage juridique, les choses qui entourent l'Homme. J. Carbonnier parle de faits ayant un pouvoir de « métamorphose » reconnus par le droit⁸⁵⁷.

468. En prenant l'exemple du temps, il est possible de s'apercevoir que le droit cherche une maîtrise du temps⁸⁵⁸. Il prend en compte le temps dans sa mise en œuvre, il le redéfinit, lui impose des limites, met en place des durées. Le droit fait courber le temps à ses exigences, ou tout du moins il le fait entrer dans un « moule » juridique plus adéquat en vue de la réalisation de ses objectifs. Si le temps fait plier l'homme, il semble que le droit puisse faire plier le temps. Cette maîtrise s'illustre par exemple à travers l'article 6 de la Constitution de 1958 au terme duquel « le Président de la République est élu pour cinq ans »⁸⁵⁹, ou encore l'article R421-1 du Code de justice administrative qui précise le délai de deux mois en matière de recours pour excès de pouvoir⁸⁶⁰. Le temps se voit juridiquement découpé.

469. Comme nous le rappelle T. Soleilhac, il existe deux raisons à cette volonté d'organisation temporelle. La première est d'assurer une construction organisée du passé à travers la mémoire, et d'un avenir plus transparent. La seconde consiste dans le maintien du pouvoir. Contrôler le temps, c'est « le plus sûr moyen d'assurer à la fois une pérennité de son système politique et économique, une diffusion suffisamment longue et large de son idéologie, de sa culture, c'est-à-dire de son influence. L'appropriation du temps par le pouvoir est une constante nécessaire à sa pérennité »⁸⁶¹. La maîtrise du temps entraîne de

⁸⁵⁷ CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Editions PUF, Quadrige, Paris, 1978, p. 291.

⁸⁵⁸ ROBELIN J., *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, Paris, 1994, p. 7, « Plus que jamais le droit apparaît comme la décision générale de la vie sociale, à la fois comme une activité spécifique et comme la métaphore du tout d'une société dont il assurerait l'utilité (...) Le droit se trouve de la sorte au cœur de la dialectique des rapports sociaux. Il y tente une certaine maîtrise du temps car les formes juridiques sont affectés d'une durée, elles interviennent dans l'écoulement du temps pour en déranger la régularité, elles retiennent l'usure des valeurs... ».

⁸⁵⁹ Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000, JO n°229 du 3 octobre 2000, p. 15582, Ancienne rédaction : « sept ans ».

⁸⁶⁰ Article R.421-1 du CJA, « sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

⁸⁶¹ SOLEILHAC T., *op.cit.*, p. 38.

surcroît la maîtrise de l'espace, comme en matière de transports. J. Ellul retient que le droit tente une saisie sur la durée. Dans une société où tout change tout le temps, il n'existe rien de réellement stable ou de fixé et le droit va intervenir pour stabiliser le temps et son insatiable course.⁸⁶² En stabilisant le temps, le droit en vient incontestablement à stabiliser l'irréversibilité, où tout du moins à stabiliser la conception floue que l'homme, la société en ont, et à l'enfermer dans un cadre rigoureux. Cette réalité est finalement paradoxale puisque cette stabilisation du temps par le droit est réciproque. En effet, c'est grâce à la notion de temps que le droit pourra être stabilisé notamment à travers la notion de durée⁸⁶³. Reliant, temps, performativité et droit, J. Denis précise que « l'essence de la performativité de l'énonciation juridique » réside dans sa capacité à durer et que c'est la permanence qui caractérise le « mode de présence caractéristique du droit »⁸⁶⁴.

470. Cette performativité du langage juridique tend à faire du droit un outil stabilisateur et organisateur de la vie en société. Son discours va clarifier les comportements et les organiser. Tel comportement sera permis, tel autre interdit, tel fait entraînera telle conséquence, et tel autre tel effet. M. Maille voit le droit comme « l'une des « médiations » du système social, permettant de transposer dans un langage déterminé, selon des procédures spécifiques, les contradictions inhérentes à toute organisation sociale »⁸⁶⁵. S. Tzitzis justifie quant à lui le caractère performatif du droit par son utilité. Il se révèle comme un « impératif de la raison individuelle »⁸⁶⁶. Pareillement, P. Amselek retient que « c'est en cela que réside la performance de nos actes de langages : nos communications verbales sont placées sous le signe de l'utilité, elles sont ustensiles (...) elles sont chargées de mission, dépositaires d'une intention, d'un rôle, d'une fonction que le locuteur leur impartit à l'endroit de son interlocuteur »⁸⁶⁷.

⁸⁶² ELLUL J., *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, *Préc.*, p. 28.

⁸⁶³ Cf. *Infra*, Introduction.

⁸⁶⁴ DENIS J., *Préface : les nouveaux visages de la performativité*, *Etudes de communication*, 29-2006.

⁸⁶⁵ MAILLE M., *La critique du droit*, *Droit et société*, 20/21-1992, p. 86.

⁸⁶⁶ TZITZIS S., *Nomos – Logismos, La loi propédeutique chez Platon*, in *L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Editions L'Harmattan, Editions Les presses de l'université de Laval, 1996, p. 417, « La loi pose ainsi les fondements de l'humain politique. Mais pour poser, il faut s'imposer, se faire accepter. Il faut qu'elle se montre indispensable aux hommes. Sa nécessité repose alors sur son utilité. En tant qu'institution, elle a besoin d'une acceptation universelle. Elle doit s'avérer performative, car elle se révèle comme un impératif de la raison individuelle ».

⁸⁶⁷ AMSELEK P., *Philosophie du droit et théorie des actes du langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Editions PUF, Paris, 1986, p. 131.

471. A l'idée d'utilité il est possible d'adjoindre celle du but du droit. A propos de la science, K. Popper explique ce que peut être son but. Cette explication du but de la science pourrait être transposée aux sciences humaines. Il énonce que le but de la science est de découvrir les explications satisfaisantes de tout ce qui « nous étonne et paraît nécessiter une explication »⁸⁶⁸. La science juridique aurait de ce fait comme but, un parmi d'autres, d'expliquer des phénomènes complexes comme celui d'irréversibilité, et à travers les énoncés explicatifs et grâce à leurs caractères performatifs à clarifier et établir ces phénomènes. P. Amselek rejoint cette vision lorsqu'il explicite l'enseignement essentiel de la théorie des actes de langage à la lumière de la philosophie du droit. Ainsi, il écrit que « les règles juridiques (...) font partie d'un acte, d'une démarche intentionnelle, d'une opération de l'esprit »⁸⁶⁹. Il existe deux volets à cette démarche intentionnelle. La première est la démarche « in-structive », « visant à introduire des mécanismes de comportement à l'intérieur de la machine humaine, à les imiter, à confier des instructions aux conducteurs d'eux-mêmes que sont les hommes »⁸⁷⁰. La seconde démarche est « ex-plicative », elle vise à « expliciter, à découvrir ou exhumer les mécanismes de comportement de la nature »⁸⁷¹. Ce rôle d'explication reconnu au droit s'illustre avec force pour l'irréversibilité. Il consisterait dans la maîtrise par le droit de l'irréversibilité, « comportement de la nature ». Cette explication juridique de l'irréversibilité introduit dans la matière juridique un phénomène originellement naturel. Ainsi, le droit est susceptible de dire « l'irréversibilité, c'est cela », par exemple la non-application d'une loi aux situations passées, ou « telle loi est irréversible ». Par cette simple énonciation, « explication », le droit fait que cette même loi soit irréversible, sans qu'il soit possible de discuter cette affirmation ou faire que cette loi ne soit pas irréversible.

472. H. Kelsen fournit une explication supplémentaire et légèrement différenciée sur le caractère performatif du droit. En effet, il parle de « schéma d'interprétation », fonction remplie par les normes juridiques⁸⁷². Il estime à cet égard qu'« un jugement qui énonce

⁸⁶⁸ POPPER K., *La connaissance objective*, Editions Aubier, Bibliothèque philosophique, 1991, p. 297-298. Il précise notamment que le but de la science « c'est de découvrir des explications satisfaisantes de tout ce qui nous étonne et paraît nécessiter une explication. Par explication, on entend un ensemble d'énoncés dont l'un décrit l'état de choses à expliquer (*l'explicandum*), tandis que les autres, les énoncés explicatifs, constituent l'explication au sens le plus étroit du terme ».

⁸⁶⁹ AMSELEK P., *Philosophie du droit et théorie des actes du langage*, *op.cit.*, p. 160.

⁸⁷⁰ *Ibidem*.

⁸⁷¹ *Ibidem*.

⁸⁷² KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Editions LGDJ, Montchrestien, collection La pensée juridique, Paris, 1999, in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, *op.cit.*,

qu'un acte de conduite humaine qui a été réalisé en un certain lieu et un certain temps est un acte de droit – ou un acte contre le droit – représente le résultat d'une interprétation d'un genre particulier : une interprétation normative »⁸⁷³. Ainsi, au discours performatif s'adjoindrait une interprétation propre à la matière juridique qui permettrait une conception des choses et des phénomènes spécifiques au droit⁸⁷⁴.

473. A travers la performativité du droit, la question de son artificialisation se pose. En effet, si le droit peut entraîner des conséquences par le simple biais d'énoncés, s'il peut cristalliser des notions fluctuantes comme l'irréversibilité, cette performativité risque d'entraîner une certaine artificialisation et de ce fait ne plus correspondre tout à fait à la réalité. Cette potentielle artificialisation doit-elle pour autant constituer un élément de condamnation du droit ? J. Ellul considère que le droit permet une maîtrise d'éléments autrement immaîtrisables. Il rappelle une thèse critiquant la rigueur juridique : « le droit tue le vivant, le droit est réactionnaire parce qu'il stabilise artificiellement les situations, il empêche le progrès, le droit est contraire à l'homme parce qu'il bouche les possibilités de l'activité humaine »⁸⁷⁵. Il précise que « le droit est donc une création artificielle de l'homme (...) Un aspect de ce caractère artificiel du droit (...) est la mainmise du droit sur le temps »⁸⁷⁶. Cette artificialisation permet de fixer, d'arrêter, de stabiliser ce qui ne l'est pas, « finalement une des plus grandes fonctions du droit est sa fonction de stabilisation du temps »⁸⁷⁷, fonction qui passe notamment par le choix de l'irréversibilité en droit. « Rien dans le corps social ne permet de s'assurer un avenir fixe et prévisible, rien sauf le droit »⁸⁷⁸. *In fine*, le droit a comme capacité de créer des situations durables et stables ou d'en faire disparaître définitivement d'autres. L'irréversibilité en droit est finalement ce sur quoi il n'est pas possible de revenir, quelque chose qui n'est pas amené à changer.

p. 120 : « Ce qui imprime (...) le caractère d'actes de droit - ou d'actes contre le droit - ce n'est pas ce qu'ils sont effectivement dans leur matérialité, ce n'est pas leur réalité naturelle, c'est-à-dire déterminée causalement et incluse dans le système de la nature ; c'est seulement le sens objectif qui lui est associé, c'est la signification qui est la leur. Un sens spécifiquement juridique, leur signification de droit caractéristique, les faits en question les reçoivent de normes qui ont trait à eux ; ce sont ces normes qui leur confèrent une signification juridique, de telle sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elle. Ces normes remplissent la fonction de schémas d'interprétation ».

⁸⁷³ KELSEN H., *Ibid.* p. 121.

⁸⁷⁴ Cf. Egalement -DWORKIN R., *La théorie du droit comme interprétation*, Droit et société, 1-1985.

⁸⁷⁵ ELLUL J., *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, *Préc.*, p. 30.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 24-27.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁷⁸ *Ibidem*.

L'encodage juridique de l'irréversibilité permet de convenir que les choses changeantes ne changent pas.

474. La critique liée à la stabilisation artificielle du droit trouve une illustration flagrante en matière d'irréversibilité juridique. L'homme choisit par le biais du droit que telle situation ne changera pas, qu'un retour en arrière ne sera pas possible. Si les situations factuelles peuvent être amenées à changer, le droit non. Mais comme le souligne M. Chemillier-Gendreau, « une contradiction puissante peut se développer entre les intérêts protégés par la norme ancienne et des intérêts nouveaux qui militent en faveur du changement »⁸⁷⁹. Elle pointe la difficulté qui peut naître entre un processus social qui continue à se développer, et la norme juridique qui a pour objet de le figer à une époque donnée⁸⁸⁰. A cette critique d'une stabilisation artificielle du droit, J. Ellul répond que pour adhérer à cette vision il faudrait pouvoir être à même de prouver que le changement est valable et que la nouveauté serait forcément supérieure à ce qui était auparavant⁸⁸¹. J. Carbonnier rejoint ces interrogations à propos des transformations intérieures au droit et de leur bénéfice. Le changement est-il positif et dans quelle mesure⁸⁸² ? Ces questions à propos du changement sont au cœur de la problématique de l'irréversibilité. Faut-il préférer la réversibilité ou l'irréversibilité juridique ? Prouver que le changement, et donc la réversibilité, serait préférable au *statu quo* reste très difficile⁸⁸³. La performativité du discours juridique, en fixant un cadre à des phénomènes mouvants, comme peuvent l'être le temps ou l'irréversibilité, est destinée à se heurter incontestablement un jour ou l'autre à des critiques sur une éventuelle artificialisation. Donner corps et effets à des notions fuyantes, emporte nécessairement quelques artificialisations. Cette problématique à propos de l'artificialisation rejoint finalement la question principale qui est au cœur de l'irréversibilité

⁸⁷⁹ CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souveraineté, Essai sur la fonction du droit international*, Editions la Découverte, 1995.

⁸⁸⁰ *Ibidem.*, M. Chemillier-Gendreau précise notamment que « contribution par vocation à la stabilité des sociétés, le droit gère les antagonismes à l'intérieur du processus temporel. Il y introduit des séquences puisqu'il fige dans la norme un processus social qui continue cependant à se développer en harmonie ou en rupture avec elle. Le succès (toujours temporaire) du droit, dépend de la pertinence de la séquence choisie et de son articulation à une évolution réelle qui aura donc quelque chance de se poursuivre en douceur. Deux moments sont particuliers ; celui de la formation de la norme et celui de sa reformulation si dans l'application trop de nouvelles tensions se sont exprimées ».

⁸⁸¹ ELLUL J., *op.cit.*, p. 30, « par le droit, cet homme, tout d'abord, tente, avons-nous dit, une saisie sur la durée, prétend à une garantie de l'avenir et à une maîtrise du temps », « Tout rapport social nécessite que l'on échappe à l'incohérence du temps ».

⁸⁸² CARBONNIER J., *Sociologie juridique, op.cit.*, p. 350, « le système juridique occupe une plage de temps. Il dure, même si c'est en se transformant à l'intérieur. Quelle dose de changement peut-il tolérer sans perdre son être ? ».

⁸⁸³ Cf. *Infra*, Partie I, Titre II.

juridique et qui est celle du juste équilibre à trouver entre immobilisme juridique et nécessaire évolution du droit⁸⁸⁴.

475. Le caractère performatif du droit va permettre de faire de l'irréversibilité un « objet de droit », c'est-à-dire quelque chose de construit par le droit et qui va prendre une position et un sens au sein du système juridique. Le terme « objet de droit » convient d'être entendu différemment de l'expression « objet du droit » qui concerne les matières réglées par le droit. Ainsi, l'irréversibilité ayant bénéficié de la performativité du droit va devenir « objet de droit », c'est-à-dire une construction juridique. Le principe de non-rétroactivité, l'application immédiate des lois, la théorie des droits acquis font notamment partie de cette construction.

476. Cette reconnaissance de l'irréversibilité en tant qu'objet de droit va permettre d'encadrer la notion et de lui donner un sens. Ainsi, ce qui permet une compréhension correcte de l'irréversibilité, en dehors des considérations purement scientifiques, est indiscutablement le caractère performatif du droit. Comme l'énonce G. Bonnel, le droit est donc « une science de l'accomplissement »⁸⁸⁵. Il permet que ce qui est difficilement saisissable le soit, que cette irréversibilité qui semble échapper à la saisie intellectuelle de l'homme le soit. Quand il est si mal aisé de dire « ce processus est irréversible » ou « cela constitue de l'irréversibilité », ou plus simplement de prendre conscience de l'irréversibilité de l'écoulement du temps, le droit va permettre de dire « ceci est ou sera irréversible », un retour en arrière ou une remise en cause est impossible.

477. La performativité du discours juridique trouve son application notamment dans ce qu'il est possible de considérer comme étant le vocabulaire juridique de l'irréversibilité.

C) Le vocabulaire juridique de l'irréversibilité

478. Avant de pouvoir parler de vocabulaire juridique, il semble important de préciser ce qu'il faut comprendre par « discours juridique ». Dans le cadre du discours juridique il est bien entendu que les différences sémantiques avec le discours du « langage naturel », la langue de communication d'une société, concernent aussi bien le vocabulaire que la

⁸⁸⁴ Cf. Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁸⁸⁵ BONNEL G., *op.cit.*, p. 29.

signification des termes qui y apparaissent⁸⁸⁶. Le passage du langage naturel au langage juridique se caractérise par l'atténuation, tout d'abord du flou des expressions inhérentes au langage naturel que ne peut supporter le langage juridique, puis de la contextualité attachée aux expressions qui est plus élargie dans le langage naturel que dans le langage juridique. J. Wroblewski précise à ce sujet : « le sens des prescriptions juridiques doit fixer les statuts déontiques ou les constructions institutionnelles d'une manière orientée vers le futur, en garantissant un degré de stabilité du sens suffisant pour assurer la sécurité juridique et la prédictibilité des comportements déterminé par les actes normatifs »⁸⁸⁷. Ce degré de stabilité rejoint l'idée d'irréversibilité, irréversibilité du langage juridique.

479. J. Wroblewski apporte une définition du discours juridique et propose une classification qu'il paraît intéressant de reprendre⁸⁸⁸. Dans une définition globale et simpliste, le discours juridique est le discours dans lequel on formule le droit ou dans lequel on parle du droit. Il semble possible de distinguer plusieurs types de langages relevant du discours juridique : le langage légal est celui dans lequel on formule les lois ; le langage juridique jurisprudentiel concerne celui dans lequel on énonce des décisions relevant de l'application du droit ; le langage juridique scientifique est celui qui est propre au discours de la science juridique ; le langage juridique commun se rapporte aux autres discours concernant le droit.

480. Le langage juridique de l'irréversibilité, et plus précisément son vocabulaire, est présent dans les différents types de discours juridiques. Il est possible de retenir que les deux vocables principaux de l'irréversibilité sont la non-rétroactivité et l'irrévocabilité. Il n'est pas question ici de répertorier, de manière exhaustive, tous les vocables de l'irréversibilité en droit, les figures proprement dites de l'irréversibilité juridique permettront d'apporter des précisions quant aux manifestations de ce phénomène⁸⁸⁹. En ne retenant, en tant que vocables, que la non-rétroactivité et l'irrévocabilité, il s'agit de reconnaître que le langage de l'irréversibilité ne se présente principalement qu'à travers ces deux notions. Elles traduisent, de la manière la plus aboutie, le phénomène d'irréversibilité. Les vocables « non-rétroactivité » et « irrévocabilité » se retrouvent tant dans le discours

⁸⁸⁶ WROBLEWSKI J., *Les langages juridiques : une typologie*, Droit et Société, 8-1988, p. 17.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 15-30.

⁸⁸⁹ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II, Chapitre I.

jurisprudentiel (force de chose jugée...), légal (non-rétroactivité de la loi...), que règlementaire (non-rétroactivité des actes administratifs...).

481. Le mot irrévocable est issu du mot « voix », qui vient du grec *epos* signifiant « ce qu'on dit, ce dont on parle », et du latin « vox » qui signifie « sons émis, paroles, mots ». Irrévocable ou *irrevocabilis* apparaît au XIV^e siècle, irrévocabilité au XVI^e siècle⁸⁹⁰. Il découle du mot latin *revocabilis* « qui peut être rappelé, renvoyé à son point de départ ». En matière de vocabulaire d'irréversibilité en droit, il convient de remarquer la présence spécifique du préfixe « ir » dans la terminologie juridique employée pour décrire ou mettre en place le phénomène de « non-retour » (irrépétible, irréfragable, irrecevabilité, irrécouvrable...⁸⁹¹). Ce préfixe latin signifie « le contraire », ou « privé de », il sous-entend l'idée de négativité. L'irrévocabilité est un terme régulièrement utilisé en droit, il constitue en tout état de cause la fin du processus d'irréversibilité et doit, par ce fait, être considéré comme appartenant au vocabulaire de l'irréversibilité juridique. L'irrévocabilité induit indubitablement un *statu quo* juridique puisqu'aucune remise en cause ne sera possible pour le passé mais également pour l'avenir.

482. Le terme de non-rétroactivité, quant à lui, vient du latin *retro* qui signifie en arrière. Le mot activité signifie le caractère de ce qui est actif, pour une chose ou une personne. La rétroactivité peut donc se définir comme quelque chose qui intervient sur le passé. Dans sa négation, il s'agit donc d'une action uniquement sur le présent et le futur. Le fait de ne pas opérer sur le passé sous-entend l'idée d'irréversibilité. La flèche du temps de l'action n'a qu'un sens, celui de l'avenir. Il s'agit ici du non-retour en arrière inhérent au phénomène d'irréversibilité. Contrairement à l'irrévocabilité qui arrête définitivement un processus juridique et le fixe, la non-rétroactivité interdit pour le passé toute remise en cause, mais n'empêche pas forcément le processus de se développer dans l'avenir. Le vocabulaire de l'irréversibilité en droit se limite donc principalement à la non-rétroactivité, et de manière plus large aux vocables utilisant le préfixe « ir ».

483. Le temps du droit, la performativité de son discours, et de ce fait la reconnaissance de l'existence d'une irréversibilité juridique, permettent d'envisager un encodage juridique de l'irréversibilité. Cet encodage forme une première fondation à l'identification de ce

⁸⁹⁰ PICOCHÉ J., *Dictionnaire étymologique du français*, Editions Le Robert, Collection Les Usuels, Paris, 2002.

⁸⁹¹ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II.

phénomène comme réalité juridique. La seconde fondation indispensable résulte des fondements juridiques mêmes de l'irréversibilité. Ils résident principalement dans l'existence d'un premier fondement qui est le principe de sécurité juridique et de fondements secondaires constitués des principes de non-rétroactivité et d'effet immédiat ainsi que de la théorie des droits acquis.

Section II. Les fondements juridiques de l'irréversibilité

484. L'encodage juridique de l'irréversibilité amène le droit à se saisir du phénomène. La performativité du discours juridique va servir d'outil pour encadrer, définir, et caractériser un phénomène parfois abscons. Il serait utopique et faux de dire que le droit permet une compréhension simple de l'irréversibilité, ou qu'il donne lieu à une maîtrise totale de l'irréversibilité. Cependant, il tend vers une simplification de cette dernière. Le juriste va pouvoir appréhender l'irréversibilité avec plus d'aisance que le philosophe, l'irréversibilité ayant été pour le moins « identifiée » ou « déterminée ». Il abandonne ainsi dans une certaine mesure le questionnement de l'irréversibilité qui demeure largement pour la philosophie.

485. Le droit peut souhaiter et rechercher l'irréversibilité, de manière plus ou moins explicite, mais dans une démarche positive. L'irréversibilité peut tout d'abord constituer un choix politique, le choix d'instaurer de l'irréversibilité dans le droit, dans un souci de stabilité juridique du point de vue de l'Etat de droit, et de sécurité juridique au bénéfice des citoyens. Cette stabilité et cette sécurité vont permettre de garantir certains fondements essentiels du droit afin de se prémunir contre des changements potentiellement néfastes par leur fréquence ou leur rapidité. Dans ce cadre, la recherche d'irréversibilité caractérise la démarche juridique. Dans une étude de l'appréhension juridique de l'irréversibilité, l'encodage juridique du phénomène constitue la reconnaissance d'une possibilité d'un passage de l'irréversibilité de fait à l'irréversibilité de droit. Afin de compléter cette détermination il convient de rechercher les fondements juridiques de ce passage et de ce fait de vérifier que l'irréversibilité est bien légitimée en droit. L'irréversibilité juridique se traduit soit par la fixation d'un état juridique sur lequel il n'est normalement pas possible de revenir, soit par une application de la règle de droit dans l'avenir. Ces traductions visent *in fine* à garantir une certaine stabilité et immuabilité du droit. Ces garanties sont celles qui sont consacrées par le principe de sécurité juridique. Il est de ce fait possible de considérer

que le fondement initial de l'existence de l'irréversibilité juridique réside dans l'existence d'un principe de sécurité juridique.

486. Il ne s'agit pas ici de procéder à une étude approfondie du principe de sécurité juridique, tâche qui nécessiterait une étude spécifique, mais plutôt de tenter d'apporter un éclairage sur ce fondement qu'est le principe de sécurité juridique pour l'irréversibilité juridique dans le but d'une meilleure appréhension de cette dernière (§1). A ce fondement premier que représente le principe de sécurité juridique s'adjoignent des fondements secondaires, secondaires non pas du fait de leur moindre importance mais parce qu'il est possible de considérer qu'ils sont des déclinaisons de ce fondement premier. Il s'agit du principe de non-rétroactivité, de l'effet immédiat et de la théorie des droits acquis (§2).

§1. Le principe de sécurité juridique comme fondement premier de l'irréversibilité juridique

487. Cette légitimation que représente le principe de sécurité juridique pour l'irréversibilité est primordiale. Comme le souligne F. Moderne, les principes généraux du droit, dont la sécurité juridique fait partie, participent à la réalisation d'un ordre juridique cohérent de deux manières. Ils ont tout d'abord une fonction explicative, qui permet l'éclaircissement sur le sens des règles de droit. Ils ont également une « fonction de justification ». Ainsi, « si un principe normatif est reconnu comme ayant une valeur en lui-même, (...) les règles qui en découlent ou s'en rapprochent bénéficieront plus facilement de cette présomption de légitimité »⁸⁹². Cette fonction de justification du principe de sécurité juridique va servir l'irréversibilité juridique.

488. Il semble nécessaire tout d'abord de voir en quoi le principe de sécurité juridique peut être considéré comme contribuant largement à fonder l'irréversibilité en droit (A). Il conviendra ensuite d'étudier tout particulièrement l'axe temporel de ce principe, source première du fondement que représente le principe de sécurité juridique (B).

⁸⁹² MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 722.

A) L'appréhension du principe de sécurité juridique comme fondement premier de l'irréversibilité juridique

489. Le principe de sécurité juridique « imprègne des pans entiers de notre droit »⁸⁹³. Si sa reconnaissance a été longue et parfois laborieuse en droit interne français⁸⁹⁴, le principe est aujourd'hui très présent dans la réflexion juridique et peut être considéré comme la base d'une ligne de conduite juridique à suivre. Il exige de la clarté et de la prévisibilité dans le droit applicable ainsi que dans le droit à venir. Il traduit une recherche de fiabilité, de crédibilité et d'efficacité juridique. Le droit romain reconnaissait déjà dans la sécurité juridique deux « sous-principes »⁸⁹⁵ : celui d'orientation et celui de réalisation. Le principe d'orientation traduit par la « certitudo » agissait comme un guide pour le citoyen, lui permettant ainsi de savoir à l'avance, face à des choix dans un cadre incertain, quel comportement adopter. Le principe de réalisation quant à lui, présent à travers la notion de « securitas », s'illustre dans le respect de la règle et du contrat, et dans leur effectivité, cette effectivité étant garantie par la non-modification arbitraire du droit. Ces deux aspects du principe de sécurité juridique sont aujourd'hui encore présents à travers les notions de prévisibilité et de stabilité que préconise le principe.

490. L'irréversibilité trouve son fondement juridique principalement au sein du principe de sécurité juridique. En effet, en se posant la question de l'irréversibilité juridique, le juriste se confronte indéniablement à celle de la sécurité juridique. Pourquoi mettre en place et consacrer de l'irréversibilité en droit, c'est-à-dire prévoir que des situations juridiques ne puissent être remises en cause, ou que des législations ne puissent être supprimées, si ce n'est dans un objectif de sécurité juridique ? Il est finalement possible de considérer la sécurité juridique comme l'un des fondements d'un Etat de droit.

491. Il convient d'étudier tout d'abord la définition même du principe de sécurité juridique (1) avant d'en analyser ses limites générales qui seront indubitablement celles de l'irréversibilité juridique (2).

⁸⁹³ MAILLOT J-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, Thèse pour le doctorat, droit administratif, Université Montpellier I, 2001, Editions Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2003, p. 314.

⁸⁹⁴ Cf. Notamment, SOULAS DE RUSSEL J-M., RAIMBAULT P., *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, RIDC, 1-2003, p. 86-103.

⁸⁹⁵ Cass. *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.

1) *La définition du principe de sécurité juridique*

492. Dans son rapport de 2006, le Conseil d'Etat donne une définition de la sécurité juridique. Le principe de sécurité juridique « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises dans le temps à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »⁸⁹⁶. La définition retenue par le Conseil d'Etat exige du droit, à la fois de la prévisibilité et de la stabilité. Quant à la place d'un tel principe dans un système juridique, le Conseil d'Etat rappelle que « l'Etat de droit implique le respect du principe de sécurité juridique »⁸⁹⁷. M. Fromont va plus loin en considérant que le principe de sécurité juridique est « la raison d'être du droit lui-même »⁸⁹⁸. Les enjeux du principe de sécurité juridique sont la recherche et la nécessité de stabilité juridique, à la fois pour l'Etat (dans un souci de cohérence juridique et politique) et pour le citoyen (conformément au principe de non-rétroactivité, à la théorie des droits acquis et au principe de confiance légitime⁸⁹⁹).

493. La place du principe de sécurité juridique en droit français a été l'objet de nombreux débats doctrinaux. A ce titre, le rapport du Conseil d'Etat rappelle qu'en droit français le principe de sécurité juridique ne figure ni dans en droit administratif ni en droit constitutionnel. Cependant, un certain nombre de ses déclinaisons sont reconnues par le droit français. C'est le cas notamment de la prévisibilité du droit, de la stabilité des situations juridiques, et de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi⁹⁰⁰. En ce qui concerne la reconnaissance du principe de sécurité juridique par le Conseil

⁸⁹⁶ CE. Rapport, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Editions La Documentation française, Paris, 2006, p. 281.

⁸⁹⁷ CE. Rapport public pour 1991, *De la sécurité juridique*, EDCE 1992, n° 43, p. 15.

⁸⁹⁸ FROMONT M., *Le principe de sécurité juridique*, AJDA juin 1996, n° spécial sur Droit administratif et Droit communautaire, p. 178-184, p. 178.

⁸⁹⁹ Cf. *Infra*.

⁹⁰⁰ CC. 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, décision n°99-421 DC, JO du 22 décembre 1999, p. 19041, « Considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

constitutionnel, le Professeur B. Mathieu parle d'un « principe constitutionnel clandestin mais efficient »⁹⁰¹. Une première étape a d'abord été franchie avec la reconnaissance d'un « objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »⁹⁰².

494. L'absence initiale d'une réelle reconnaissance du principe en tant que tel résulte principalement du fait qu'en droit constitutionnel, la notion de sécurité juridique ne figure expressément ni dans la Constitution de 1958, ni dans le Préambule de 1946, ni même dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cependant, la sécurité juridique se réfère à deux notions proches mais qui restent cependant distinctes. La première notion est celle de « sûreté » énoncée à l'article 2 de la DDHC qui fait partie des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Néanmoins, cette notion de sûreté correspond davantage à la notion d'*habeas corpus* qu'à une sécurité juridique telle qu'elle est appréhendée juridiquement aujourd'hui. L'article 7 de la DDHC précise d'ailleurs que « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». La seconde notion est celle de la « garantie des droits » prévue à l'article 16 de la DDHC qui

⁹⁰¹ MATHIEU B., *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, in Mélanges GELARD P., Editions Montchrestien, Paris, 2000, p. 301 et s.

⁹⁰² L'objectif a été proclamé pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans une décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, JO du 22 décembre 1999, p. 19041, afférente à *la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. Cf. supra. Le juge constitutionnel a considéré que « l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf Codes mentionnés à l'article 1^{er}, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Aux fins de précisions, le Conseil constitutionnel a abandonné l'objectif de clarté de la loi au bénéfice de l'objectif d'intelligibilité. Dans une décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 portant sur *la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JO du 3 août 2006, p. 11541, le juge constitutionnel a consacré l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence unique en la matière. Il retient à ce titre : « Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

prévoit que : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». La réticence de l'Etat français à reconnaître la nature de principe général du droit au principe de sécurité juridique résulte de cette absence de consécration écrite du principe ainsi que probablement de l'origine étrangère de ce principe⁹⁰³. Cependant, l'ouverture nécessaire du droit français, notamment à travers l'émergence du droit européen, a démontré de plus en plus une volonté d'une « moindre instabilité juridique ». La doctrine a émis de nombreuses critiques envers les modifications brutales de réglementation, et à ce titre, J-M Maillot préconisait en 2003 « une traduction adéquate »⁹⁰⁴ du principe de sécurité en droit français. Certains auteurs avaient avancé que le droit transitoire constituait la « forme française » du principe de sécurité juridique. De même la pratique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel de l'effet décalé de ses décisions participe à une certaine sécurité juridique⁹⁰⁵.

495. En droit européen, la sécurité juridique constitue un principe général du droit depuis un arrêt *Bosch* du 6 avril 1962 de la CJUE⁹⁰⁶. Selon l'expression de la CJUE, il se situe à la base du système institutionnel de la Communauté »⁹⁰⁷. Cependant, aucune définition précise

⁹⁰³ Cf. notamment, CE. Rapport public 1992, Sur le droit communautaire, Editions La Documentation Française, EDCE 1993, n° 44, p. 43 : « Si certains concepts, comme *l'effet utile*, s'apparentent à une recherche des intentions du législateur et semblent se rattacher à la tradition française de l'interprétation finaliste de la loi, d'autres, comme la *confiance légitime*, variante de la *sécurité juridique* issue du droit germanique, viennent très naturellement d'ailleurs ».

⁹⁰⁴ MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, *op.cit.*, p. 307.

⁹⁰⁵ Cf. Notamment CC. 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement*, décision n°2011-183/184, QPC du 14 octobre 2011, JO du 15 octobre 2011, p. 17466. Le dernier paragraphe de l'arrêt prévoit un décalage dans la déclaration de l'inconstitutionnalité : « c'est ce raisonnement qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer le second alinéa de l'article L. 511-2 du Code de l'environnement et le paragraphe III de son article L. 5125-7, tout en laissant au Parlement jusqu'au 1er janvier 2013 pour remédier à cette inconstitutionnalité ».

⁹⁰⁶ CJUE. 6 avril 1962, *Bosch*, Aff. 13-61, Rec. CJUE p. 98 : « que, d'une manière plus générale, il serait contraire au principe général de la sécurité juridique, règle de droit à respecter dans l'application du Traité, de frapper de nullité de plein droit certains accords avant même qu'il ait été possible de savoir, donc de constater à quels accords s'applique l'ensemble de l'article 85 ». La mention du principe de sécurité juridique avait déjà été faite dans un arrêt antérieur, CJUE. 13 juillet 1961, *Meroni c/Haute Autorité de la CECA*, Aff. Jtes. 14-16-17-20-24-26-27-60 et 1-61, Rec. CJUE. p. 319, sans pour autant qu'il ait été proclamé « principe général du droit ». En effet, le juge communautaire énonce seulement « que, dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la Haute autorité d'avoir donné la préférence, dut-ce au prix de rectifications réitérées, au principe de la justice distributive plutôt qu'à celui de la sécurité juridique ».

⁹⁰⁷ CJUE. *Deutsche Milchkontor c/RFA*, 21 septembre 1983, Aff. Jtes. 205 à 215/82, Rec. CJUE. p. 2633, spéc. p. 2665, § 30 : « A cet égard, il y a lieu de souligner d'abord que les principes du respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique font partie de l'ordre juridique communautaire. On ne saurait donc considérer comme contraire à ce même ordre juridique qu'une législation nationale assure le respect de la confiance légitime et la sécurité juridique dans un domaine comme celui de la répétition d'aides communautaires indûment versées. Il résulte par ailleurs d'une étude des droits nationaux des Etats

n'a réellement été donnée par la CJUE. Dans un arrêt en date du 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/Denkavit italiana Srl.*⁹⁰⁸, la Cour a retenu l'interprétation rétroactive des règles communautaires tout en évoquant la possibilité de limiter cette même rétroactivité au nom du principe de sécurité juridique. Elle retient ainsi que les règles communautaires interprétées peuvent et doivent être appliquées par le juge « même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation ». Elle ajoute que c'est sous réserve qu'« à titre exceptionnel », elle « pourrait, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire (...) être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer la disposition ainsi interprétée ». Elle justifie cette position par « les troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi ».

496. Le droit de la CEDH reconnaît également pleinement le principe de sécurité juridique. Dans un arrêt *Brumarescu c/ Roumanie* du 28 octobre 1999, la Cour intègre le principe de sécurité juridique tiré de l'article 6§1 et le droit au procès équitable⁹⁰⁹. Dans son opinion concordante, M. le juge Rozakis apporte un éclairage intéressant. Il retient que « lorsqu'un système judiciaire confère à une juridiction la compétence de rendre des jugements définitifs puis permet que des procédures ultérieures en annulent les décisions, non seulement la sécurité juridique en pâtit, mais l'existence même du tribunal est remise en cause puisqu'il n'a en substance aucune compétence pour trancher de manière définitive une question juridique ». Cette opinion condamne la rétroactivité juridique et par là-même suggère une irréversibilité juridique plus poussée.

497. L'appréhension définitionnelle du principe de sécurité juridique permet de mieux cerner les enjeux d'un tel principe. Cependant, il convient de préciser en quoi cette

membres en matière de retrait d'actes administratifs et de répétition de prestations financières indûment versées par l'administration publique, que le souci d'assurer sous des formes différentes, un équilibre entre, d'une part, le principe de la légalité et, d'autre part, le principe de sécurité juridique et de confiance légitime est commun aux droits des Etats membres ».

⁹⁰⁸ CJUE. 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit italiana Srl.*, Aff. 61/79, Rec. CJUE, p. 1205.

⁹⁰⁹ CEDH. 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n° 28342/95, Rec. 1999-VII, §61 : « Le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des Etats contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause ».

consécration de la sécurité juridique en droit français et en droit européen permet de légitimer l'irréversibilité juridique. En reprenant la définition de la sécurité juridique telle qu'elle est posée par le Conseil d'Etat dans son rapport de 2006, il est possible de considérer que l'irréversibilité y est présente dans la dernière partie de cette définition. En effet, les « variations trop fréquentes » et « l'imprévisibilité » peuvent être considérées comme faisant partie du vocabulaire de l'irréversibilité. Les variations trop fréquentes du droit induisent des changements de législations, potentiellement rétroactives, ou des remises en question de la réglementation établie. Ces variations peuvent s'assimiler à des réversibilités juridiques en ce qu'elles remettent en cause le droit existant. L'irréversibilité juridique signifie soit un non-retour en arrière, et condamne donc une rétroactivité juridique, soit une absence de changement (le changement signifiant une remise en cause des normes établies), et donc la condamnation des modifications du droit existant. Le terme « variations trop fréquentes » est bien évidemment susceptible de viser des changements de législation non irréversibles, en ce sens qu'ils ne remettent pas en cause le droit mais donnent une direction différente. Cependant, ces variations juridiques, condamnées par le principe de sécurité juridique, restent le plus souvent irréversibles. Cette référence aux « variations trop fréquentes » fait appel à la dimension « stabilité du droit » du principe de sécurité juridique⁹¹⁰. « L'imprévisibilité » quant à elle fait référence à la dimension « prévisibilité » de ce même principe⁹¹¹.

498. La non-rétroactivité faisant partie du vocabulaire de l'irréversibilité, il est évident que le principe de sécurité juridique a vocation à intervenir en matière de rétroactivité et de non-rétroactivité. P. Level rappelle la conception de M. Roubier selon laquelle ce principe (non-rétroactivité) est la sauvegarde nécessaire des intérêts particuliers. La sécurité juridique apparaît en filigrane dans cette vision : « la rétroactivité créerait un état de trouble intolérable pour les relations juridiques et détruirait tout sentiment de confiance dans la sécurité du droit »⁹¹². Dans un cadre plus spécifique, J-M Maillot rappelle que « l'impératif de sécurité juridique est quant à lui pris en compte par le juge français par l'intermédiaire du principe de non-rétroactivité des actes administratifs »⁹¹³. L'application immédiate de la

⁹¹⁰ Cf. *Infra*, Partie II, Titre I.

⁹¹¹ Cf. *Infra*, Partie II, Titre I.

⁹¹² LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, *op.cit.*, p. 108.

⁹¹³ MAILLOT J-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, *op.cit.*, p. 315.

loi peut également se justifier à travers l'existence du principe de sécurité juridique. La Cour de l'Union Européenne a reconnu que le fait de reporter la date d'entrée en vigueur d'un acte de portée générale alors que cette date initialement prévue est déjà dépassée, est susceptible de porter atteinte au principe de sécurité juridique⁹¹⁴.

499. Le principe de sécurité juridique, par son objectif de garantie de stabilité du droit, constitue la légitimation de l'irréversibilité juridique. Néanmoins, un certain nombre de limites au respect du principe de sécurité juridique existent et sont donc susceptibles de restreindre le champ d'application de l'irréversibilité juridique.

2) *Les limites du principe de sécurité juridique*

500. Le rapport du Conseil d'Etat relatif au principe de sécurité juridique rappelle que la prise en compte de ce principe « doit (...) rester compatible avec la nécessité de réserver au pouvoir politique et à l'administration les marges de manœuvre nécessaires à l'application de son programme et à l'exercice de ses missions de service public »⁹¹⁵. Cette obligation résulte du « principe d'adaptation ou de mutabilité »⁹¹⁶. La haute juridiction souligne que ce concept (la sécurité juridique) « ne saurait en effet constituer, comme certains le redoutent, un habillage moderne du conservatisme juridique, un mécanisme institutionnalisé de protection des situations acquises, même injustes, au nom de la stabilité de la règle de droit »⁹¹⁷.

501. A ce titre, le principe de sécurité juridique peut parfois se trouver en opposition avec le principe de légalité. Les limites sont notamment celles qui relèvent d'une potentielle atteinte à l'ordre public, à l'intérêt général et plus généralement à une nécessaire adaptabilité du droit⁹¹⁸. Paradoxalement, il semble que l'intérêt général puisse être considéré à la fois

⁹¹⁴ CJUE. 22 février 1984, *Gerda Kloppenburg c/ Finanzamt Leer*, Aff. 70/83, Rec. CJUE, p. 1075, § 11, « A cet égard, il y a lieu de souligner, ainsi que le Cour l'a déjà fait à maintes reprises, que la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables. Le fait de reporter la date d'entrée en vigueur d'un acte ayant une portée générale, alors que la date initialement prévue est déjà passée, est en soi susceptible de porter atteinte à ce principe ».

⁹¹⁵ CE. Rapport, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op.cit.*, p. 282.

⁹¹⁶ Cf. *Infra*, Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁹¹⁷ CE. Rapport, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op.cit.*, p. 282.

⁹¹⁸ A titre d'exemple les lois peuvent être rétroactives, donc dans une certaine opposition avec le principe de sécurité juridique en raison de motifs d'intérêt général. A ce titre, le juge constitutionnel a pu retenir que « si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales

comme une limite et un but à cette exigence de sécurité juridique. Le Doyen Hauriou soulignait en effet que le droit public général et le droit administratif doivent garantir de la sécurité juridique dans leur mission de construction de l'édifice social. Cette garantie de sécurité juridique ne pourra être obtenue qu'en s'appuyant sur la durée, une durée avec une direction précise : celle du bien public ou celle de l'intérêt du service⁹¹⁹.

502. Une autre critique, celle-ci d'ordre plus théorique, consiste à relever cette « dictature » de la sécurité dans le droit durant ces dernières décennies. Cette complexité croissante du droit que les juristes tentent de limiter, n'est pas uniquement négative ou imputable au droit lui-même. A-J. Arnaud explique à propos du droit que sa complexité est « liée au progrès des connaissances »⁹²⁰. Cette complexité « relève de la question de la dimension universelle du système » actuel (droit, économie, sociale...). Finalement, « elle ne dépend pas tant du nombre ou de la densité des éléments (...) qui le constituent, que de l'originalité de la configuration topologique des éléments dans le système (...). Elle renvoie à l'idée de récursivités et enchevêtrement de relations d'un niveau institutionnel à un autre »⁹²¹. Ces enchevêtrements poussent ainsi le juriste à accepter la complexité contemporaine. Dans cette vision, qui rejoint le « pluralisme juridique » de M. Delmas-Marty⁹²², le principe de sécurité juridique peut paraître quelque peu réactionnaire.

503. La sécurité juridique, par la stabilité et la prévisibilité du droit qu'elle induit, en évitant notamment les changements trop fréquents de législation, préconise, de manière non absolue, de l'irréversibilité juridique. Ainsi, le fondement juridique de l'irréversibilité juridique réside dans l'existence et la reconnaissance de plus en plus incontestable de ce principe. Cette qualité de fondement juridique donne au phénomène d'irréversibilité la légitimation nécessaire à sa juridicisation. La légitimation apportée par le principe de sécurité juridique s'illustre plus spécifiquement dans le cadre de son axe temporel.

des exigences constitutionnelles », CC. 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, décision n° 98-404 DC, JO du 27 décembre 1998, p. 19663.

⁹¹⁹ CHICOT P-Y., *La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou*, *Préc.*, p. 419.

⁹²⁰ ARNAUD A-J., *Du jeu fini au jeu ouvert, réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, *Droit et société*, 17/18-1991, p. 50.

⁹²¹ *Ibidem*.

⁹²² DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2006.

B) L'axe temporel du principe de sécurité juridique comme origine du fondement de l'irréversibilité juridique

504. Le principe de sécurité juridique comporte deux volets dont l'un intéresse principalement l'irréversibilité juridique. L'axe temporel du principe de sécurité juridique est défini par le Conseil d'Etat de la manière suivante : « le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables »⁹²³. L'axe formel du principe se caractérise quant à lui par la qualité de la loi⁹²⁴.

505. L'axe temporel comporte lui aussi deux volets principaux où l'irréversibilité juridique trouve inévitablement une application toute particulière. Le premier est celui de la stabilité juridique, avec l'idée principale de protection des droits acquis et par là-même celle du principe de confiance légitime (1). Le second volet est celui de la prévisibilité du droit, avec l'existence du principe général de non-rétroactivité du droit (2).

1) La stabilité du droit : le principe de confiance légitime comme fondement de l'irréversibilité juridique

506. A propos d'une proposition générale de réforme des droits administratifs européens, E. Schmidt-Assman rappelle que le droit doit donner « une réponse stable aux attentes sociales qui se forment en liaison avec les conduites et les actes des différents sujets (...), il doit remplir une fonction d'orientation »⁹²⁵. Ainsi, les « principes de sécurité juridique et de confiance légitime contribuent à cette stabilité et, en tant qu'éléments de la clause de l'Etat de droit, ne peuvent être écartés. Pour le reste, la structure même du droit dénote une orientation marquée en faveur de cette stabilité »⁹²⁶. Cette orientation en faveur de la stabilité est également celle de l'irréversibilité juridique. La stabilité peut se définir comme le « caractère de ce qui tend à demeurer dans le même état »⁹²⁷. Le fait de demeurer dans le

⁹²³ CE. Rapport, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *op.cit.*, p. 283.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 282. Ce volet formel concerne la normativité de la loi notamment par le biais de son accessibilité et de son intelligibilité.

⁹²⁵ SCHMIDT-ASSMAN E., *Principes de bases d'une réforme du droit administratif*, AJDA, 2008, p. 427.

⁹²⁶ *Ibidem*.

⁹²⁷ Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

même état incarne un caractère temporel irréversible, soit parce que la remise en cause est proscrite, soit parce que le changement n'est pas permis. Ce volet « stabilité » du principe de sécurité juridique se traduit principalement par la mise en œuvre du principe de confiance légitime. Cette même traduction justifie l'existence d'irréversibilités juridiques.

507. Le principe de confiance légitime, première manifestation de l'axe temporel du principe de sécurité juridique nécessite d'être préalablement défini (a), ainsi qu'étudié dans ses limites (b).

a) L'appréhension du principe de confiance légitime

508. A propos de la notion de stabilité juridique, G. Ripert rappelle que le droit est la formulation de l'ordre socialement établi et non la représentation d'un ordre futur⁹²⁸. Il est la défense du présent et non l'anticipation de l'avenir. Cette vision, bien qu'excluant une vision anticipatrice du droit, soulève à juste titre le caractère nécessairement stable du droit. Pareillement, le Conseiller R. Schwartz considère que « la stabilité des situations juridiques individuelles est même immanente au droit public, le juge n'ayant fait que constater une nécessité sociale »⁹²⁹.

509. Le volet stabilité juridique du principe de sécurité juridique trouve sa consécration principale dans l'existence du principe de confiance légitime, déclinaison de ce même principe. Le terme de « confiance légitime » est préféré par les juges à ceux d'« attente » ou d'« espérance » légitime⁹³⁰. Ce principe constitue l'« un des aspects de la préoccupation de sécurité juridique, au même titre que le respect des droits acquis ou que la non-rétroactivité des actes administratifs »⁹³¹. Ce principe de confiance légitime puise son origine directe dans le droit allemand. Appelé « vertrauensschutzprinzip » outre-Rhin, son rang constitutionnel a été reconnu⁹³². La doctrine française considère pour sa part la confiance

⁹²⁸ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Paris 1955, p. 10.

⁹²⁹ SCHWARTZ R., Conclusions sur CE. Section. 3 novembre 1995, *Mme Velluet et a.*, AJDA 1996, p. 215.

⁹³⁰ MOLINIER J., *Principes généraux*, Répertoire Dalloz, Communautaire, Mars 2011, p. 82-101.

⁹³¹ MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, *op.cit.*, p. 312.

⁹³² Cf. Notamment à ce sujet VINCENT P., *Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français*, Conclusions sur Cour administrative d'appel de Nancy, 17 juin 1999, *Ministre de l'Environnement c/ Entreprise Transports Freymuth*, RFDA, 2000, p. 254, « En droit allemand, le

légitime « en tant qu'élément de l'Etat de droit impliquant à ce titre la stabilité de l'ordre juridique et la prévisibilité de l'ordre étatique »⁹³³. En définitive, le principe de confiance légitime vise à garantir la confiance des citoyens, destinataires des règles, dans la stabilité de ces dernières, stabilité qui peut être relative temporellement. Il s'agit pour les autorités publiques de ne pas trahir cette confiance dans la stabilité du droit. Cette confiance légitime ramène le débat vers la garantie des droits acquis.

510. En droit de l'Union Européenne, le principe de confiance légitime est utilisé par la Cour de justice pour protéger les ressortissants communautaires contre des changements exagérément brutaux de la réglementation. Les Etats peuvent de ce fait mettre en cause la responsabilité de la Communauté en vue de la défense de la confiance légitime de ses ressortissants, et également demander l'annulation d'actes institutionnels⁹³⁴. Le principe de confiance légitime a une réelle autonomie vis-à-vis du principe de sécurité juridique. Il est apparu en droit européen avec l'arrêt de la CJUE *Algéra* du 12 juillet 1957⁹³⁵ qui évoque « la sauvegarde de la confiance légitime dans la stabilité » des situations juridiques. Par la suite, le principe de confiance légitime a été consacré par un arrêt du 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*⁹³⁶, confirmé par une décision du 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*⁹³⁷. Ce principe a tout d'abord été qualifié de « principe faisant partie de l'ordre juridique de la Communauté »⁹³⁸, puis il a été proclamé « principe fondamental de la Communauté » par une décision du 5 mai 1981, *Dürbeck*⁹³⁹, la Cour ayant cependant limité

principe de confiance légitime est un principe de rang constitutionnel dérivé du principe de sécurité juridique, considéré lui-même comme l'un des éléments constitutifs essentiels de l'Etat de droit ».

⁹³³ MODERNE F., *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA 1998, p. 495-518.

⁹³⁴ Cf. CJUE. 19 novembre 1998, *Espagne c/ Conseil*, soutenu par Commission, Aff. C -284/94, Rec. I. p. 7309.

⁹³⁵ CJUE. 12 juillet 1957, *Algéra c/ Assemblée commune de la CECA*, Aff. 7/56, Rec. 1957, p. 81 : « Une étude de droit comparé fait ressortir que dans les six Etats membre un acte administratif conférant des droits subjectifs à l'intéressé ne peut en principe être retiré, s'il s'agit d'un acte légal, dans ce cas, le droit subjectif étant acquis, la nécessité de sauvegarder la confiance dans la stabilité de la situation ainsi créé l'emporte sur l'intérêt de l'administration qui voudrait revenir sur sa décision ».

⁹³⁶ CJUE. 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, Aff. 81/72, Rec. 1973, p. 575.

⁹³⁷ CJUE. 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, Aff. 112/77, Rec. 1978, p. 1019 : « the principle of the protection of legitimate expectation (...) forms part of the community legal order ».

⁹³⁸ CJUE. 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, Aff. 112/77, Rec. 1978, p. 1019.

⁹³⁹ CJUE. 5 mai 1981, *Dürbeck c/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*, Aff. 112/80, Rec. 1981, p. 1095, Point 48 : « Si, ainsi que la Cour l'a récemment confirmé dans son arrêt du 16 mai 1979 (Tomadini, 84/78, recueil p. 1801), le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, il n'en reste pas moins que son champ d'application ne saurait être étendu jusqu'à empêcher, de façon générale, une réglementation nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure en l'absence d'obligations assumées à l'égard de l'autorité publique ». Dans ce même arrêt, la Cour a en outre relevé « qu'il en est

son champ d'application⁹⁴⁰. Le principe de confiance légitime a trouvé vocation à s'appliquer notamment dans le domaine des aides financières agricoles⁹⁴¹, dans le cadre de la réglementation relative à la fonction publique communautaire⁹⁴², ainsi que dans le domaine des possibilités de retrait des décisions administratives individuelles⁹⁴³.

511. Concernant la Cour de Strasbourg, elle a consacré le principe de confiance légitime à travers celui de la sécurité juridique comme principe inhérent à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans un arrêt *Marckx*⁹⁴⁴ du 13 juillet 1979. Les juges européens ont recours au principe de confiance légitime principalement en matière de délais de recours⁹⁴⁵ et notamment de non-rétroactivité des lois⁹⁴⁶.

512. En droit français, la confiance légitime a également été reconnue. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 22 novembre 1929, *Compagnie des mines de Sigüiri*⁹⁴⁷, retient la responsabilité de l'autorité administrative à propos d'un retrait soudain et abusif d'une autorisation, s'apparentant à un changement brusque de comportement ayant en quelque sorte porté atteinte à la confiance que l'administré pouvait avoir dans la stabilité de sa situation. Cependant, sa reconnaissance en tant que principe général du droit français n'a pas encore été établie comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 mai 2001⁹⁴⁸, *Société mosellane de tractions*, qui rappelle que « ce principe, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est

spécialement ainsi dans un domaine comme celui des organisations communes des marchés dont l'objet comporte spécialement une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique dans les différents secteurs agricoles ».

⁹⁴⁰ Cf. *Infra*, Partie II, Titre I, Section I.

⁹⁴¹ Cf. notamment CJUE. 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*, Aff. 74/74, Rec. 1975, p. 533, Point 44. « Qu'en l'absence d'un intérêt public péremptoire, la Commission, en n'ayant pas assorti le règlement n° 189/72 de mesures transitoires protégeant la confiance que l'opérateur pouvait légitimement avoir dans la réglementation communautaire, a violé une règle supérieure de droit et engage ainsi la responsabilité de la Communauté ».

⁹⁴² Cf. notamment CJUE. 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, Aff. 289/81, Rec. 1983, p. 1731.

⁹⁴³ Cf. notamment CJUE. 17 avril 1997, *De Compte c/ Parlement*, Aff. 90/95, Rec. p. 1999.

⁹⁴⁴ CEDH. 13 juillet 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74.

⁹⁴⁵ CEDH. 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n°8777/79.

⁹⁴⁶ CEDH. 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. a c/ France*, req. jointes n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

⁹⁴⁷ CE. 22 novembre 1929, *Compagnie des mines de Sigüiri*, Rec. Leb., p. 22

⁹⁴⁸ CE. 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*, req. n° 211162.

régie par le droit communautaire ». La qualité de principe général du droit ayant été reconnue à la sécurité juridique⁹⁴⁹, la question de la consécration de la confiance légitime soulève bien évidemment des questionnements en doctrine. A ce titre, partant de la reconnaissance de la sécurité juridique F. Chaltiel considère que « sa proximité avec le principe de confiance légitime ainsi que les évolutions de la jurisprudence conduisent à s'interroger sur l'opportunité de consacrer en droit français le principe de confiance légitime »⁹⁵⁰. Malgré la non-reconnaissance actuelle de la confiance légitime en tant que principe général du droit français, son application par les juges français en application du droit européen laisse présager une consécration proche. La confiance légitime formant un volet du principe de sécurité juridique, la logique voudrait que la reconnaissance de l'un entraîne la reconnaissance de l'autre.

513. Cette volonté de ne pas apporter de changement brusque de législation, ou de garantir la confiance légitime aux citoyens dans la stabilité des règles de droit est une illustration de la recherche d'une certaine irréversibilité dans le droit. La réversibilité juridique est synonyme de flexibilité, de changements fréquents. La volonté de tendre vers une relative immuabilité du droit revient à mettre en place de l'irréversibilité juridique. La confiance légitime, au même titre que la sécurité juridique, est révélatrice d'une détermination d'amélioration du droit à travers la garantie d'une stabilité et d'une cohérence temporelle du droit.

514. Cependant, de même qu'il y a des limites générales au principe de sécurité juridique, il existe certaines limites spécifiques au principe de confiance légitime et par ce fait à l'existence d'irréversibilités juridiques.

b) La relativité de la stabilité juridique

515. Outre le fait que le principe de confiance légitime n'est pas reconnu en droit français de manière absolue, il reste un principe relatif même dans le cadre de son application en droit de l'Union européenne. En effet, un équilibre entre la stabilité de la réglementation et

⁹⁴⁹ CE. Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n° 288460 et s. Note sous Conseil d'État, PERES C., *Revue des contrats*, 2006/4, p. 1038-1051, 1^{er} octobre 2006 ; AJDA, 2006, p. 1028, *Chronique LANDAIS C.*, et LENICA F. ; RFDA, 2006, p. 463, *Conclusion AGUILA Y.*

⁹⁵⁰ CHALTIEL F., *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité*, AJDA, 2009, p. 1650.

sa flexibilité⁹⁵¹ est nécessaire. A titre d'exemple, il s'avère que si un domaine est caractérisé par une très grande mutabilité, comme c'est le cas du domaine économique, la Cour de Justice reste très réservée quant à l'application du principe de confiance légitime. Ainsi, dans son arrêt *Pesqueras De Bermeo et Naviera Laida c/ Commission* en date du 7 mai 1992⁹⁵², la Cour a retenu, s'agissant de l'invocation d'une violation du principe de la confiance légitime, « qu'il y a lieu de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que, si ce principe s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires. Il en est ainsi dans un domaine comme celui du secteur de la pêche expérimentale, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction, notamment, des résultats des campagnes de pêche antérieures ». Dans ce domaine, la réversibilité juridique est privilégiée.

516. Le principe de confiance légitime est également limité par le comportement même des pouvoirs publics. Ainsi, il est possible de se prévaloir du principe de confiance légitime uniquement si les autorités de l'Union européenne ont pu faire naître des « espérances fondées ». P. Cassia différencie les volets objectifs et subjectifs du principe de sécurité juridique. Le volet objectif est constitué par la nécessité d'intelligibilité et de non-rétroactivité du droit. Le volet subjectif réside dans la confiance légitime qu'a le citoyen dans le droit. Une violation de la confiance légitime invoquée par un administré doit être démontrée par le fait qu'il était dans l'impossibilité de prévoir un changement de la ligne de conduite adoptée antérieurement par l'administration. « En d'autres termes, il doit prouver que les pouvoirs publics avaient pu faire naître un sentiment de confiance dans la stabilité de la législation antérieure »⁹⁵³. Cette violation n'est par exemple pas attestée lorsque les pouvoirs publics ont annoncé suffisamment à l'avance et avaient explicité le changement de la règle de droit à venir⁹⁵⁴. La naissance de ce sentiment de confiance se rapproche en droit

⁹⁵¹ MAILLOT J-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, *op.cit.*, p. 312.

⁹⁵² CJUE. 7 mai 1992, *Pesqueras De Bermeo et Naviera Laida c/ Commission*, Aff. jointes, C-258 et C-259/90, Rec. 1992, I. p. 2901, §34.

⁹⁵³ CASSIA P. *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes*, Recueil Dalloz, 2006, p. 1190.

⁹⁵⁴ CE. Ass. 11 juillet 2001, *FNSEA et autres*, n° 219494, 221573, RFDA, 2002, p. 33, conclusions F. SENERS : « le gouvernement pouvait décider la réduction des paiements accordés à raison des régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune pour l'ensemble de l'année en cours, à la condition de respecter le principe de confiance légitime applicable en matière de droit communautaire ;

français de la jurisprudence des « promesses non tenues » en droit administratif, et notamment en droit de la fonction publique⁹⁵⁵.

517. L'exigence d'irréversibilité qui peut être attachée à la confiance légitime peut donc se voir restreindre dans un certain nombre de cas relativisant ainsi son importance.

En droit français, c'est principalement à travers le principe de légalité que le principe de confiance légitime se voit limité. A ce titre, F. Chaltiel rappelle le paradoxe créé par le principe de légalité, principe garantissant normalement le respect du droit, mais qui peut s'avérer être un « facteur potentiel d'insécurité juridique »⁹⁵⁶. Ainsi, « c'est pour cette raison que l'interprétation du principe de légalité se fait de plus en plus en lien avec les exigences du principe de sécurité juridique »⁹⁵⁷. Certains exemples attestent de cette conciliation nécessaire comme en témoigne la modulation dans le temps des effets d'une décision d'annulation et d'atténuation de la distinction entre le retrait et l'abrogation⁹⁵⁸. Ce point nécessitera un développement ultérieur plus détaillé⁹⁵⁹.

518. La limite la plus importante du principe de confiance légitime résulte d'une condition, non affirmée en tant que telle mais sous-jacente, d'ordre subjectif. Cette limite est formalisée à travers l'idée de défavorabilité. En effet, ce refus de changements brusques de réglementation ne se légitimerait réellement que lorsque ce même changement entraînerait une dégradation des droits de l'individu ou de ceux de la société. Ainsi, en se fondant sur le droit allemand, origine du principe de confiance légitime, et sur l'exemple de la loi, O.

que le gouvernement a annoncé publiquement dès le mois de mai 1999 son intention de mettre en place la modulation des aides permise par le règlement susmentionné et, comme il a été dit ci-dessus, a consulté sur son projet de modulation le Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire, où sont représentées les organisations syndicales d'agriculteurs ; que, dans ces conditions, les producteurs prudents et avisés ont été mis en mesure dès avant le début de l'année 2000 de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse ; que, par suite, les moyens tirés de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de non-rétroactivité doivent être écartés ».

⁹⁵⁵ AUBIN E., *Les conséquences juridiques des promesses non tenues faites aux agents contractuels de droit public*, AJDA, 2006, p. 158, « Si l'administration a, sur le principe, le droit de ne pas renouveler le contrat d'un agent non-titulaire, elle ne peut le faire dans n'importe quelles conditions. En témoigne la décision ci-dessous publiée qui sanctionne l'administration pour avoir refusé de renouveler un contrat après avoir, pourtant, promis de le faire ». La décision en question est une décision du TA d'Amiens du 6 septembre 2005, *Mme Duport*. Cf. Egalement AUBIN E., *Le personnel des collectivités locales*, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Introduction folio n°10050.

⁹⁵⁶ CHALTIEL F., *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité*, *op.cit.*, p. 1650.

⁹⁵⁷ *Ibidem*.

⁹⁵⁸ Cf. Notamment CE. 14 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n°255886.

⁹⁵⁹ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

Pfersmann souligne que « la mesure législative doit constituer, pour le destinataire, une détérioration par rapport à la situation antérieure »⁹⁶⁰. C'est à cette condition que le respect de la confiance légitime prend toute son ampleur. La question de la détermination de cette détérioration ou défavorabilité se pose nécessairement. Il est évident que les données économiques sont celles qui favorisent le mieux cette détermination. Si par exemple une loi nouvelle entraîne pour un individu une baisse de revenu, la détérioration de ses droits n'est pas contestable en soi. Cependant, ces données économiques ne sont pas toujours présentes, et l'identification d'une défavorabilité est dès lors plus difficile à établir. O. Pfersmann souligne une généralité qui n'apporte un éclaircissement que dans l'optique d'une logique de compréhension. Ainsi, si « un comportement est permis sans être obligatoire, cela constitue une détérioration de le rendre obligatoire, et, bien plus encore, de le soumettre à une interdiction, le cas le plus fort, du moins d'un point de vue théorique, consiste dans le fait d'interdire ce qui était obligatoire »⁹⁶¹. En prenant *a contrario* cette « condition » de défavorabilité, cela signifie qu'un changement favorable pourrait être considéré comme non contraire au principe de confiance légitime. Par conséquent, la prescription d'irréversibilité juridique comme manifestation du principe de confiance légitime serait conditionnée par la détérioration des droits. Cette condition apporte un certain degré de subjectivité à l'existence d'irréversibilité juridique.

519. Outre la stabilité juridique, se traduisant par l'absence de changements brusques de législation, l'axe temporel du principe de sécurité juridique comprend également la garantie de prévisibilité du droit.

2) La prévisibilité du droit : l'exigence limitée d'irréversibilité juridique

520. Dans un rapport dédié à la qualité de la loi, le Sénat rappelle que la sécurité juridique « est un concept plus large qui renvoie aussi à la non-rétroactivité de la règle, à la protection des droits acquis, à la confiance légitime, à la stabilité des relations contractuelles, à la limitation des validations législatives, soit à des notions qui relèvent de la prévisibilité de la loi comme exigence de sécurité juridique »⁹⁶². La prévisibilité peut se définir comme la faculté d'envisager une chose par avance. En droit, la prévisibilité induit le fait de pouvoir

⁹⁶⁰ PFERSMANN O., *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, *Préc.*, p. 236.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² Rapport du Sénat, Service des Etudes juridiques, *La qualité de la loi*, 1^{er} octobre 2007.

supposer raisonnablement des prescriptions juridiques à venir. A ce sujet, P. Beauvais écrit que : « l'exigence de prévisibilité synthétise (...) les différentes obligations découlant de l'article 7 de la Convention européenne. La raison d'être des conditions d'accessibilité, de clarté, de précision, de non-rétroactivité et de non-application extensive du droit pénal réside, *in fine*, dans l'exigence de prévisibilité »⁹⁶³.

521. La prévisibilité peut être « synchronique », c'est-à-dire accessible et claire, ou « diachronique ». En ce sens, elle induit pour le citoyen une certaine stabilité de la règle de droit. Cette prévisibilité du droit « diachronique » interdit par exemple l'application rétroactive des lois pénales (exception faite des lois pénales plus douces)⁹⁶⁴. C'est la prévisibilité diachronique qui intéresse plus particulièrement l'irréversibilité juridique. En effet, elle induit la possibilité d'une certaine connaissance de l'application présente et à venir des normes juridiques par ceux qui les invoquent ou par ceux auxquels elles ont vocation à s'appliquer. La réversibilité juridique, entraînée par la rétroactivité des règles de droit, s'oppose à cette connaissance puisque la norme juridique nouvelle future, donc non prévisible au moment présent, va s'appliquer à des situations passées.

522. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de se prononcer sur cette prévisibilité diachronique dans un arrêt *Achour* du 29 mars 2006⁹⁶⁵ de manière négative. Le requérant avait saisi la Cour pour violation de l'article 7 de la Convention européenne qui prévoit que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». Le 16 octobre 1984, le tribunal correctionnel de Lyon condamne M. Achour à trois ans d'emprisonnement ferme, après l'avoir déclaré coupable d'un trafic de drogue. Sa peine s'achève le 12 juillet 1986. Le 1^{er} mars 1994, les dispositions de l'article 132-9 du nouveau Code pénal entrèrent en vigueur faisant passer le délai de récidive de 5 à 10 ans. Le 7 décembre 1995, M. Achour est arrêté pour récidive. Par un jugement du 14 avril 1997, le tribunal correctionnel de Lyon déclare le requérant coupable d'infraction à la législation sur les stupéfiants et le condamne à huit années

⁹⁶³ BEAUVAIS P., *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes*, in Archives de politique criminelle, 2007/1, n° 29, p. 3-18.

⁹⁶⁴ Cf. infra, Partie II, Titre II.

⁹⁶⁵ CEDH. 29 mars 2006, *Achour c/France*, req. n° 67335/01. Un premier arrêt de la même Cour avait été rendu le 10 novembre 2004, CEDH. req. 67335/01. Commentaire Cf. ROETS D., De la résolution des conflits de lois pénales relatives à la récidive : la CEDH piégée par le temps ? Rec. Dalloz, 2005, p. 1203.

d'emprisonnement, ainsi qu'à l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans. La cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 25 novembre 1997 porte la peine à douze ans d'emprisonnement et confirme la mesure d'interdiction du territoire français⁹⁶⁶. Le requérant se pourvoit en cassation, faisant notamment valoir que le constat de récidive légale était contraire au principe d'application de la loi pénale dans le temps. M. Achour argue que la Cour d'appel a procédé à une application rétroactive de dispositions plus sévères de la loi nouvelle. Par un arrêt du 29 février 2000, la Cour de cassation rejette le pourvoi en estimant que la Cour d'appel avait valablement retenu l'état de récidive légale⁹⁶⁷. L'affaire est portée devant la CEDH. M. Achour invoquait un « droit à l'oubli » constitué par l'expiration du délai de récidive de 5 ans. La CEDH rappelle qu'un tel droit n'est pas prévu par les textes applicables. Les juges européens précisent que cela aurait été différent si M. Achour avait écopé d'une condamnation avec sursis que l'absence de condamnation ultérieure aurait privée d'effet pour l'avenir, les condamnations avec sursis n'étant pas sujettes au régime de récidive conformément au droit français. En outre, la CEDH rappelle que la jurisprudence française règle depuis longtemps la question du terme de la récidive. « En effet, par une jurisprudence claire et constante depuis la fin du XIX^e siècle (...) la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que, lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate, que l'infraction constitutive du second terme soit postérieure à son entrée en vigueur »⁹⁶⁸. En définitive, les juges de la CEDH retiennent qu'il ne s'agit pas à proprement dit d'une rétroactivité de la loi pénale et précisent que « la prise en considération rétrospective de la situation pénale antérieure du requérant par les juges du fond, rendue possible par l'inscription au casier judiciaire de la condamnation de 1984, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 7 » et qu'« en tout état de cause, une telle démarche rétrospective se distingue de la notion de rétroactivité *stricto sensu* »⁹⁶⁹. L'exigence de prévisibilité a été dans ce cas présent limitée par le comportement fautif de l'individu entraînant de fait une réversibilité juridique.

523. P. Beauvais souligne la différence qui existe entre l'obligation de prévisibilité diachronique attachée aux règles de droit écrites qui excluent normalement la rétroactivité,

⁹⁶⁶ CA. Lyon. 25 novembre 1997, 4^e chambre.

⁹⁶⁷ Cass. crim. 29 février 2000, Bull. crim, n°95, D. 2000, IR p.107. Revue science crim. 2001, p. 167, os. J-DELMAS SAINT HILAIRE J-P.

⁹⁶⁸ Point 52 de l'arrêt.

⁹⁶⁹ Point 59 de l'arrêt.

et celle attachée aux règles jurisprudentielles qui permet, dans une moindre mesure, une certaine rétroactivité. Les Cours européennes procèdent à une balance entre la protection des prévisions du justiciable et la nécessaire mutabilité du droit. A titre d'exemple dans un arrêt de la CEDH en date du 22 novembre 1995 les juges ont retenu qu' « aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, (...) il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. (...) La jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal ». De ce fait, il ne peut être possible d'interpréter l'article 7 de la Convention comme « proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »⁹⁷⁰. La Cour de l'Union européenne rejoint cette interprétation en citant elle-même la référence à l'arrêt du 22 novembre 1995 pour l'interprétation de l'article 7 de la Convention européenne⁹⁷¹. Cette vision de la prévisibilité rejoint le principe selon lequel il n'est pas possible de se prévaloir d'un droit à une jurisprudence figée⁹⁷².

524. En élargissant ces questions concernant la confiance légitime et son rôle en tant que fondement de l'irréversibilité juridique, il semble intéressant de s'interroger sur les impacts du principe d'information et de participation du public quant à l'élaboration de la norme. L'article 7 de la Charte de l'environnement rappelle que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement »⁹⁷³. Ce droit à l'information et à la participation permet au citoyen de connaître les réglementations et de participer à leurs créations. L'information et la participation du public constituent en réalité des instruments de confiance dans l'élaboration de la norme. Dans le cadre de l'Union Européenne les principes de transparence⁹⁷⁴, ou encore d'ouverture⁹⁷⁵, tendent à renforcer la nécessité de confiance légitime.

⁹⁷⁰ CEDH. 22 novembre 1995, *S. W./Royaume-Uni et C. R./Royaume-Uni*, série A, n°335-B, point 36.

⁹⁷¹ CJUE. 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri et autres c. Commission*, Aff. jointes C-189/02, 202/02, 205 à 208/02, 213/02, *Rec.* p. I-5425.

⁹⁷² Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

⁹⁷³ Charte de l'environnement, 1^{er} mars 2005, JO du 2 mars 2005, p. 3697.

⁹⁷⁴ L'article 11 du Traité de l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énonce qu'« en vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission européenne procède à de larges consultations des parties concernées ». 2012/C 326/01, JOUE du 26 octobre 2012. Cf. Egalement un arrêt du Tribunal du 19 juillet 1999, Arrêt du Tribunal de première instance

525. La sécurité juridique, par la meilleure stabilité du droit qu'elle induit, pousse le droit à plus d'irréversibilité juridique, même si le principe ne l'énonce pas en tant que tel et que cette présence d'irréversibilité juridique est assez relative. Le principe de sécurité juridique a pris une importance en droit ces dernières années, tant au point de vue doctrinal que législatif et jurisprudentiel. Ce principe tente finalement de répondre aux désordres que subit le droit actuel en y incluant plus de rigueur et moins de flexibilité ou tout du moins en mettant en place des procédures de mutabilité qui respectent le principe de sécurité juridique⁹⁷⁶. Le phénomène d'irréversibilité juridique est de ce fait amené, par son biais, à retrouver une place qu'il n'avait plus. Ainsi, le principe de sécurité juridique constitue tout à la fois le fondement premier de l'existence d'irréversibilité juridique, tout en étant un facteur actuel de « prolifération » de cette dernière. De ce principe de sécurité juridique découlent directement d'autres fondements juridiques de l'irréversibilité.

§2. Le principe de non-rétroactivité, l'application immédiate de la loi et la théorie des droits acquis comme fondements dérivés de l'irréversibilité juridique

526. Si le fondement premier de l'irréversibilité juridique réside incontestablement dans l'existence d'un principe de sécurité juridique, cette même existence entraîne pour l'irréversibilité des fondements, dérivés mais non accessoires, découlant de manière plus ou moins directe du principe de sécurité juridique⁹⁷⁷. En effet, le principe de non-rétroactivité, l'application immédiate de la loi et la théorie des droits acquis constituent des déclinaisons de l'exigence de sécurité juridique et forment ainsi des fondements de l'irréversibilité juridique. Ces fondements dérivés font partie de ce qu'il est commun d'appeler « les règles des conflits de loi dans le temps ». A l'énoncé de cette formule, il apparaît logique que l'irréversibilité intervienne dans de tels débats juridico-temporels. Le terme même de « conflit » laisse présager des difficultés du droit à se plier aux exigences temporelles.

(première chambre élargie) du 19 juillet 1999, *Rothmans International BV contre Commission des Communautés européennes*, Décision 94/90/CECA, qui retient que « la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions ainsi que la confiance du public envers l'administration ».

⁹⁷⁵ Le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énoncent le principe d'ouverture dans leur article 1er : « le présent Traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens », 2012/C 326/01, JOUE du 26 octobre 2012.

⁹⁷⁶ Notamment avec la modulation des effets dans le temps des décisions. Cf. *Infra* Partie II, Titre II.

⁹⁷⁷ Cf. *Supra*, Partie II, Titre I.

527. Afin de faciliter la compréhension de ces fondements dérivés de l'irréversibilité juridique, il convient de revenir brièvement sur l'historique de ces principes ainsi que sur le cadre général dans lequel ils sont amenés à intervenir. A propos des conflits de loi dans le temps en droit public, J. Petit parle d'« angle mort »⁹⁷⁸ de la réflexion juridique, en opposition aux études faites en droit privé. En effet, depuis le XIXe siècle, les auteurs de droit privé se sont largement intéressés à ces conflits de lois dans le temps. Tout d'abord, cet intérêt s'est manifesté à travers la « théorie des droits acquis », découlant de l'article 2 du Code civil, « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif », puis à travers la théorie du Doyen Roubier, dont la pierre angulaire est la « notion de situation juridique ». Il serait possible de résumer cette doctrine de la manière suivante : « toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur ». La Cour de cassation a fait sienne cette théorie par un arrêt du 29 avril 1960⁹⁷⁹. Cependant, même si la question des conflits de lois dans le temps, et plus précisément le principe de non-rétroactivité, trouvent leurs ancrages dans le droit privé, principalement dans l'article 2 du Code civil, « il est certain que le principe n'a pas été écrit pour les seules lois civiles et que le commentaire qui en a été fait vaut pour les autres branches du droit »⁹⁸⁰. A ce titre, le Conseil d'Etat dans son rapport sur le principe de sécurité juridique énonce que « l'impératif de prévisibilité du droit découle de l'article 2 du Code civil, dont la rédaction remonte à la loi du 5 mars 1803 (...). La non-rétroactivité de la loi constitue par conséquent un élément fondamental de la sécurité juridique »⁹⁸¹. Ainsi, l'impératif de prévisibilité du droit s'impose tout aussi bien à la branche privée que publique du droit. Il serait d'ailleurs absurde de vouloir exclure le droit public de telles réflexions. En dehors des domaines différents qu'il lui convient de régler, le droit public rencontre principalement les mêmes difficultés que le droit privé dans son élaboration. Les problèmes temporels atteignent le droit dans sa globalité.

⁹⁷⁸ PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Editions L.G.D.J, Paris, 2002, p. 2.

⁹⁷⁹ Cass. 29 avril 1960, D1960, 294 : « Une loi nouvelle s'applique aussitôt aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur et cela même quand semblable situation est l'objet d'un litige judiciaire, en revanche elle ne peut, sans avoir d'effet rétroactif, régir rétrospectivement les conditions de validité ni les effets passés d'opérations juridiques antérieurement achevées ».

⁹⁸⁰ LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, *op.cit.*, p. 119.

⁹⁸¹ CE. *Rapport sur le principe de sécurité juridique*, *op.cit.*, p. 289.

528. Le droit public n'est cependant pas complètement muet sur ce sujet. Le professeur Duguit a d'ailleurs conçu une théorie de l'application de la loi dans le temps, essentiellement fondée sur la distinction des situations juridiques objectives et subjectives. Les situations juridiques objectives bénéficieraient de la possibilité d'application d'une loi pour l'avenir. Les situations juridiques subjectives quant à elles ne pourraient bénéficier de l'application d'une loi nouvelle sans qu'il n'y ait rétroactivité. Cela s'expliquerait par la différence de source des droits et obligations de chaque situation. Une situation juridique subjective trouve son origine dans un acte juridique comme le contrat. En cas de nouvelle loi, cette dernière devra toucher irrémédiablement à cet acte et revêtir de ce fait un caractère rétroactif. Le professeur Duguit ne reconnaît donc que le principe de non-rétroactivité, ne traitant à aucun moment de l'application immédiate de la loi. Les auteurs contemporains quant à eux se sont intéressés plus spécifiquement à l'application dans le temps des décisions administratives, excluant *de facto* de leurs réflexions la loi⁹⁸².

529. J. Petit explique cette « discrétion » du droit public notamment par le nombre moins important de conflits de lois dans le temps par rapport au droit privé, la relative stabilité des normes publiques apportant moins de modifications à ce droit⁹⁸³. Cette justification ne doit cependant pas écarter le caractère incontournable de ces réflexions. L'irréversibilité, comme thématique des rapports « règle de droit/temps », suscite des interrogations sur l'application de la règle de droit, et constitue un élément important du droit public. La règle de droit irréversible est au cœur des conflits de loi dans le temps, elle entraîne des conséquences non négligeables, multiples et complexes. Il ne s'agit pas ici de dresser un tableau exhaustif des conflits de loi dans le temps mais plutôt de s'appuyer sur les grands axes de l'application de la règle de droit dans le temps, afin de déterminer les fondements juridiques, la place et la signification de l'irréversibilité juridique.

530. Il convient d'étudier tout d'abord l'application immédiate de la loi (A), puis le principe de non-rétroactivité ainsi que la théorie des droits acquis (B), comme fondements secondaires de l'existence d'irréversibilités juridiques.

⁹⁸² PETIT J., *op.cit.*, p. 8.

⁹⁸³ *Ibid.*, p. 9.

A) L'application immédiate de la loi comme fondement de l'irréversibilité juridique

531. La transcription juridique principale de l'application pour l'avenir est le principe d'« effet immédiat ». Il s'agit du « principe en vertu duquel la loi nouvelle régit immédiatement les situations juridiques constituées après sa publication, ainsi que les effets à venir des situations en cours. Les lois nouvelles sont normalement dotées de l'effet immédiat »⁹⁸⁴. La Cour de cassation reconnaît cette application immédiate d'une loi nouvelle même à une instance en cours⁹⁸⁵. A titre d'exemple, les règles de procédures, règles qui sont censées améliorer le droit existant, s'appliquent même aux litiges en cours⁹⁸⁶. Ce principe d'application immédiate de la loi de procédure se justifie par les conséquences moindres des modifications qui n'affectent pas le fond de l'instance. Le Conseil d'Etat reconnaît quant à lui, notamment dans l'arrêt de principe *Société du Journal L'Aurore* de 1948⁹⁸⁷, « le principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir ». Les principales exceptions à cette règle concernent les règlements pris en application d'une loi⁹⁸⁸ ou d'une norme internationale⁹⁸⁹ prévoyant explicitement la rétroactivité du règlement puisque ses dispositions mettent en place le contenu de ces normes juridiques. Les autres exceptions à cette règle concernent plus spécifiquement l'annulation des règlements⁹⁹⁰.

532. Contrairement à ce que soutient J. Petit⁹⁹¹, il semble que la source écrite de cet effet immédiat réside dans l'article 2 du Code civil. En ce sens, E. Aubin retient que « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif, l'article 2 du Code civil fait de l'application de la loi aux futures situations litigieuses le principe, le législateur n'ayant pas

⁹⁸⁴ *Lexique des termes juridiques*, Edition Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

⁹⁸⁵ Cass. 2^e civ. 7 mai 2003, Mellal c/fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions, La Semaine Juridique Edition Générale, 25 Juin 2003, n^o 26.

« Attendu que toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur, même lorsque semblable situation fait l'objet d'une instance judiciaire », JCP Edition générale, n^o 36, 3 septembre 2003, II 10135.

⁹⁸⁶ Le droit positif dans sa globalité reconnaît ce principe d'application immédiate des lois de procédure. A titre d'exemple le décret n^o 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile, dans son article 5 reconnaît explicitement l'application aux procédures à compter de son entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2009.

⁹⁸⁷ CE. 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec. p. 289.

⁹⁸⁸ Cf. A titre d'exemple, CE. Ass. 7 février 1958, *Groslières*, Rec. p. 77.

⁹⁸⁹ Cf. A titre d'exemple, CE. Ass. 8 avril 1987, *Procopio.*, Rec. p. 136.

⁹⁹⁰ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

⁹⁹¹ PETIT J., *op.cit.*

vocation à créer du droit applicable aux situations passées »⁹⁹². Le Conseil d'Etat, dans un arrêt isolé, a élevé l'application immédiate au rang de principes généraux du droit⁹⁹³. En effet, il énonce qu'en « vertu tant des principes généraux du droit, (que de certaines prescriptions législatives), les dispositions nouvelles sus rappelées, relatives à la compétence des autorités habilitées à infliger des sanctions administratives sont devenues applicables immédiatement ». Cette consécration reste cependant à nuancer, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'étant sur ce point pas généralisée. Ainsi, l'application immédiate constitue sans aucun doute un principe jurisprudentiel, mais à portée variable, et toujours avec des possibilités d'y déroger par voie législative.

533. Les fondements généraux du principe de l'application immédiate sont multiples. Ainsi, J. Petit reprend les arguments de M. Genevois⁹⁹⁴. L'effet immédiat de la loi serait conforme au principe de souveraineté des lois, ce qui obligerait la loi à être efficace et respectée le plus rapidement possible. Un deuxième motif serait celui de « l'intention présumée du législateur », la règle nouvelle constituant un progrès, il y a une présomption de lui assurer le plus large champ d'application possible. J. Petit reprend la conception du Doyen Roubier pour lequel le souci d'assurer l'unité de l'ordre juridique justifie l'effet immédiat. Ainsi, dès l'entrée en vigueur de la loi, toutes les situations juridiques seront soumises au même régime⁹⁹⁵. P. Level apporte encore une justification différente. Il s'appuie sur l'idée de « vérité juridique ». En effet, « ce qui est vrai et valable sous l'empire d'une loi déterminée ne l'est plus sous l'empire de la loi suivante »⁹⁹⁶. Ainsi, l'application de la loi dans le temps doit « conduire à promouvoir un principe d'après lequel la conformité d'un fait à un régime juridique donné ne peut s'apprécier que par référence au régime en vigueur qui a qualifié ce fait »⁹⁹⁷. Ces divers fondements se recoupent autour des idées d'efficacité et d'unité, thématiques qu'il est possible de reconnaître à la caractéristique irréversible. L'irréversibilité, à travers l'application d'une règle de droit pour l'avenir, permet une certaine clarté juridique, qu'il est difficile d'accorder au droit transitoire en matière de conflits de lois dans le temps et à la rétroactivité. Cette clarté tend à unifier le droit et donc à le rendre plus efficace.

⁹⁹² AUBIN E., *Les pensions de retraite et la rétroactivité, laisser le temps au temps*, in Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Editions Dalloz, Paris, 2007, p. 32.

⁹⁹³ CE. Section. 28 juin 1946, *Société Le Polo et autres*, Rec. p. 184.

⁹⁹⁴ PETIT J., *op.cit.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 374.

⁹⁹⁶ LEVEL P., *Préc.* p. 107.

⁹⁹⁷ *Ibidem.*

534. La détermination de l'application immédiate comme fondement de l'irréversibilité juridique nécessite d'être explicitée. L'application immédiate signifie l'application d'une loi pour l'avenir et en ce sens, il s'agit de ne pas remettre juridiquement en cause ce qui avait été établi auparavant. La modification de l'ordonnement juridique concerne le futur et non le passé. Il s'agit ici de respecter juridiquement la direction de la flèche du temps conformément au principe d'irréversibilité temporel. On ne remet pas en cause ce qui a été décidé dans le passé en considérant qu'il est irréversible mais il est procédé à une modification pour l'avenir. L'irréversibilité juridique est de ce fait caractérisée par l'impossibilité ou la volonté de ne pas modifier le droit antérieur. L'irréversibilité signifie un non-retour, et par ce non-retour détermine un ensemble d'actions indubitablement tournées vers l'avenir.

535. Le corollaire de l'application pour l'avenir de la loi est la non-application de celle-ci sur les situations passées, cette non-application étant formalisée par le biais de la théorie des droits acquis et du principe de non-rétroactivité.

B) La théorie des droits acquis et le principe de non-rétroactivité comme fondements de l'irréversibilité juridique

536. Les traductions premières de la caractéristique irréversible de la norme juridique restent la théorie des droits acquis et le principe de non-rétroactivité. Ces deux notions juridiques intimement liées illustrent de manière plus flagrante l'irréversibilité juridique.

537. Comme le rappelle L. Bach, la théorie des droits acquis a pris ses sources dans les écrits de Merlin de Douai, de Chabot de l'Allier et de Blondeau. Merlin de Douai définit un droit acquis comme « celui qui est entré dans notre domaine, qui en fait partie et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous le tenons »⁹⁹⁸. Cette impossibilité « d'ôter » le droit acquis traduit de l'irréversibilité juridique. Le Code civil utilise encore aujourd'hui la notion de « droits acquis »⁹⁹⁹. Cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques notamment en ce

⁹⁹⁸ BACH L., *Conflits de loi dans le temps*, Répertoire Dalloz de droit civil, mai 2006, n° 117.

⁹⁹⁹ Cf. Notamment : Article 691 Code civil : « Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ». Article 2327 Code civil : « Le privilège, à raison des droits du Trésor public et l'ordre dans

qu'elle posait le problème de l'application de la loi dans le temps en termes de droits subjectifs alors même que la loi est habituellement générale et abstraite et ne confère pas de manière directe des droits précis aux individus. Elle procède à une différenciation entre « droits irrévocables » et « simples expectatives ». Dans le premier cas, si la loi remet en cause ces droits, elle est considérée comme rétroactive, dans le second cas, la rétroactivité ne sera pas avérée. En conséquence, cette différence entre « droits irrévocables »¹⁰⁰⁰ et « simples expectatives » constituerait le critère principal de la rétroactivité d'une loi. Ainsi, aux fins d'illustrations de l'imbrication existante entre droits acquis et non-rétroactivité, L. Bach rappelle que la doctrine des droits acquis n'a pas apporté de définition des notions de rétroactivité et de non-rétroactivité. De fait, elle s'est attachée à préciser la portée de l'article 2 du Code civil « en s'efforçant de déterminer le champ d'application de toute loi nouvelle à partir de la distinction qu'elle établissait entre « droits acquis » (qu'une loi nouvelle ne pouvait modifier ou même supprimer sans enfreindre l'article 2 du Code civil) et « simples expectatives » ou « attentes » (auxquelles une loi nouvelle pouvait mettre fin sans contredire ce texte) »¹⁰⁰¹. La rétroactivité serait donc établie en présence de droits acquis et la non-rétroactivité lorsqu'il s'agit de « simples expectatives ». Ces deux critères attachés à ces deux phénomènes temporels juridiques ne résisteront pas longtemps à l'analyse. Outre le fait qu'une certaine subjectivité est susceptible de se manifester dans la détermination de ces deux catégories, une loi remettant en cause une loi ancienne par le biais d'une application à des situations passées est dans l'absolu fondamentalement rétroactive. On retrouve ici la distinction opérée en matière de confiance légitime entre la favorabilité et la défavorabilité. Cette théorie des droits acquis, en ce qu'elle interdit une remise en cause et fixe l'état des droits accordés aux citoyens met en place un système de « cliquet » irréversible juridiquement qui empêche un retour en arrière dans la protection¹⁰⁰². Cette théorie fonde nécessairement le phénomène d'irréversibilité puisque à travers ce non-retour juridique elle produit finalement de l'irréversibilité.

lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent. Le Trésor public ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers ».

¹⁰⁰⁰ Comme le rappelle J-C. Demolombe un « droit acquis » serait par exemple le droit à la nationalité française après une naturalisation prononcée ou le droit à l'état d'époux après un mariage célébré. Au contraire, il n'y aurait que « simple expectative » avant le prononcé de la naturalisation ou avant la célébration du mariage. BACH L., *Conflits de lois dans le temps*, Préc.

¹⁰⁰¹ BACH L., *Ibidem*.

¹⁰⁰² A ce sujet Cf. *Infra*, Partie II, Titre II, effet cliquet et principe de non-régression.

538. Dans certains cas particuliers, les droits acquis sont antérieurs à la Révolution et n'ont pas été remis en cause. C'est notamment le cas en droit de l'eau pour les moulins et les micro-centrales (utilisation de l'énergie hydraulique produite par les moulins). Dans un arrêt *Grimardias* du 17 juillet 1866¹⁰⁰³, la Cour de cassation retient qu'en matière de moulins « ni les lois révolutionnaires, ni la législation intermédiaire, ni le Code Civil n'ont porté atteinte aux droits régulièrement émanés de la puissance féodale aux profits des particuliers "non seigneurs ». Dans un arrêt du 15 novembre 1904 *Rambaux et Marceaux*, la Cour confirme sa décision : « dans le courant des siècles, les seigneurs hauts justiciers, avaient réussi à transformer en un droit de propriété ou d'usage sur les cours d'eau ce qui, dans son origine, n'aurait été qu'un droit de police ou de surveillance, comme émanation de la puissance féodale. Les droits transmis par eux à des tiers ont donc pour ceux-ci la valeur de droits patrimoniaux. Ils ne se trouvent pas atteints à ce titre par les lois abolitives de la féodalité »¹⁰⁰⁴.

539. Concernant le principe de non-rétroactivité, G. Cornu le définit comme un « principe traditionnel de droit transitoire en vertu duquel, à défaut de disposition contraire dans la loi, le juge ne peut appliquer une loi nouvelle à des situations préexistantes, ce qui s'entendait plus généralement, naguère, du respect des droits acquis sous l'empire de la loi ancienne et s'entend seulement aujourd'hui de l'impossibilité de remettre en cause les conséquences déjà produites par des situations en cours (mais avec application immédiate de la loi nouvelle aux conséquences futures de ces situations) »¹⁰⁰⁵. La rétroactivité se définit quant à elle comme « le report de l'application d'une loi à une date antérieure à sa promulgation »¹⁰⁰⁶, ou, comme une fiction de « préexistence de la loi ». Cette rétroactivité est susceptible de créer des désordres importants en matière de cohérence juridique. De ce fait seul le législateur a la possibilité de créer des normes rétroactives car elles « représentent une position anormale et exceptionnelle de la loi »¹⁰⁰⁷. La non-rétroactivité comme règle de conflit permet d'éviter ces dérèglements. En effet, « la rétroactivité systématique en remettant toujours en cause des comportements juridiques amènerait un

¹⁰⁰³ Cass. 1^{ère} Civ. 17 juillet 1866, *Grimardias c/E*, Revue Droit Privé, I, p. 391.

¹⁰⁰⁴ Cass. 15 novembre 1904, *Rambaux et Marceaux*, Dalloz 1907, 3-346.

¹⁰⁰⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

¹⁰⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁷ LEVEL P., *Essai sur les conflits de loi dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, *op.cit.*, p. 122.

bouleversement inévitable de l'ordre social »¹⁰⁰⁸. Afin de limiter la rétroactivité, il est même considéré qu'il faille une « clause de rétroactivité ». Sans cette clause expresse au sein de la loi, le juge considérera la non-rétroactivité des prescriptions¹⁰⁰⁹. La non-rétroactivité fait partie du vocabulaire de l'irréversibilité juridique. Il s'agit ici de la manifestation la plus sincère du phénomène. La non-rétroactivité respecte la flèche imposée par le temps et transcrit la conception scientifique du temps en droit. En parlant de non-rétroactivité, il est possible de considérer qu'il s'agit essentiellement d'irréversibilité juridique. Elle constitue alors un fondement essentiel de cette réalité juridique et l'ancrage de ce principe de non-rétroactivité en droit permet par analogie d'identifier celui de l'irréversibilité juridique.

540. Contrairement au principe de l'effet immédiat, les sources écrites du principe de non-rétroactivité sont abondantes. L'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen énonce que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit ». L'article 14 de la Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen du 5 fructidor de l'an III précise : « aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif ». En droit international la non-rétroactivité est régie par l'article 28 de la Convention de Vienne¹⁰¹⁰. L'article 2 du Code civil affirme également ce principe en énonçant que la loi n'a « point d'effet rétroactif ». Il bénéficie du caractère d'ordre public, il peut donc être soulevé d'office par le juge¹⁰¹¹. Le principe n'a cependant qu'une valeur législative, une loi spéciale peut donc y déroger. La non-rétroactivité ayant une valeur législative, elle s'impose au pouvoir réglementaire conformément à la hiérarchie des normes¹⁰¹². A ce titre, J. Petit considère que la non-rétroactivité constitue un principe d'interprétation, il est présumé et a pour corollaire l'interprétation stricte des règles rétroactives. En droit européen, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le principe de

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 141.

¹⁰⁰⁹ Cf. notamment Cass. 2^e civ. 24 novembre 1955, DS 1956-94 : « qu'au vu des textes contradictoires, il n'est pas permis d'affirmer qu'en l'espèce le législateur comme il peut toujours le faire par une prescription formelle, ait entendu déroger au principe posé par l'article 2 du Code civil ».

¹⁰¹⁰ Convention sur le droit des Traités, Vienne, 23 mai 1969, article 28 : « à moins qu'une intention différente ne ressorte du Traité ou ne soit établie, les dispositions d'un Traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce Traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ».

¹⁰¹¹ Cf. notamment, Cass. 3^e Civ., 21 janvier 1971, JCP 1971 II. 16776, note Level.

¹⁰¹² PETIT J., *op.cit.*, p. 32, « les décisions juridictionnelles ou administratives qui, sans l'autorisation d'une loi, donne un effet rétroactif aux textes qu'elles appliquent, sont nulles comme entachées d'erreur de droit ou, si l'on préfère de manque de base légale. Plus précisément, elles méconnaissent le champ d'application de la loi dans le temps, vice qui, on le sait présente un caractère d'ordre public »

non-rétroactivité. En effet, les juges européens ont retenu que : « le principe de non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des Etats Membres, consacré par l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme un droit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »¹⁰¹³.

541. En parallèle de ces fondements juridiques du principe de non-rétroactivité, la question des raisons de son existence se pose. P. Level rappelle à ce sujet que « ce qui est vrai et valable sous l'empire d'une loi déterminée ne l'est plus sous l'empire de la loi suivante »¹⁰¹⁴. Il précise que la coordination de l'application des lois dans le temps doit tenir compte d'un principe d'après lequel « la conformité d'un fait à un régime juridique donné ne peut s'apprécier que par référence au régime en vigueur qui a qualifié le fait »¹⁰¹⁵. Finalement, il est possible de considérer que ce principe est né « de la constatation évidente et réaliste de la relativité dans le temps des vérités contenues dans les règles de droit »¹⁰¹⁶. A travers cette justification de l'existence du principe de non-rétroactivité transparaît une application ambiguë de l'irréversibilité juridique inhérente à ce principe. En effet, si le principe de non-rétroactivité respecte la flèche du temps irréversible en interdisant une application de la loi aux situations passées, il se justifie également par une adaptabilité constante du droit qui est souvent synonyme de changement et donc de potentielle réversibilité juridique. Cette relativité de la vérité juridique s'explique notamment par les modifications sociétales susceptibles d'affecter le droit et entraîne la nécessité de ne pas appliquer les règles nouvelles spécifiquement établies pour la période auxquelles elles appartiennent. Ainsi, dans une vision simpliste du principe de non-rétroactivité il est possible de considérer qu'il constitue de l'irréversibilité juridique, mais dans une vision plus approfondie il est possible de comprendre qu'il s'agit uniquement du volet « non-retour en arrière » de ce phénomène. Dans cette conception le volet « immuable » n'est pas présent. De ce fait, même dans le cadre de son fondement juridique le plus sincère l'irréversibilité se voit limitée. A ce titre, partant de la théorie des droits acquis, J-C. Demolombe estime que « la théorie de la non-rétroactivité des lois n'est pas (...) susceptible d'être précisément soumise à des règles fixes et invariables (...) c'est surtout une question d'appréciation ; c'est dans chaque hypothèse, une perpétuelle comparaison des avantages et des inconvénients de

¹⁰¹³ CJUE. 10 juillet 1984, *Regina c. Kirk*, Aff. 63/83, Rec. p. 2689.

¹⁰¹⁴ LEVEL P., *op.cit.*, p. 107.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 137.

l'intérêt public et de l'intérêt privé qui se trouvent en présence »¹⁰¹⁷. La généralité de l'irréversibilité juridique ne peut donc être retenue.

542. Dans un souci de détermination du phénomène de non-rétroactivité, L. Bach précise dans sa définition de la rétroactivité, qu'il convient de ne pas la limiter aux seuls cas où il y a report de l'applicabilité de la loi à une date antérieure à sa promulgation. Afin d'explicitier les notions de rétroactivité et de non-rétroactivité, il propose de se fonder sur celle d' « entrée en vigueur ». Ainsi, cette notion « rend-elle compte parfaitement de la double réalité (observation et applicabilité de la loi) lorsque les deux dates d'observation et d'applicabilité coïncident, c'est-à-dire lorsque, conformément au principe (Code civil article 2), la loi nouvelle n'est pas rétroactive »¹⁰¹⁸. En revanche, lorsqu'il y a rétroactivité « la notion d'entrée en vigueur de la loi n'exprime plus que la date d'observation de celle-ci, c'est-à-dire la date à partir de laquelle ses destinataires devront prendre la loi nouvelle en considération pour l'appliquer aux faits, même antérieurs, régis par elle »¹⁰¹⁹. L. Bach estime encore que la rétroactivité doit être constatée toutes les fois où il y a déplacement de l'applicabilité d'une loi à une date antérieure à sa publication « ou à la date différée fixée par le législateur pour son applicabilité »¹⁰²⁰. Ainsi, « la rétroactivité correspond toujours à une rétroapplicabilité ou à une rétroapplication de la norme nouvelle aux sujets de droit »¹⁰²¹. Il semble nécessaire de préciser cette différence qui existe entre « rétroapplicabilité » et « rétroapplication ». Par rétroapplicabilité, il faut comprendre l'applicabilité de la loi par les juges, donc celle de son observation. Par rétroapplication, il convient d'entendre la date à laquelle la loi est applicable pour les sujets de droit. Le problème se pose réellement lorsque le législateur décide de différer l'applicabilité de la loi par les juges tout en avançant son applicabilité aux sujets de droit. La rétroactivité, et de fait sa réversibilité juridique, illustre ici les incohérences qu'elle peut être amenée à créer. En effet, quel doit être le comportement à adopter pour le sujet de droit ? Doit-il se conformer à la loi ancienne qui est encore celle appliquée par les juges ou agir en accord avec la nouvelle loi qui lui est applicable mais non encore appliquée par les juges ? Comme le souligne L. Bach, cela démontre le « combat cornélien qui prouve derechef le caractère

¹⁰¹⁷ BACH L., *Conflits de loi dans le temps*, Préc.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*.

¹⁰²⁰ *Ibidem*.

¹⁰²¹ *Ibidem*.

déraisonnable de la rétroactivité »¹⁰²². Afin de clarifier cette notion de rétroactivité, il propose trois hypothèses principales. Tout d'abord, il y aurait rétroactivité lorsque l'application d'une loi entraîne l'irrégularité d'une conduite ou d'un acte, antérieur à sa publication, ou à la date différée prévue pour son applicabilité aux sujets de droit, alors que cette conduite ou cet acte était régulier sous le règne de la loi ancienne, et qu'une sanction est prévue à l'encontre de l'auteur de cette conduite ou de cet acte. Ensuite, la rétroactivité se verrait constituée dans le cas exactement contraire de celui que présente la première hypothèse, c'est-à-dire celui de la transformation d'un acte ou d'une conduite réguliers en irréguliers. Enfin, la troisième hypothèse de rétroactivité consisterait en un changement de sanction par rapport à un acte ou une conduite. Cette proposition limite cependant la détermination de la rétroactivité puisqu'elle cible spécifiquement la définition sur la question de la sanction.

543. Le principe reste la non-rétroactivité, le caractère irréversible de la règle de droit, et l'exception, la rétroactivité. Le Conseil d'Etat dans un arrêt *Sieur Guillou*¹⁰²³ a rattaché le principe de non-rétroactivité de la loi aux principes généraux du droit. Aujourd'hui, le juge administratif ne se fonde plus sur l'article 2 du Code civil, mais bien sur ce principe. Il en est de même en ce qui concerne les actes administratifs, à partir de 1947, avec l'arrêt *Ville de Lisieux* où le juge administratif mentionne un « principe en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir », puis un « principe de non-rétroactivité des décisions administratives »¹⁰²⁴. Les exceptions au principe de non-rétroactivité restent cependant nombreuses. Les lois expressément rétroactives, le droit transitoire qui régit les conflits de normes dans le temps, l'application différée des règles de droit, et les obligations de réversibilité induites notamment par le principe de précaution¹⁰²⁵ sont autant d'exceptions à l'irréversibilité de la règle de droit.

544. Les fondements de l'irréversibilité juridique que sont le principe de sécurité juridique, l'application immédiate de la loi, la théorie des droits acquis ainsi que le principe de non-

¹⁰²² BACH L., *Ibidem*.

¹⁰²³ CE. 31 janvier 1951, *Sieur Guillou*, Rec. 1951, p. 53.

¹⁰²⁴ CE. 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, Rec. 1947, p. 83 ; CE. 16 juillet 1948, *Société de filature et tissage de Madagascar*, Rec. p. 334.

¹⁰²⁵ Cf. infra Partie II. Dans ce cadre-là, il est même possible de parler d'une « condition de réversibilité » des décisions, notamment dans le domaine des déchets radioactifs, Cf. notamment CJUE, 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Aff. C-1/00, Rec., I-9989, §32.

rétroactivité permettent de légitimer l'existence même de l'irréversibilité en droit. Ces fondements apportent d'autant plus de légitimité à l'irréversibilité juridique qu'ils sont constitués par des principes primordiaux du droit français.

CONCLUSION CHAPITRE I

545. L'existence d'un encodage traduisant le phénomène d'irréversibilité en droit ainsi que celle du principe de sécurité juridique en tant que fondement et légitimation de l'irréversibilité, permettent de poser les préalables juridiques à une reconnaissance de l'irréversibilité en tant que réalité juridique. L'appréhension de l'irréversibilité en droit s'avère réelle et encadrée. Cependant, la qualification de réalité juridique ne se suffit pas de simples préalables juridiques et de fondements pour s'établir en tant que telle. De nombreux principes et notions, bien qu'ayant été saisis par le droit et fondés à travers des textes juridiques, ont des difficultés à s'imposer comme réalité juridique. Il est possible à ce titre de prendre l'exemple de la notion de développement durable qui, comme le souligne C. CANS, révèle une réalité politique incontestable mais souffre encore d'un manque de réalité juridique¹⁰²⁶. Ainsi, en parallèle de ces fondements initiaux, la question de la forme et de la fonction de l'irréversibilité juridique se pose. Une réalité juridique se manifeste notamment par sa forme juridique qu'elle est susceptible de prendre ainsi que par sa nécessité, et donc par sa fonction. De façon plus précise, il est nécessaire de rechercher si l'irréversibilité juridique peut constituer un outil du droit, voire une mission du droit, et dans quelle mesure les critiques dont elle risque d'être l'objet peuvent affecter son champ d'application, sa valeur juridique et de ce fait sa réalité juridique.

¹⁰²⁶ CANS C., *Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences*, AJDA, 2003, p. 210 : « La réalité juridique de la notion de développement durable ne paraît pas proportionnelle à son importance croissante dans le vocabulaire juridique et politique ». C. Cans qualifie le développement durable de « leurre juridique » en expliquant notamment que « parmi les nombreux textes qui évoquent le développement durable aucun n'en dessine précisément les contours. Les formulations adoptées sont hétérogènes. Il est tantôt qualifié d'objectif, tantôt de concept ou d'idée : ces qualificatifs ne sont pas d'égale valeur au regard du droit et leur usage est susceptible de produire des effets juridiques différents ». Par la suite le Conseil constitutionnel évoque le développement durable sans pour autant énoncer s'il s'agit d'un principe. CC. 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, décision n° 2005-514 DC, JO du 4 mai 2005, p. 7702, considérant n°37 : « Considérant que les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, qu'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre ».

CHAPITRE II - L'irréversibilité juridique comme outil du droit

546. L'appréhension de l'irréversibilité par le droit passe tout d'abord par l'encodage juridique de ce phénomène puis par la reconnaissance de son fondement juridique à travers l'existence d'un principe de sécurité juridique. Ce postulat juridique qu'est l'encodage et la réalité de ce fondement n'induisent pas nécessairement que l'irréversibilité juridique constitue un outil du droit en tant que tel, ou tout du moins qu'elle soit recherchée par lui. L'irréversibilité est présente en droit du fait même du caractère temporel attaché à la science juridique, caractère dont elle ne peut s'exclure. Comme le rappelle A. Kojève, le temps s'avère être un phénomène absolu puisqu'il ne change pas intrinsèquement au même titre que les phénomènes temporels comme l'irréversibilité¹⁰²⁷. Ce caractère absolu traduit cette soumission temporelle dont est victime le droit, soumission qu'il convient de nuancer puisque le droit par ses caractéristiques parvient à enfermer le temps dans des cadres.

547. La qualité d'outil juridique de l'irréversibilité revient à considérer ce phénomène comme un moyen pour le droit d'accomplir ce pour quoi il existe : régler les rapports sociaux par le biais notamment de la contrainte. Comme le rappelle J. Carbonnier « l'application du droit est un processus, une suite d'actions et de réactions tendues vers un but »¹⁰²⁸. Cette application doit se faire à travers un certain nombre d'outils. Ainsi, pourraient être considérés comme des outils du droit le temps juridique, et par là-même l'irréversibilité juridique, le langage formalisé juridiquement, la contrainte, l'institutionnel... Dans le cadre de cette vocation du droit à régler, d'autres nécessités s'imposent afin de garantir que le droit soit ou reste du droit. La cohérence de l'ordre juridique est susceptible d'être considérée comme une de ces nécessités. Certaines normes juridiques existent afin d'assurer cette cohérence de l'ordre juridique. F. Moderne rappelle que certains principes généraux du droit favorisent cette cohérence, ainsi que l'intelligibilité du droit. L'irréversibilité juridique répond en partie à cette notion de cohérence en ce qu'elle détermine le sens temporel du droit. Elle peut être considérée comme un outil juridique destiné à assurer la cohérence et la stabilité temporelle du droit.

¹⁰²⁷ KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, *op.cit.*, p. 12.

¹⁰²⁸ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Editions Flammarion, Champs Essai, Paris, 1996, p. 75.

548. Dans le cadre d'une étude de l'irréversibilité en tant qu'outil du droit, il convient de rechercher préalablement la forme juridique de ce phénomène. En effet, un outil juridique revêt nécessairement une certaine forme. L'irréversibilité est-elle un concept, un principe juridique ? Qu'en est-il de l'obligation même d'irréversibilité contenue dans ce concept ou principe ? La nécessité de formaliser l'irréversibilité afin de reconnaître en ce phénomène un outil juridique s'avère indispensable à la réflexion (Section I).

549. Au terme outil, il convient d'en adjoindre un second, celui de mission. La formule « mission d'irréversibilité » se doit d'être entendue comme la recherche d'irréversibilité juridique en tant qu'objectif à atteindre. Se poser la question d'une mission d'irréversibilité en droit tend à comprendre la place que tient ce phénomène dans la matière juridique. Souhaitée, recherchée, rejetée ou niée, quelle est la place détenue par l'irréversibilité en droit ? Les outils juridiques sont ce qui permet au droit d'opérer. Etudier l'irréversibilité en tant que potentielle mission du droit revient à élever la réflexion sur sa qualité d'outil à un plan plus théorique, l'outil étant ce qui permet de mener à bien une mission. Le terme mission peut être défini comme un but, une tâche à accomplir doublée d'un sentiment de devoir. Ainsi, la reconnaissance de l'irréversibilité comme mission du droit reviendrait à considérer que le droit recherche volontairement l'irréversible comme quelque chose qui doit être présent dans la science juridique qu'il s'agisse d'une nécessité ou d'un outil d'amélioration. Dans le cadre d'une mission d'irréversibilité en tant que nécessité juridique, il conviendrait de voir dans le phénomène d'irréversibilité un fondement du rôle du droit, quelque chose qui irait jusqu'à s'imposer à lui. Dans le cadre d'une mission d'irréversibilité juridique en tant que facteur d'amélioration du droit, le phénomène d'irréversibilité serait recherché afin de proposer un droit plus effectif. Considérer l'irréversibilité comme une mission du droit revient à envisager ce phénomène comme un élément empreint essentiellement de positivité. Cependant, l'irréversibilité juridique n'entraîne pas uniquement des effets positifs qu'elle soit prise dans sa dimension nécessaire ou améliorative. En effet, il semble important d'étudier la contestation possible de ce phénomène à travers notamment le prisme de la reconnaissance d'une mutabilité nécessaire du droit et par l'analyse des effets proprement pervers de l'irréversibilité juridique.

550. La mission d'irréversibilité du droit est donc susceptible de s'appréhender de deux manières. Tout d'abord en tant que nécessité juridique, cette conception se rapporte principalement à l'idée de fixité juridique présente dans les visions classiques et modernes

du droit. Ensuite, en tant que facteur d'amélioration, cette conception pourrait être rapprochée de la vision post-moderniste du droit favorisant plus volontiers la mutabilité juridique (Section II).

Section I. La définition de l'irréversibilité juridique

551. L'irréversibilité comme réalité humaine peut se résumer de manière synthétique comme l'impossibilité d'inverser le cours du temps. Quelle définition la traduction juridique de l'irréversibilité, grâce au discours performatif du droit, nous apporte-t-elle ? Afin de mieux appréhender l'irréversibilité juridique, il s'agit de s'interroger sur la place qu'elle occupe en droit, les enjeux qui en découlent, la nature juridique qu'elle peut être amenée à revêtir. Que signifie réellement l'irréversibilité en droit ? Est-il possible de la conceptualiser ? Est-elle susceptible de constituer un principe ? La détermination de l'irréversibilité juridique et de la forme qu'elle peut revêtir apparaît donc nécessaire dans un objectif de clarification, d'efficacité et d'amélioration du droit. L'irréversibilité est un élément de la construction juridique au même titre que le temps. Il s'agit de reconnaître sa place qui se traduit notamment à travers la forme juridique qu'est susceptible de revêtir l'irréversibilité.

552. La question de l'intérêt juridique de la forme de l'irréversibilité juridique peut se poser. L'encadrement juridique de ce phénomène est-il réellement nécessaire ? Dans une optique de recherche d'identification de l'irréversibilité en tant que réalité juridique, la problématique de la forme de ce phénomène vise à renforcer cette recherche. S'il existe un encadrement juridique du phénomène, la réalité juridique de l'irréversibilité n'en sera que plus démontrée. En droit français, plusieurs choix de formes s'offrent à la réflexion. Une définition juridique préalable de ces différentes formes s'impose, ainsi que l'examen de leur éventuelle accordance avec l'idée d'irréversibilité. Cette étude des formes juridiques amène à se poser la question de l'irréversibilité juridique à proprement parler et à pousser la réflexion non plus dans la recherche de préalables juridiques obligatoires mais dans une optique de réelle conceptualisation de l'irréversibilité juridique (§1).

553. La définition de l'irréversibilité juridique passe également par son étude en tant que caractéristique de la règle de droit. En effet, en étudiant la norme juridique de l'intérieur, il

est possible de se rendre compte que l'irréversibilité n'est pas uniquement un concept ou un principe mais bien une caractéristique de la règle de droit (§2).

§1. Les formes de l'irréversibilité juridique

554. Il convient tout d'abord d'examiner les formes possibles de l'irréversibilité juridique (A) avant d'étudier l'éventualité d'un choix sur cette même forme (B). Il sera nécessaire ensuite d'identifier l'obligation d'irréversibilité juridique contenue dans cette même forme (C).

A) Les différentes formes de l'irréversibilité juridique

555. Par forme juridique, il convient d'entendre les principales normes juridiques qui forment le corpus du droit français. Cette recherche d'une enveloppe juridique nécessite d'être cantonnée à certaines normes de portée générale et abstraite. En effet, le phénomène d'irréversibilité juridique reste transversal en droit, il n'est pas attaché uniquement à un seul type de règle de droit mais caractérise temporellement un ensemble de règles. Comme le rappelle F. Moderne, la différence entre règle et principe de droit résulte dans leur « degré de détermination des cas d'espèces »¹⁰²⁹. Ainsi, si le cas d'espèce est « décrit de manière détaillée et fermée », il s'agit d'une règle de droit, si le cas d'espèce « reste ouvert, indéterminé », il s'agit d'un principe¹⁰³⁰. Les principes juridiques n'ont pas vocation à déterminer en pratique le comportement des individus. Il précise à ce titre que « les principes sont sous-tendus par des valeurs qui sont regardées comme s'imposant à tout autre intérêt, alors que les règles, soit établissent des devoirs précis soit fixent des objectifs concrets à atteindre »¹⁰³¹. Il convient d'apporter ici des précisions quant aux différences qui existent entre « principe » et « droit à ». Les « droits à » sont par essence subjectifs¹⁰³² et peuvent normalement être invoqués par un individu. Un principe fait habituellement partie des droits objectifs. L'étude de l'irréversibilité en tant que réalité juridique induit une approche générale. La recherche d'une enveloppe juridique « ouverte et indéterminée »

¹⁰²⁹ MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit, Préc.*, p. 722.

¹⁰³⁰ *Ibidem.*

¹⁰³¹ *Ibidem.*

¹⁰³² Un droit subjectif peut être défini comme une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui », CORNU G., *Vocabulaire juridique, op.cit.*

permet de globaliser le phénomène. L'application de l'irréversibilité juridique aux cas d'espèce correspond à l'analyse des figures d'irréversibilité juridiques à proprement dites. De ce fait, les enveloppes juridiques privilégiées dans ce cadre d'étude restent le concept et le principe juridique.

556. La première norme juridique qui peut être appréhendée est donc le concept juridique. Le mot concept vient du latin « conceptus » de « concipere » signifiant « non seulement l'acte de concevoir mais aussi celui de recevoir ». Ainsi, « conceptualisation et concept désignent l'acte et/ou l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes. Les phénomènes représentés peuvent appartenir au monde dit naturel (physique, physiologique...), au monde dit intentionnel (social, historique, culturel...) ou au monde des lois logicomathématiques »¹⁰³³. Le concept, selon la définition générale acceptée, est « une représentation générale d'une classe déterminée de phénomènes, représentation mentale générale et abstraite d'un objet »¹⁰³⁴. A. Kiss précise que « les concepts ne peuvent pas être appliqués directement, ils sont sous-jacents à toutes les règles formant l'ordre juridique »¹⁰³⁵ et peuvent ainsi jouer un rôle important dans le développement du droit. L'irréversibilité conceptualisée serait donc une impulsion, une orientation en vue de modifier le droit.

557. Le principe est défini quant à lui comme « une règle ou norme générale non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »¹⁰³⁶. Le commissaire du Gouvernement Letourneur résume la théorie des principes généraux du droit dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat *Société des Concerts du Conservatoire*¹⁰³⁷. Il considère qu'en parallèle des lois écrites existent de « grands principes dont la reconnaissance comme règles de droit est indispensable pour compléter le cadre juridique dans lequel doit évoluer la nation, étant donné les institutions politiques et économiques qui sont les siennes, et dont la violation a les mêmes conséquences que la violation de la loi écrite, c'est-à-dire, l'annulation de l'acte intervenu en leur méconnaissance »¹⁰³⁸. Il convient de préciser que les « principes généraux du droit », en parallèle des principes juridiques directeurs, découlent

¹⁰³³ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^e édition, Paris, 1993.

¹⁰³⁴ Dictionnaire le Petit Robert, Edition 2013.

¹⁰³⁵ KISS A., BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, op.cit.

¹⁰³⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op.cit.

¹⁰³⁷ CE. 9 mars 1951, *Société des Concerts du conservatoire*, Dr. Soc. 1951, Rec. p. 368.

¹⁰³⁸ VLACHOS G., *Principes généraux du droit administratif*, Editions Ellipses, Paris, 1993, p. 78.

du droit jurisprudentiel. H. Kelsen définit dans sa théorie générale des normes ce qu'il faut entendre par « principes juridiques ». Ce sont ceux qui influencent la création de normes juridiques¹⁰³⁹. Le choix entre concept et principe tiendrait d'une application plus directe et plus volontaire de la norme. Il pourrait donc s'agir de l'existence d'un concept d'irréversibilité présent dans les grandes lignes directrices de la construction d'un Etat de droit et de ses conséquences voulues ou subies, et d'un principe d'irréversibilité s'appliquant et influençant plus directement les sphères concrètes du droit.

558. Si l'on retient l'hypothèse de la recherche d'irréversibilité juridique, recherche influençant la création du droit, l'irréversibilité peut constituer dès lors un « principe ». Le « principe d'irréversibilité juridique » aurait pour objectif la garantie d'une stabilité et la sécurité juridique. L'irréversibilité comme élément de la règle de droit pourrait être considérée comme une application de ce principe, une conséquence directe de son application. En étudiant les différents domaines d'intervention de l'irréversibilité, il est possible de s'apercevoir que le terme « principe » est d'ailleurs le plus souvent utilisé, qu'il s'agisse des sciences dures, qui parlent d'un « principe d'irréversibilité » dans les lois de la thermodynamique, ou des sciences humaines. Le mot « irréversibilité » n'apparaît réellement que récemment en droit à travers la définition du principe de précaution¹⁰⁴⁰. L'irréversibilité semble plus liée à la forme juridique de « principe » qu'à une autre¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Editions PUF, 1996, « les principes de la morale, de la politique ou des mœurs (...) peuvent être appelés des principes juridiques seulement dans la mesure où ils influencent la création de normes juridiques par des autorités juridiques compétentes » ;

¹⁰⁴⁰ Art. 5, Charte de l'environnement, 1^{er} mars 2005, JO du 2 mars 2005 p. 3697 : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et *irréversible* l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

¹⁰⁴¹ A titre d'exemples : Cf. Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JO n°121 du 27 mai 1998, p. 8039, « Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. (...) Les compétences transférées ne pourront revenir à l'Etat, ce qui traduira le *principe d'irréversibilité* de cette organisation ». Cf. également le rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, relative aux tarifs réglementés d'électricité et de gaz naturel, Par M. Ladislas PONIATOWSKI, Sénateur, n° 155, « Lors du débat sur la proposition de loi à l'Assemblée nationale, plusieurs amendements autorisant les consommateurs domestiques à retourner au tarif électrique ont été discutés. Ainsi, M. Frédéric Lefebvre, auteur de l'un d'entre eux, a-t-il fait valoir que la France était le seul pays disposant de tarifs réglementés en Europe à avoir inscrit dans son droit national ce « principe d'irréversibilité », solution qu'il a jugée contraire à l'intérêt du consommateur puisque cela le « *paralyse (...) et l'empêche de revenir sur son choix d'opérateur* ». Ou encore CAA. Nancy. 7 avril 2005, SELARL SOLER-COUTEAUX – LLORENS, n°00NC00649, inédit au Recueil Lebon, décision qui retient en matière de fonction publique le « principe d'irréversibilité de la procédure de reclassification ».

L'utilisation du terme « principe » n'englobe cependant pas nécessairement la valeur et la portée juridique d'une telle reconnaissance. G. Bonnel explique ce choix d'enveloppe juridique dans le domaine du droit de l'environnement. Il souligne que « le choix de la notion de « principe » parmi l'ensemble des vocables juridiques désignant des normes générales semble avoir poursuivi un objectif avéré de représentativité, que l'on retrouve sous la plume de la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question. (...) »¹⁰⁴². Les auteurs du Rapport Coppens de préparation de la Charte de l'environnement soulignaient également les enjeux symboliques attachés à la notion de principe, qui « marque la volonté d'ériger le concept véhiculé au rang suprême, dans les intentions politiques et sociales de leurs auteurs, pour lui donner l'autorité la plus large possible au-delà des frontières nationales »¹⁰⁴³.

559. Afin d'affiner la compréhension qui peut être faite du principe, il est nécessaire de préciser certaines classifications établies. Une dualité peut être observée dans l'appréhension de cette enveloppe juridique. Il semble que certains principes se constituent et se développent à l'intérieur même de la sphère juridique et forment dès lors des composants de cette dernière. D'autres principes se situent en dehors de l'ordonnement juridique et relèvent soit de la morale soit de la « logique banale »¹⁰⁴⁴. Dans une optique de classification descriptive et théorique, le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit propose cinq types de principes généraux du droit¹⁰⁴⁵. Tout d'abord, les « principes positifs du droit », c'est-à-dire ceux qui sont directement extraits des textes juridiques. Ensuite, les « principes implicites du droit », qui sont les principes traités comme prémisses ou conséquences des dispositions du droit positif sans y être expressément énoncés. La troisième catégorie concerne les « principes extrasystémiques du droit » qui sont extérieurs au droit. Les « principes-noms du droit » forment la quatrième typologie proposée et sont ceux qui concernent spécifiquement une institution juridique et qui sont dépourvus de caractère normatif. Enfin, les « principes-constructions du droit » sont des

¹⁰⁴² BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, op.cit. Pour G. Bonnel les principes « transcendent les règles positives et les ordonnent dans une structure rationnelle », « accélèrent la systématisation logique du droit de l'environnement » et tiennent lieu de « clé de voûte du Code », répondent à une fonction de « structuration du droit de l'environnement » et de « légitimation des politiques de l'environnement », ou encore constituent « l'ossature solide du droit de l'environnement » et « les piliers sur lesquels (la construction des droits nationaux de l'environnement) repose », p. 17.

¹⁰⁴³ Rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement, Ministère de l'écologie et du développement durable, 2002, p. 42.

¹⁰⁴⁴ MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *Préc.*, p. 722.

¹⁰⁴⁵ Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *Préc.*

éléments conceptuels présumés dans la mise en place dogmatique du droit ou dans l'application et l'interprétation juridiques. Les deux dernières séries de principes constitueraient de simples dénominations en ce qu'elles s'avèrent utiles pour la dogmatique ou la pratique juridique. L'insertion du phénomène d'irréversibilité dans cette classification peut être multiple. En effet, à première vue, l'irréversibilité correspondrait davantage à un « principe-construction », en ce sens qu'elle s'attache à l'application et l'interprétation juridique (application temporelle et interprétation notamment selon les règles de conflits de loi dans le temps). Il s'agit d'ailleurs certainement de la conception la plus rationnelle concernant l'irréversibilité juridique. Néanmoins, il pourrait être possible de la considérer comme « principe positif du droit » à travers notamment la lettre de l'article 2 du Code civil qui énonce spécifiquement l'irréversibilité de la loi, ou encore par le biais du principe de sécurité juridique. Cette même interprétation pourrait être transposée à la deuxième catégorie proposée de principes, les « principes implicites du droit », en focalisant l'analyse sur l'absence générale de formulation de l'irréversibilité juridique dans les textes de loi. Ces rattachements restent possibles et élargissent la définition de l'irréversibilité en tant que réalité juridique. Cependant, dans un souci de précision, il convient de s'accorder sur le fait que l'irréversibilité correspond de manière rationnelle à la catégorie des « principes-construction ». En effet, le temps, et par là-même l'irréversibilité, construisent avant tout le droit.

560. Dans une approche moins descriptive, le principe juridique, légitimé par la capacité performative (de manière personnelle, circonstancielle et formelle), « emporte deux conséquences pour l'appréhension des principes du droit en tant qu'énoncés juridiques. Il indique en premier lieu qu'ils ne peuvent pas être uniquement envisagés dans une perspective *descriptive* d'un champ du droit, mais qu'ils se trouvent interpellés par une problématique méthodologique de concrétisation à même de régler leur action sur le réel »¹⁰⁴⁶. L'exemple de l'irréversibilité juridique est flagrant. Un « principe d'irréversibilité juridique » semble ne pas devoir se limiter à décrire ce phénomène de non-retour en arrière, ou d'inversion du temps, mais bien à « concrétiser » l'irréversibilité en droit. La concrétisation doit être entendue comme une réalisation, une matérialisation, en opposition à une description pure et simple. Un principe d'irréversibilité descriptif, ou

¹⁰⁴⁶ BONNEL G., *op.cit.*, p. 30, « Le grand mérite de cette théorie (celle d'Austin), telle qu'elle a été interprétée par Pierre Bourdieu, est d'avoir montré que le pouvoir du texte juridique ne se trouve pas uniquement et comme par magie dans les mots eux-mêmes mais qu'il leur vient du dehors, d'une autorité ou d'une institution qui doit être parée d'une triple légitimité, à la fois personnelle, circonstancielle et formelle ».

« constatif » pour reprendre la formule de J. L. Austin, pourrait consister à dire : « l'irréversibilité, c'est l'impossibilité de revenir en arrière » ; ou encore « nous sommes en présence d'irréversibilité ». A contrario, un principe performatif ou concret d'irréversibilité va pouvoir donner à une norme juridique le caractère irréversible. Le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères en est un exemple¹⁰⁴⁷. Si une loi pénale nouvelle inflige des sanctions plus sévères que les anciennes lois régissant le domaine concerné, ce principe imposera l'irréversibilité. Le principe dit et en même temps fait.

561. Qualifier l'irréversibilité juridique de principe semble être le choix le plus judicieux et adapté. Il convient de déterminer plus précisément en quoi consiste ce principe et notamment les critiques qui peuvent ressortir d'un tel choix.

B) Le principe d'irréversibilité juridique

562. La forme juridique qu'est le « principe », bien qu'encadrant la notion d'irréversibilité juridique, peut soulever des critiques. A propos des principes juridiques en droit de l'environnement, G. Bonnel écrit que « réduit à une épure, le principe de droit de l'environnement condense une matière complexe et foisonnante en usant de concepts très généraux mais perd en même temps les qualités performatives qui marquent son appartenance au champ du droit, c'est-à-dire sa capacité à modifier l'ordre du réel »¹⁰⁴⁸. Néanmoins, certains courants doctrinaux reconnaissent au « principe » une valeur normative certaine. Ainsi, D. De Bechillon démontre qu'un principe général se juridicise plus par son appartenance au système juridique que par sa précision ou sa complétude¹⁰⁴⁹. Dans le même sens, R. Abraham souligne que « le caractère incomplet ou général de la règle ne lui retire pas sa normativité »¹⁰⁵⁰. De ce principe d'irréversibilité juridique, il semble cependant nécessaire de passer à une catégorie de normes plus précises, ou plus simplement d'entrer dans la norme juridique pour y étudier la place de l'irréversibilité. Ainsi, le passage s'impose d'un « principe d'irréversibilité » comme « *principe-emblème*

¹⁰⁴⁷ Cf. infra Partie I, Titre II.

¹⁰⁴⁸ BONNEL G., *op.cit.*, p. 18.

¹⁰⁴⁹ DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Editions Odile Jacob, 1997, p. 255.

¹⁰⁵⁰ CE. Section. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, RFDA 1997, p. 585-596, p. 593, Conclusions du commissaire au Gouvernement Ronny Abraham.

qui unifie et synthétise le droit derrière une figure représentative et transcendante »¹⁰⁵¹, à une étude de la transcription de ce même principe.

563. La reconnaissance d'un « principe d'irréversibilité » peut toutefois être sujette à controverse. Existe-t-il réellement un tel principe en droit français ? Implicitement, il semble que oui, mais l'appellation en est différente. Le principe de non-rétroactivité, le principe d'application immédiate, ne sont-ils pas en fait des traductions d'un principe d'irréversibilité ? En droit français, un principe général du droit est normalement découvert et reconnu par le juge, à l'exception des principes directeurs c'est-à-dire des principes juridiques écrits¹⁰⁵². Soit le juge généralise une règle contenue dans certains textes (comme par exemple pour le principe des droits de la défense) ; soit il dégage la règle de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes (le principe érigeant le recours pour excès de pouvoir comme recours de droit commun) ; soit il dégage le principe de l'essence, de la nature d'une institution (le principe de continuité du service public) ; soit les principes sont issus de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946 ainsi que de la Charte de l'environnement. Finalement, il semble que les principes soient plutôt analysés comme des conséquences, des résultats extraits de textes, de décisions de justice, de la doctrine. Les principes dits « *a priori* » restent limités, et notamment dans la conception actuelle du droit. A ce titre, F. Moderne rappelle que les « principes du droit » peuvent tout aussi bien amorcer une « relation causale » (les principes étant à l'origine du droit, dont le droit découle), qu'une relation « d'appartenance » (les principes que l'on trouve dans le droit, ceux qui font partie du droit en tant qu'énoncés juridiques). Il précise que l'acception la plus fréquente reste la seconde approche car elle permet d'insérer les principes dans le « corps même du droit et d'éviter ainsi de les cantonner à l'extérieur du droit en tant que principes métajuridiques ou a-juridiques (moraux, politiques...) »¹⁰⁵³. La reconnaissance d'un principe juridique d'irréversibilité serait susceptible de comporter deux volets. Le premier volet pourrait être qualifié de théorique en considérant l'irréversibilité comme facteur de construction temporelle du droit. Le second volet considérerait l'irréversibilité comme déduite des énoncés juridiques constitués principalement par l'article 2 du Code civil, le principe de non-rétroactivité et

¹⁰⁵¹ BONNEL G., *op.cit.*, p. 15.

¹⁰⁵² Cf. Notamment BONNEL G., *Ibid.*, p. 73.

¹⁰⁵³ MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit, Préc.*, p. 722.

l'application immédiate des lois, la théorie des droits acquis ou encore le principe de sécurité juridique et la volonté démocratique d'une certaine stabilité juridique.

564. La détermination d'un principe d'irréversibilité juridique nécessite d'analyser en quoi consiste l'obligation d'irréversibilité juridique contenue dans ce principe.

C) L'obligation d'irréversibilité juridique

565. Théoriquement, la matérialité de l'irréversibilité juridique est simple à identifier. C'est l'impossibilité de retrouver un état de droit antérieur, de revenir sur ce qui a été décidé juridiquement. Cette matérialité s'illustre à travers les deux aspects du principe juridique d'irréversibilité : une matérialité de construction temporelle générale du droit, ainsi qu'une manifestation temporelle dans la pratique juridique. Un principe a vocation à se décliner à travers les normes juridiques qui lui sont inférieures. L'irréversibilité n'est pas présente en droit uniquement au sein d'un principe. Il semble qu'elle puisse être présente dans d'autres normes, notamment législatives¹⁰⁵⁴, sous la forme plus précise de « caractéristique de la règle de droit ». Une loi non-rétroactive par exemple, affirme un caractère irréversible. Elle ne s'applique normalement que pour l'avenir et ne concerne pas les situations de faits antérieurs à son édicton. Les droits acquis garantissent une irréversibilité des privilèges pour leurs bénéficiaires. Ainsi, au même titre que la force obligatoire de la norme de droit, de son caractère général, l'irréversibilité est une caractéristique de la règle de droit, une caractéristique toutefois spécifique, une norme ne revêtant pas obligatoirement un caractère irréversible. Cette idée d'irréversibilité en tant que caractéristique conviendra d'être développée ultérieurement.

566. En définitive, le questionnement qui découle du choix d'un principe d'irréversibilité juridique est celui de l'obligation contenue dans ce principe. Il est possible de parler d'une « obligation d'irréversibilité juridique ». Cette obligation est double. Premièrement, il existe une obligation « négative » d'irréversibilité qui consiste, pour l'« acteur juridique » (constituant, législateur, juge...) à ne pas remettre en cause le droit existant, et qui constitue en réalité soit une abstinence juridique soit la mise en place de réglementations permettant le respect de cette obligation. Cette obligation négative se justifie par le principe de sécurité juridique qui prescrit la limitation des changements intempestifs de législation, et induit de

¹⁰⁵⁴ Article 2 du Code civil. Cf. *Infra*, Partie II, Titre I.

la cohérence juridique. La question de la nature de cette obligation se pose. A propos de l'obligation de standstill¹⁰⁵⁵, I. Hachez écrit ceci : « il s'agirait (...) d'une « métanorme », à l'instar de la proportionnalité et du raisonnable, qui constituent des instruments de mesure des intérêts en présence plutôt que des règles applicables par un juge (...). La proportionnalité et le raisonnable seraient des outils de calculs du juste, là où le standstill serait l'outil de calcul du progrès »¹⁰⁵⁶. Cette conception revient à considérer l'obligation de standstill comme une norme secondaire puisque dépendante d'une norme primaire. L'obligation d'irréversibilité entre dans cette qualification de secondarité puisqu'elle n'intervient que dans le champ d'application temporelle de la norme juridique. Sa secondarité peut donc être établie. De cette explicitation de l'obligation de standstill, il est envisageable de retenir l'idée de « métanorme » transposable à l'irréversibilité. En effet, l'obligation d'irréversibilité, prise dans sa dimension négative, est, dans une conception basique, un outil d'application temporelle du droit, et dans une dimension plus poussée, un outil de cohérence juridique.

567. L'obligation d'irréversibilité peut également être positive. Dans ce cas, le principe dont découle l'obligation prescrit la mise en place d'irréversibilité juridique. Cette obligation est susceptible d'intervenir pour stabiliser le droit ou permet d'endiguer une dégradation soit juridique soit factuelle. Une telle obligation ne se limite plus à régler les conflits de lois dans le temps mais acquiert une réelle autonomie normative. L'irréversibilité ne constitue plus une simple obligation juridico-temporelle mais bien une prescription normative autonome qui ne nécessite plus d'être rattachée à une norme primaire. L'obligation positive d'irréversibilité juridique est toute à la fois une norme primaire et secondaire.

568. Ainsi, il est possible de convenir que le phénomène d'irréversibilité juridique puisse revêtir plusieurs formes. Dans une approche globale, il peut s'agir d'un concept ou d'un principe d'irréversibilité en ce sens qu'il s'attache à régler un ensemble de situations juridiques particulières comme par exemple pour les lois pénales. Dans une approche plus spécifique, il s'agira d'une caractéristique d'irréversibilité attachée à la règle de droit. Il semble que la traduction juridique la plus juste soit celle qui consiste à voir dans l'irréversibilité un effet de la règle de droit. Théoriquement, le juriste pourrait reconnaître

¹⁰⁵⁵ Cf. *Infra*, Partie II, Titre II.

¹⁰⁵⁶ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 477.

un principe d'irréversibilité qui engloberait l'idée générale d'irréversibilité et à ce titre regrouperait les différentes manifestations juridiques de cette dernière : principe de non-rétroactivité, droit acquis, application immédiate des lois. Cependant, en pratique, le mot même d'irréversibilité étant globalement absent du vocabulaire juridique ou traduit sous d'autres vocables, il reste malaisé de proclamer en tant que tel l'existence *stricto sensu* d'un principe d'irréversibilité en dehors d'une étude juridique purement théorique. La radicalité attachée au phénomène d'irréversibilité juridique peut lui être reprochée dans un contexte où la conception du droit tend davantage vers une post-modernité que vers une conception plus traditionnaliste qu'est la modernité.

569. La tentative de détermination de l'enveloppe juridique de l'irréversibilité permet de commencer à formaliser le phénomène. En dehors de la forme que peut prendre l'irréversibilité, il convient d'étudier l'irréversibilité comme caractéristique de la règle de droit, c'est-à-dire envisager l'intérieur de la norme juridique, et non plus la relation extérieure qu'entretenaient l'irréversibilité et le droit. Ce passage, de l'extérieur vers l'intérieur du droit, va avoir pour conséquence de faire passer l'irréversibilité du statut de phénomène juridique à celui plus spécifique de caractéristique de la règle de droit.

§2. L'irréversibilité comme caractéristique de la règle de droit

570. Il semble intéressant de se demander en quoi l'irréversibilité peut être amenée à caractériser la norme juridique, dans quelle mesure elle se manifeste, et ce qui est susceptible d'en faire un élément distinctif reconnaissable de cette règle de droit. Il s'agit en réalité de comprendre de quelle manière l'obligation d'irréversibilité se manifeste au sein de la norme juridique.

571. La norme en tant que telle procède de deux acceptions, ce qui est (le *sein*), qui décrit une réalité, ce qui apparaît comme régulier, constant, habituel, et ce qui doit être, (le *sollen*), à travers les prescriptions qui imposent une réalité à atteindre. La norme relève plus de la philosophie ou de l'éthique que la règle du droit proprement dite. C'est dans son caractère obligatoire¹⁰⁵⁷ que la règle juridique se distingue de la norme. La règle de droit peut être

¹⁰⁵⁷ Max Weber explique ce caractère obligatoire par l'exercice de la violence légitime. Il écrit ainsi que « comme tous les groupements politiques qui l'ont précédé historiquement, l'État consiste en un rapport de domination de l'homme sur l'homme fondé sur le moyen de la violence légitime (c'est-à-dire sur la violence qui est considérée comme légitime). L'État ne peut donc exister qu'à la condition que les

définie comme une « règle de conduite dans les rapports sociaux, générale, abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »¹⁰⁵⁸. D. de Béchillon précise que « la règle, telle que nos sociétés la produisent et se la représentent au premier plan, demeure, quoi qu'on en dise, imprégnée d'abord par l'idée d'obligation, d'autorité, de prescription, de hiérarchie et de contrainte »¹⁰⁵⁹. G. Cornu définit la norme juridique comme un : « terme scientifique employé parfois dans une acception générale comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale) qui évoque non pas l'idée de normalité (par exemple en biologie), ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère quelle que soit sa source (loi, Traité, droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, droit substantiel) »¹⁰⁶⁰. La caractéristique principale de la norme juridique réside donc dans la coercition qu'elle implique, même si les débats doctrinaux de ces dernières années remettent en partie en cause cette conception¹⁰⁶¹. De cette caractéristique première, découlent la généralité et l'impersonnalité de la norme.

572. Dans une étude plus approfondie des caractéristiques de la norme juridique en droit français, X. Labée retient six critères attachés à la règle de droit¹⁰⁶² : le critère de l'*autorité*, la règle doit émaner d'une autorité, c'est la Constitution qui détermine les personnes compétentes pour la créer ; le critère de la *connaissance*, la règle de droit doit être portée à la connaissance de tous, il n'existe pas de règle de droit secrète ; le critère de l'*exécutoire*, elle doit pouvoir s'imposer ; le critère du *contrôle* : la règle doit pouvoir être contrôlée ; le critère de l'*exactitude*, la règle de droit doit pouvoir être réparée en cas d'erreur ; le critère du *champ d'application* qui peut être tantôt absolu tantôt relatif. C'est à travers ce critère du champ d'application que l'irréversibilité va trouver sa manifestation première. Il convient de considérer que l'irréversibilité ne constitue pas une caractéristique première de la règle de droit c'est-à-dire une caractéristique *sine qua non* de son existence.

hommes dominés se soumettent à l'autorité revendiquée chaque fois par les dominateurs », p. 29, Edition électronique réalisée à partir du livre de Max Weber (1919), *Le savant et le politique*, Paris : Union Générale d'Éditions, 1963, 186 pages. Collection : Le Monde en 10-18.

http://classiques.uqac.ca/classiques/Weber/savant_politique/Le_savant.pdf

¹⁰⁵⁸ *Lexique de termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹⁰⁵⁹ BECHILLON DE D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ? op.cit.*, p. 165.

¹⁰⁶⁰ CORNU G., *Linguistique juridique*, Editions Montchrestien, 3^e édition, Paris, 2005.

¹⁰⁶¹ Cf. à propos de l'émergence du droit souple, Partie II, Titre I, Chapitre I.

¹⁰⁶² LABEE X., *Les critères de la norme juridique*, Editions Presses Universitaires de Lille, 1994, p. 12.

573. L'irréversibilité en tant que caractéristique de la règle de droit engendre trois conséquences principales. L'irréversibilité d'une règle de droit doit premièrement se comprendre comme le fait pour une règle de s'appliquer pour l'avenir. La dimension future de la règle est inhérente à la caractéristique irréversible. Le comportement dicté par la norme juridique se situe dans l'avenir. La règle de droit s'appliquera donc à une situation future. L'irréversibilité en tant que caractéristique de la règle de droit, entraîne également une non-application de la règle de droit à des situations antérieures à son édicition. Ce qui revêt réellement le caractère irréversible, c'est l'application de la règle de droit à des situations, auxquelles elle aurait normalement vocation à s'appliquer, et auxquelles elle ne s'applique pas, et ce pour cause d'antériorité. La saisie intellectuelle de la caractéristique irréversible se fait à travers la prise de conscience qu'une règle de droit va s'appliquer à des situations postérieures à l'édicition de la règle et qu'elle ne pourra pas s'appliquer à des règles antérieures. L'irréversibilité se situe donc principalement dans l'application de la règle de droit. Une troisième conséquence peut être retenue, celle d'une intention de fixer une situation juridique et de ne pas la remettre en cause. Cette conséquence, plus subjective qu'objective, apparaît plus difficile à déterminer.

574. Il est nécessaire de préciser que la caractéristique irréversible est susceptible d'affecter n'importe quelle catégorie de règle juridique, et ce à tous les stades de la hiérarchie des normes, qu'il s'agisse de la Constitution, des lois, des règlements. La jurisprudence¹⁰⁶³ est empreinte elle aussi d'une certaine irréversibilité juridique. Cependant, son irréversibilité juridique est spécifique et il conviendra de l'étudier de manière indépendante ultérieurement¹⁰⁶⁴. L'irréversibilité est plus ou moins explicite en fonction des différentes catégories de règles de droit mais il reste cependant possible de l'identifier.

575. Du fait de ces spécificités attachées à l'obligation d'irréversibilité juridique, il convient de la déterminer en tant que caractéristique de la règle de droit (A). Cette caractéristique irréversible de la norme juridique entraîne deux conséquences premières, qu'il est possible

¹⁰⁶³ Sur la reconnaissance de la jurisprudence comme règle de droit, Cf. Notamment GHESTIN J., *Les données positives du droit*, RTDciv, 2002, p. 11 : « L'importance de la jurisprudence est aujourd'hui considérable. Qu'on la regrette ou qu'on l'approuve, tout le monde s'accorde en tout cas à admettre que l'on ne peut connaître le droit positif en ignorant l'interprétation jurisprudentielle de la loi. Il en est d'autant plus ainsi que des domaines entiers et considérables, comme par exemple la responsabilité civile, sont essentiellement régis par la jurisprudence ».

¹⁰⁶⁴ Cf. Partie II, Titre II.

de caractériser d'objectives, en ce qui concerne l'application de la règle de droit, et une dimension plus subjective liée à l'intention de créer de l'irréversibilité dans la règle de droit (B).

A) La détermination de l'irréversibilité comme caractéristique de la règle de droit

576. Comme le rappelle T. Soleilhac, le temps est omniprésent en droit¹⁰⁶⁵. Le droit doit composer avec le temps et s'accorder avec cette caractéristique temporelle. Par extension, l'irréversibilité, de par son caractère temporel, est potentiellement inhérente au droit. Potentiellement, parce qu'elle ne touche pas toutes les règles de droit, certaines règles de droit pouvant présenter un caractère réversible¹⁰⁶⁶. L'irréversibilité, en tant que caractéristique de la règle de droit, s'illustre tout d'abord par son caractère externe¹⁰⁶⁷. Il convient d'entendre l'expression « caractéristique externe » (en opposition à « caractéristique interne »), c'est-à-dire comme ne touchant pas à l'objet même de la norme juridique. L'irréversibilité en tant que caractéristique de la règle de droit ne peut donc être qu'externe à cette dernière. Elle ne touche pas au contenu même de la règle, de l'énoncé de son obligation ou de son droit, mais va s'attacher à l'application de la norme, à ses effets dans le temps. C'est en ce sens qu'elle constitue une caractéristique externe. Une autre spécificité de cette caractéristique d'irréversibilité est sa secondarité. En effet, dans la majorité des cas, la validité¹⁰⁶⁸ de la norme juridique ne sera pas subordonnée à l'existence de cette caractéristique.

577. L'irréversibilité n'est donc pas contenue dans la règle établie, dans l'obligation, mais dans sa mise en application temporelle. Elle représente néanmoins une caractéristique à part entière de la règle de droit (1). Corrélativement à ce caractère externe, l'irréversibilité doit être considérée comme non systématique. Cette caractéristique ne conditionne pas à proprement dit l'existence d'une règle de droit, elle n'appartient pas à la catégorie des conditions essentielles à la détermination d'une norme juridique. Elle affecte ou n'affecte

¹⁰⁶⁵ SOLEILHAC T., *Temps et droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 62 : « le temps est omniprésent en droit, d'une part, explicitement introduit dans la règle de droit quand il est pris en compte directement sous la forme de durée, de délai ou de procédure, et d'autre part, à une échelle plus fondamentale, explicitement ou implicitement présent parce qu'inhérent à la plupart des concepts juridiques ».

¹⁰⁶⁶ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre II.

¹⁰⁶⁷ Le mot « externe » doit être entendu comme ce « qui est situé en dehors, tourné vers l'extérieur », Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

¹⁰⁶⁸ Par validité il convient d'entendre la réunion des conditions de généralité, d'impersonnalité et de coercition.

pas une règle de droit (2). Il convient enfin de reconnaître qu'il existe différents degrés d'irréversibilité potentiellement attachés à la règle de droit, et que les normes dites primaires semblent bénéficier d'un degré d'irréversibilité supérieur par rapport aux normes juridiques dites secondaires (3).

1) Une irréversibilité caractérisant l'application temporelle de la règle de droit

578. Une règle de droit a vocation à s'appliquer faute de quoi elle serait inutile et considérée comme du droit « mort »¹⁰⁶⁹. L'application d'une règle de droit est susceptible d'être étudiée sous trois angles principaux. L'application peut être personnelle (elle s'applique à telle catégorie de personne), formelle (elle s'applique à telle situation) et temporelle (elle s'applique de telle manière dans le temps). Les spécificités générales de l'irréversibilité juridique et sa difficile compréhension, obligent à un examen précis de sa nature. Le fait qu'elle constitue une caractéristique dans le cadre de l'application de la règle de droit entraîne des conséquences, et la distingue un peu plus. Il semble donc nécessaire d'identifier les caractéristiques premières de la norme juridique afin de pouvoir dégager une compréhension claire de l'extériorité de l'irréversibilité.

579. Il est possible de considérer que la généralité, l'impersonnalité et la coercition¹⁰⁷⁰ forment les caractéristiques premières de la règle de droit. La création et la reconnaissance de la règle de droit se caractérisent par le regroupement de ces trois conditions au sein d'une même norme juridique. Ces caractéristiques premières touchent au contenu de la règle, elles concernent l'obligation ou le droit prévu par cette règle. M. Virally rappelle à cet égard que « la norme juridique exprime l'unité indispensable d'une relation : le droit et l'obligation qui la constituent naissent et disparaissent ensemble, ils ne peuvent être séparés ni

¹⁰⁶⁹ Cette affirmation peut être nuancée par le cas d'inapplication d'une règle de droit amenant à la désuétude.

¹⁰⁷⁰ E. Kant énonce que la contrainte serait le critère du droit, KANT E., *La doctrine du droit*, Editions Librairie philosophiques J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1971, *Introduction*, § D, p. 105. A titre d'exemple et sans exhaustivité, il est possible de retenir que H. Kelsen voit dans la contrainte, le « critérium décisif » de l'ordre juridique, KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op.cit.* En opposition à ces conceptions, certains auteurs soulignent le fait que le recours à la contrainte reste limité et que de ce fait la contrainte ne devrait pas être considérée comme une caractéristique principale de la règle de droit. A titre d'exemple, P. Amselek considère que : « non seulement la « contrainte » peut ne pas être prévue pour faire respecter une norme juridique, ou, si elle est prévue, peut ne pas être effectivement administrée par ceux qui devaient ou pouvaient y procéder, mais encore elle ne saurait, de toute manière, constituer un critère de la norme juridique en général, en tant qu'elle n'est jamais, elle-même, dans la pensée des auteurs, qu'une institution juridique », AMSELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Editions LGDJ, Paris, 1964, p. 227-229.

logiquement ni juridiquement »¹⁰⁷¹. C'est dans cette optique que les trois conditions représentent des caractéristiques internes puisque se référant au contenu même de la règle. Il est possible de visualiser la norme juridique comme un cercle. Ce qui est à l'intérieur forme le contenu obligatoire. C'est ce qui fait l'essence de la règle. Le contour du cercle et ce qui vient après représentent les caractéristiques externes, ce qui n'est pas essentiel à la nature de la règle de droit mais bien à son application. Pour corroborer cette vision, A. Kojève retient que « l'essence du droit se révèle donc à nous tout d'abord dans le phénomène « avoir droit à » »¹⁰⁷². « Avoir droit » s'attache au contenu de la règle.

580. L'irréversibilité d'une règle de droit se manifeste dans son application dans le temps. Comme le caractère général se traduit par l'énoncé des termes mêmes de l'obligation attachée à la règle, le caractère irréversible touche à l'application de la règle. Cette caractéristique de la norme juridique concerne la manière dont la règle va être amenée à s'appliquer, sur quel fragment de temps elle aura vocation à exister. C'est la dimension temporelle qui détermine la caractéristique. Le temporel pour la règle de droit, c'est l'application de la norme juridique. La caractéristique irréversible de la règle de droit est donc attachée au sixième critère énoncé par X. Labée, le champ d'application de la norme juridique. L'irréversibilité, en tant que caractéristique de l'applicabilité, n'est donc pas l'obligation ou le droit créé par la norme juridique, mais ce qui y est attaché. Elle entoure la règle. En effet, l'objet de la norme est bien le comportement humain obligatoire¹⁰⁷³. L'irréversibilité s'inscrit donc réellement dans le champ de l'application temporelle de la règle de droit. Il est nécessaire de comprendre que l'extériorité est justifiée par le fait que l'irréversibilité n'influe pas sur le contenu de l'objet même de la règle de droit mais bien sur le moment où ce contenu deviendra obligatoire.

581. A ce titre, O. Pfersmann en définissant ce qu'est intrinsèquement la rétroactivité des normes juridiques résume cette extériorité de l'irréversibilité juridique. Il souligne que le phénomène juridique de la rétroactivité « ne concerne pas les effets juridiques, c'est-à-dire les obligations, permissions ou interdictions constituant la partie normative au sens le plus étroit du terme dans l'énoncé d'une norme, mais les conditions », conditions qui ne forment

¹⁰⁷¹ VIRALLY M., *La pensée juridique*, Editions LGDJ Montchrestien, Paris, 1960, p. 45.

¹⁰⁷² KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, *op.cit.*, p. 22. Cf. également p. 21 : « Il suffit donc de considérer le seul phénomène « avoir droit » pour découvrir l'essence du phénomène « Droit » en général et pour pouvoir dire ainsi si telle situation est ou non juridique en indiquant la raison ».

¹⁰⁷³ KELSEN H., *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, p. 37.

pas le noyau premier de la règle de droit¹⁰⁷⁴. De ce fait, il est possible d'en déduire que l'obligation d'irréversibilité juridique, prise en tant que caractéristique de la règle de droit, ne constitue pas une obligation autonome mais est tributaire de l'existence d'une obligation de droit primaire.

582. En parallèle de ce caractère externe d'applicabilité, l'irréversibilité présente une autre spécificité : elle ne se manifeste pas de manière absolue. En effet, elle se singularise par son aspect non systématique.

2) *L'irréversibilité comme caractéristique non systématique de la règle de droit*

583. L'irréversibilité devrait donc être comprise comme une caractéristique qui ne serait pas attachée à toutes les règles de droit¹⁰⁷⁵. Les caractéristiques premières de la règle de droit conditionnent la validité de la norme juridique alors que l'irréversibilité concerne l'application temporelle de la règle de droit. Dans l'absolu, la caractéristique irréversible ne conditionne donc pas la régularité de la règle. A ce titre, il est possible de considérer que l'irréversibilité n'est qu'une caractéristique subsidiaire de la règle de droit. Il convient de préciser que le caractère temporel de la règle de droit est nécessairement obligatoire et qu'en cela le caractère irréversible se distingue du caractère temporel. En effet, le caractère temporel de la règle de droit conditionne son application. Que serait une norme juridique sans son application temporelle (qui peut se manifester à travers la promulgation pour une loi, une notification ou une publication pour un acte administratif...) ? Le caractère temporel de la règle de droit induit tout d'abord son application mais également son rattachement à un moment donné. La plupart du temps, il est illogique d'appliquer à partir d'aujourd'hui une règle de droit créée il y a cinquante ans¹⁰⁷⁶. L'irréversibilité est une des

¹⁰⁷⁴ PFERSMANN O., *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand, Préc.*, p. 236.

¹⁰⁷⁵ Le terme « non systématique » doit être rapproché ici des termes « facultatif » ou « optionnel », en opposition à quelque chose « d'absolu, d'inconditionnel, qui ne se dément pas », Dictionnaire Le Petit Robert, édition 2013.

¹⁰⁷⁶ Il convient ici de préciser que nous parlons d'une règle de droit créée et non appliquée pendant longtemps puis appliquée. Cela ne concerne pas les lois appliquées depuis de nombreuses années et encore aujourd'hui d'actualité. C'est le cas notamment de la loi du 1^{er} juillet 1901 *relative au contrat d'association*, JO du 2 juillet 1901, p. 4025. Dans ce cas Cf. également HART H.L.A., *Le concept de droit*, 2^e édition, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 80. Hart souligne ce « phénomène juridique très familier : une loi, édictée il y a des siècles, peut toujours avoir valeur de règle de droit aujourd'hui ».

caractéristiques du temps. Dans le cadre de l'application temporelle du droit, cette caractéristique peut ou non se manifester.

584. A propos de l'application de la loi dans le temps, J. Petit souligne que « la question de l'application temporelle d'une règle est forcément seconde par rapport à celle de son applicabilité substantielle »¹⁰⁷⁷. Il est incontestable que le champ d'application temporel de la norme juridique se caractérise par sa dimension secondaire vis-à-vis du contenu même de la règle. Il est possible d'en déduire que la caractéristique irréversible s'illustre par sa secondarité. A propos des dispositions transitoires, G. Eveillard, considère qu'elles forment des dispositions secondaires en ce qu'elles ne visent qu'à délimiter le champ d'application dans le temps d'une norme principale. Elles ne bénéficient selon lui, d'aucun objet auto-suffisant, et n'ont aucune raison d'être sans la norme principale¹⁰⁷⁸. Cette secondarité peut être transposable concernant le caractère irréversible. Si l'on exclut l'irréversibilité absolue qui est attachée à toute règle de droit nouvelle, en ce qu'elle modifie l'ordonnement juridique, ou simplement par le fait de sa création, certaines normes ne se caractérisent que par l'irréversibilité de dispositions précises. C'est le cas, par exemple, pour des lois contenant des dispositions expressément non-rétroactives. Ces dispositions n'ont pour objet que de délimiter de manière temporelle la règle de droit. La secondarité s'explique ainsi par l'insuffisance d'autonomie normative de la caractéristique irréversible, et par extension son caractère non-systématique. Cependant, cela ne signifie nullement que les caractéristiques qui s'attachent au champ d'application d'une norme juridique soient insignifiantes ou que leur non-respect n'entraîne pas de conséquences, mais contrairement aux caractéristiques premières de la règle de droit, les règles touchant au champ d'application peuvent s'avérer beaucoup plus modulables. L'irréversibilité en est un exemple. Toute règle n'est pas irréversible, et cependant une règle de droit reste valable même si elle revêt un caractère réversible. C'est le cas des lois rétroactives qui s'appliquent aux situations futures, présentes et passées.

585. Il serait donc possible de considérer cette caractéristique comme une faculté de la règle de droit¹⁰⁷⁹. Il s'agirait donc d'une possibilité de l'irréversibilité, d'une faculté

¹⁰⁷⁷ PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, op.cit., p. 115.

¹⁰⁷⁸ EVEILLARD G., *Les dispositions transitoires en droit public français*, Editions Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, Paris, 2007, préface de Jacques Petit, Thèse de doctorat, droit public, Université de Rennes I, 2005, p. 117.

¹⁰⁷⁹ Le mot faculté vient du latin *facultas* qui signifie aptitude, capacité, possibilité.

d'irréversibilité. Contrairement à la faculté qui s'attache aux normes juridiques permissives¹⁰⁸⁰, la faculté des normes irréversibles n'est pas interne, elle ne touche pas au contenu de la règle mais à son champ d'application temporel. Cette faculté de l'irréversibilité peut trouver une illustration avec la clause de rétroactivité qu'une loi peut contenir¹⁰⁸¹. Le principe de non-rétroactivité ne constitue pas en tant que tel une « obligation juridique sanctionnable » mais une « indication d'ordre politique de faire le moins souvent possible de lois rétroactives »¹⁰⁸². De ce fait, il reste possible pour le législateur de prévoir la rétroactivité d'une règle de droit. Cette clause de rétroactivité permet donc d'imposer à la loi une force sur le passé. Cette faculté exprimée par le biais d'une clause précisant la rétroactivité ou excluant la non-rétroactivité, ou de la simple indication que la loi s'applique aux situations passées, traduit la non-systématicité de la non-rétroactivité et par là-même de l'irréversibilité.

586. Il existe néanmoins des exceptions à ce caractère « non-systématique » de l'irréversibilité en tant que caractéristique de la règle de droit. L'exemple de la non-rétroactivité des lois pénales le prouve. De l'adage, *Nullum crimen nulla poena sine lege* (on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair), découle à la fois cette non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, et la rétroactivité des lois pénales plus douces. L'article 112-1 du Code pénal dispose que : « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date ». La non-rétroactivité, l'irréversible, sont des caractères que la loi pénale doit respecter. Cependant, des limites subsistent concernant cette non-rétroactivité. Au sein de ce même article, il est prévu que : « toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ». Il semble que la

¹⁰⁸⁰ Cf. Notamment GROULIER C., *Normes permissives et droit public*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006.

¹⁰⁸¹ Il est possible de prendre l'exemple de la loi Badinter du 5 juillet 1985 qui précise dans son article 47 que « les dispositions des articles 1^{er} à 6 s'appliqueront dès la publication de la présente loi, même aux accidents ayant donné lieu à une action en justice introduite avant cette publication, y compris aux affaires pendantes devant la Cour de cassation. Elles s'appliqueront également aux accidents survenus dans les trois années précédant cette publication et n'ayant pas donné lieu à l'introduction d'une instance », Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, JO du 6 juillet 1985, p. 7584.

¹⁰⁸² LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, *op.cit.*, p. 121.

difficulté en matière d'irréversibilité soit cette absence d'absolu, de généralité, qui donne une conception fragile et changeante du phénomène.

587. G. Cornu, à propos des marques linguistiques de détermination explique qu' : « une règle est une règle en ce qu'elle détermine »¹⁰⁸³. Dans cette détermination, il distingue la « détermination de la conséquence ». Il s'agit de l'effet de droit attaché par la loi à la situation que détermine l'hypothèse. Dans le cadre de l'irréversibilité de la règle de droit, la conséquence peut être considérée le plus souvent comme une conséquence annexe de la norme. La règle de droit va énoncer la conséquence première du cas juridique posé, et y ajouter une autre conséquence dans l'application, son caractère irréversible. Dans le cadre des lois non-rétroactives, l'énoncé juridique dispose des règles dans le domaine concerné, et rappelle son application pour l'avenir, refusant une application de la loi aux situations antérieures, la conséquence irréversible revêtant ici une importance plus significative.

588. Parallèlement à ces caractéristiques externes et non systématiques, il apparaît que l'obligation d'irréversibilité attachée aux règles de droit se retrouve de manière plus récurrente dans les règles de droit dites « primaires ». Ce constat se justifie par la relative intangibilité recherchée lors de la création de telles normes juridiques.

3) Une irréversibilité affectant principalement les normes dites « primaires »

589. Il semble que l'irréversibilité juridique soit plus présente dans les normes dites « primaires » que celles dites « secondaires ». P. Level souligne à ce sujet qu'une règle abstraite paraît permanente par rapport à une règle de droit plus concrète, moins générale que la première. Il existe « deux systèmes dans lesquels le second (règle de droit plus concrète) paraît seul en mouvement dans le temps en regard du premier, relativement immuable et hors du temps »¹⁰⁸⁴. H.L.A Hart définit les normes primaires comme celles qui « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non »¹⁰⁸⁵. Les normes secondaires quant à elles, sont celles qui « veillent à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou en prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou

¹⁰⁸³ CORNU G., *Linguistique juridique, op.cit.*, p. 284.

¹⁰⁸⁴ LEVEL P., *op.cit.*, p. 3.

¹⁰⁸⁵ HART H.L.A., *Le concept de droit, op.cit.*, p. 101.

en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre »¹⁰⁸⁶. Ainsi, selon H.L.A Hart, les règles primaires imposeraient des obligations, et les normes secondaires confèreraient des pouvoirs.

590. N. Bobbio retient à propos des normes secondaires qu'il s'agit soit d'une norme de moindre importance (subsidaire, auxiliaire, accessoire...), soit d'une norme hiérarchiquement subordonnée, dans un état de dépendance¹⁰⁸⁷. Cette conception rejoint la fixité dont bénéficient les Constitutions des Etats, et illustre les différents degrés d'irréversibilité attachés aux règles de droit qui peuvent exister. Sur la distinction primaire-secondaire, J. Carbonnier précise également qu'« il est des phénomènes juridiques qui peuvent être qualifiés de primaires parce que tous les autres dérivent d'eux, parce que, dans la hiérarchie des phénomènes juridiques descendant du général au particulier, ils se trouvent au plus haut niveau de généralité. En les décrivant, on fait apparaître par résidu les autres phénomènes juridiques, beaucoup plus variés, mais secondaires »¹⁰⁸⁸. Ces phénomènes juridiques primaires peuvent être par exemple une Constitution, des textes de lois, le « contenant » finalement, et les phénomènes secondaires, les dispositions de la loi, le « contenu ». Une relation de causalité lie les deux phénomènes, les phénomènes primaires étant les phénomènes « générateurs ». Cet attachement de l'obligation d'irréversibilité juridique aux normes primaires se manifeste de manière théorique mais également de manière concrète comme dans le cas des clauses d'éternité constitutionnelles¹⁰⁸⁹.

591. Certaines catégories de règles seraient donc vouées à porter en elles plus d'irréversibilité juridique que les autres. C'est le cas, par exemple, de l'article 89 de la Constitution française de 1958 qui prévoit qu'aucune révision constitutionnelle ne pourra remettre en cause la forme républicaine du gouvernement¹⁰⁹⁰. Concernant la norme suprême que représente la Constitution, il semble que cette norme juridique soit empreinte, plus que toute autre, d'irréversibilité juridique. En effet, elle constitue la stabilité juridique d'un Etat. Les lois foisonnent et se multiplient ces dernières décennies, mais les révisions de la Constitution sont plus rares et procurent un sentiment juridique d'exceptionnel. P. Ardant

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁸⁷ BOBBIO N., *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in *La règle de droit*, sous la direction de PERELMAN Ch., Editions Bruylant, Bruxelles, 1971.

¹⁰⁸⁸ CARBONNIER J., *Sociologie juridique, op.cit.*, p. 332.

¹⁰⁸⁹ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I.

¹⁰⁹⁰ Article 89 : « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

constate à cet égard qu'« en Occident, la Constitution se présente comme une œuvre durable destinée à braver le temps : les Constituants de 1791 avaient le sentiment de travailler pour l'éternité »¹⁰⁹¹. Cette volonté de non-changement reste évidemment difficile à mettre en place avec l'évolution de la société, et cette réalité, souhaitable le plus souvent, amène à la conclusion que toute Constitution ne peut être somme toute définitive¹⁰⁹². P. Ardant différencie à ce titre les Constitutions dites « souples » et celle dites « rigides », les Constitutions « rigides » induisant une plus forte irréversibilité juridique. Les Constitutions « souples » sont celles qui peuvent être amenées à être modifiées comme le serait une simple loi, par le biais d'une procédure législative ordinaire. Dans ce cas, aucune procédure spéciale de révision n'est prévue. L'exemple des Constitutions coutumières, comme en Grande-Bretagne, semblent pouvoir être considérées comme des Constitutions « souples ». En effet, le Parlement britannique a la possibilité de changer la Constitution par le simple vote d'une loi. Cependant, même si juridiquement cette souplesse ne peut être contestée, il s'avère que politiquement cette modification reste très difficile. Les Constitutions dites « rigides » sont celles qui ne peuvent être modifiées que par une procédure spéciale de révision. Elles sont apparues, comme le rappelle P. Ardant, à la fin du XVIIIe siècle avec les Constitutions des Etats américains qui ont précédé la rédaction de la Constitution fédérale. Cette rigidité trouve son explication dans plusieurs causes. Tout d'abord, la volonté d'affirmer la vocation durable du texte ainsi que la gravité de toute modification de celui-ci. Ensuite, une certaine méfiance vis-à-vis du législateur, qui pourrait être amené à prendre des décisions hâtives consécutives à des circonstances politiques ou à faire voter des modifications à des « majorités passagères »¹⁰⁹³.

592. Les particularités de la caractéristique irréversible, contrairement aux caractéristiques de généralité, et d'abstraction, entraînent une instabilité dans la compréhension de la notion, une force juridique amoindrie. L'irréversibilité peut être présente, mais il est toujours possible d'y déroger. Elle fait partie de la règle de droit tout en n'appartenant pas au « noyau dur » de la norme juridique. Cette irréversibilité, qui peut donc être attachée à la norme juridique et la caractériser, entraîne en premier lieu deux types de conséquences

¹⁰⁹¹ ARDANT P., *Institution politique et droit constitutionnel*, Editions LGDJ, 23^e édition, Paris, 2011.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 73 : « A l'expérience pourtant, on constata qu'elle ne résiste pas indéfiniment à l'évolution de la société, il n'est pas de Constitution qui puisse être définitive. Il faudra donc lui apporter des retouches, des compléments, des adaptations. Les Constituants eux-mêmes doivent avoir la sagesse de le prévoir et insérer dans leur œuvres les procédures qui permettront de réparer ses imperfections et l'usure du temps. Paradoxalement, c'est la possibilité de révision qui assure la longévité d'une Constitution ».

¹⁰⁹³ ARDANT P., *op.cit.*, p. 75.

objectives. En second lieu, elle soulève une réflexion plus subjective sur la temporalité de la règle de droit.

B) Les conséquences principales de l'irréversibilité de la règle de droit

593. La détermination de l'irréversibilité en tant que caractéristique de la règle de droit passe nécessairement par l'étude des conséquences qu'elle engendre. Il s'agit d'une catégorie de conséquences qui s'identifie de prime abord : une application immédiate de la règle de droit pour l'avenir et une inapplication aux situations passées. Ces conséquences sont celles induites par les fondements secondaires de l'irréversibilité juridique que sont les principes d'application immédiate de la loi, de non-rétroactivité et des droits acquis comme nous avons pu le relever¹⁰⁹⁴.

594. Ces conséquences objectives se manifestent de différentes manières et il est possible de reconnaître qu'il existe plusieurs degrés à l'irréversibilité juridique (1). Parallèlement à ces conséquences objectives, il est nécessaire d'étudier une conséquence qui traduit une manifestation plus volontariste de l'irréversibilité. Il est possible de considérer que subjectivement l'irréversibilité juridique consacre la fixation d'un état juridique (2).

1) Les différents degrés de l'obligation d'irréversibilité juridique

595. Une règle de droit irréversible, va tout d'abord s'illustrer dans le cadre du champ d'application temporel, par ses effets exclusivement sur l'avenir. La deuxième conséquence de cette caractéristique irréversible attachée à la règle de droit et qui forme le prolongement de l'application pour l'avenir, est l'inapplication de la règle de droit aux situations passées. Ces deux manifestations se traduisent principalement en droit par l'*effet immédiat* des normes juridiques et le principe de leur *non-rétroactivité*. L'étude des manifestations premières de l'irréversibilité de la règle de droit apporte une connaissance objective des conséquences de cette caractéristique. Cependant, limiter l'étude des conséquences objectives de l'irréversibilité juridique à l'application pour l'avenir et à la non-application aux situations passées ne rend pas exactement compte de ce qu'est l'irréversibilité. Il convient de montrer qu'il existe plusieurs degrés dans l'irréversibilité juridique.

¹⁰⁹⁴ Cf. Supra, Partie II, Titre I.

596. Premièrement, il est possible de reconnaître une obligation d'irréversibilité juridique *absolue* qui tient davantage d'un examen philosophique du droit que de celui d'une pratique juridique. En effet, toute norme juridique détient en son sein cette obligation d'irréversibilité du fait même de son apparition dans l'ordonnement juridique, apparition qui ne pourra temporellement ni être niée, ni être effacée malgré des suppressions ou des abrogations futures. Comme il a pu être précisé antérieurement, ces irréversibilités juridiques ne comportent finalement que peu d'intérêt. Cette universalité de l'irréversibilité qui est susceptible d'être relevée pour la règle de droit, est finalement la même que pour tout acte ou décision humaine. La caractéristique est ici factuelle et non juridique. Deuxièmement, il convient de retenir l'irréversibilité juridique *quasi-absolue* : celle-ci est susceptible de se traduire soit par une suppression, et donc une disparition définitive d'une règle de droit ou d'une disposition de celle-ci, telle que l'abrogation d'un acte administratif par exemple ; soit par une impossibilité d'action, comme c'est le cas en matière de prescription. Cette irréversibilité juridique quasi-absolue se traduit dans tous les cas par une irrévocabilité juridique. Troisièmement, il existe l'irréversibilité juridique *quasi-relative*, qui est finalement la plus courante. Elle se traduit soit par une prescription sans possibilité de remise en cause, avec une volonté de fixer le droit. Ainsi, la quasi-relativité est déterminée par le fait que la volonté juridique d'aujourd'hui n'est pas la même que celle de demain, et qu'il sera toujours possible qu'un changement intervienne malgré tout. Soit l'irréversibilité *quasi-relative* se traduit simplement par une prescription orientée uniquement vers le futur, c'est-à-dire sans aucune rétroactivité attachée à la règle de droit (ce qui est le cas le plus fréquent). Enfin, l'irréversibilité juridique *relative* se traduit principalement par des interdictions de changement du droit, ou de remise en cause de celui-ci, de manière temporaire. Les clauses de standstill¹⁰⁹⁵ sont un exemple de cette irréversibilité juridique relative.

597. La traduction juridique du phénomène d'irréversibilité nécessite ce découpage en degré. La radicalité de l'irréversibilité temporelle ne peut se fondre totalement en droit, et finalement l'encodage du phénomène est subordonné à une relativisation de l'irréversibilité entraînant une certaine artificialité. Parallèlement à ces conséquences objectives, une conséquence intentionnelle de l'irréversibilité juridique doit être relevée.

¹⁰⁹⁵ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I.

2) La conséquence intentionnelle de l'irréversibilité juridique : la permanence de la règle de droit

598. Il semble donc possible de reconnaître l'existence d'une dimension plus intentionnelle à l'obligation d'irréversibilité juridique. Puisque l'irréversibilité juridique, c'est l'impossibilité de revenir en arrière, une règle de droit qui revêtirait cette caractéristique aurait donc pour but de fixer un état juridique (irrévocabilité), et d'« interdire » qu'on le remette en cause (irréversibilité). Comme le rappelle la Cour de cassation, la règle de droit « rassure par sa permanence »¹⁰⁹⁶. Ainsi, les conséquences de l'irréversibilité de la règle de droit consisteraient dans une application de la norme pour le futur en refusant l'application au passé, ainsi qu'en une dimension plus volontariste de fixer un état juridique et d'empêcher un quelconque retour en arrière. J. Masquelin parle d'impulsion en tant que phase de la formation de la règle. Il s'agit de « tout acte qui a pour but de poursuivre la solution d'un problème sociologique, vrai ou supposé, par la mise en œuvre d'un processus qui aboutit à ce résultat »¹⁰⁹⁷. Ce but peut-il être de mettre en place de l'irréversibilité juridique ?

599. Autant la réalité de la double manifestation objective de la caractéristique irréversible peut difficilement être remise en cause, autant celle de la fixation d'un état juridique est susceptible de surprendre. Par « fixation d'un état juridique », il convient d'entendre à la fois une prescription d'irréversibilité pour l'avenir, et à la fois une non-remise en cause du passé. La règle peut être amenée à fixer intentionnellement un état, mais également à interdire de revenir sur ce que la précédente règle prévoyait¹⁰⁹⁸. Comme le rappelle G. Radica concernant la loi écrite dans le temps, « la loi est un objet signifiant qui perdure dans le temps et la question se pose donc de la fixité de son sens, plus originellement de la localisation de ce sens »¹⁰⁹⁹. Peut-on considérer que cette conséquence, ou que ce but attribué à l'irréversibilité, soit général, c'est-à-dire attaché à chaque norme juridique présentant un caractère irréversible ? La question qu'il convient réellement de se poser est

¹⁰⁹⁶ Cass. *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.

¹⁰⁹⁷ MASQUELIN J, *La formation de la règle de droit*, in *La règle de droit*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 25.

¹⁰⁹⁸ Dans certains cas, cette interdiction est remise en question comme pour les amnisties. Cf. Article 133-9 du Code pénal : « L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ».

¹⁰⁹⁹ RADICA G., *La loi, textes choisis et présentés*, Editions GF Flammarion, Paris, 2000, p. 177.

la suivante : la caractéristique irréversible est-elle assortie d'une intention, celle de fixer un état ou est-elle seulement objective en prescrivant une application réservée à l'avenir ? G. Eveillard relativise cette idée de permanence de la règle de droit en considérant qu'« aucune norme n'a réellement vocation à la permanence »¹¹⁰⁰. Elle existerait en réalité jusqu'à ce qu'elle soit remplacée, explicitement ou non. Il ne s'agirait finalement que d'une prétention à s'appliquer indéfiniment, ce qui distinguerait les normes permanentes des normes temporaires. Qu'une règle de droit ne puisse être considérée objectivement comme absolument permanente est compréhensible, mais cela n'enlève en rien cette volonté de permanence dans la création du droit.

600. Cette intention de fixer doit être rapprochée de l'idée de « volonté » dans la formation du droit. Comme le souligne P. Roubier, la question principale réside dans le fait de savoir si les règles juridiques tirent leur source principale de la volonté humaine (*voluntas facit legem*), ou de considérations supérieures¹¹⁰¹. On se trouve face à une opposition entre une recherche du juste pour créer les règles ou la recherche de la volonté (contrat social en droit public et liberté des conventions en droit privé). Le réalisme juridique semble trouver un compromis. Le droit n'est certes pas le produit de principes métaphysiques supérieurs, encadrés par l'idée de justice, mais il n'est pas non plus uniquement issu de la seule volonté. Il peut être considéré comme le produit de nécessités collectives, issues de la vie en société. La volonté créatrice de droit se trouverait dès lors soumise aux nécessités sociales. C'est ce que rappelle P. Roubier lorsqu'il retient que « c'est bien toujours de la volonté que le droit se trouve issu car il faut bien que ces nécessités sociales trouvent leur expression dans des décisions volontaires »¹¹⁰². Il souligne qu'il existe deux groupes de situations juridiques objectives commandées par le droit objectif : les situations réactionnelles et les situations institutionnelles (établies à l'avance). La volonté de mettre en place de l'irréversibilité juridique, pourrait se retrouver dans le cadre des situations réactionnelles, elle traduirait alors la recherche de l'objectif de stabilisation de l'état de droit ou elle répondrait à une nécessité d'irrévocabilité. Cette volonté pourrait également se retrouver dans le cadre des situations institutionnelles, comme la garantie d'une fixation des grandes lignes d'un Etat de droit. Le droit ne peut se contenter d'être une consécration de répétition de faits, illustré par la coutume, ou de décisions de justice répondant à des problèmes

¹¹⁰⁰ EVEILLARD G., *Les dispositions transitoires en droit public français, op.cit.*, p. 48.

¹¹⁰¹ ROUBIER P., *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de Philosophie du droit, n°3, Editions Sirey, Paris, 1957, p. 1.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 2.

juridiques précis, mais doit être vu également comme le fruit d'une volonté humaine d'orienter dans telle ou telle direction¹¹⁰³. Il est possible de rapprocher cette « intention » d'irréversibilité de l'idée sous-jacente à la théorie des droits acquis. Comme le rappelle J. Petit, « au point de vue politique, la doctrine des droits acquis vise à protéger les droits subjectifs, création des volontés individuelles, contre la loi, expression de la volonté générale »¹¹⁰⁴. Ainsi, il apparaît que la plupart des règles de droit, revêtant la caractéristique irréversible, puissent être assorties de cette intention de fixer un état juridique. Les droits acquis en sont une illustration manifeste, de manière plus ou moins poussée. Il est possible d'envisager l'irréversibilité comme un choix juridique, un choix de fixer, « définitivement », ou du moins de limiter la possibilité de changement. Ce choix juridique peut également être un choix politique. X. Labée souligne le fait que « le droit est l'instrument par lequel l'autorité qui est à la tête de l'Etat réalise une politique »¹¹⁰⁵. Politique et juridique restent intimement liés. Le choix d'irréversibilité juridique en est un exemple. L'irréversibilité est un moyen de permettre le respect des droits acquis des citoyens, de garantir qu'ils ne soient pas remis en cause.

601. L'irréversibilité envisagée comme caractéristique de la règle de droit permet une certaine clarification du phénomène juridique. L'irréversibilité ne concerne que l'application temporelle de la règle de droit. Elle n'est pas attachée à l'obligation contenue dans la norme juridique en tant que telle. Cette caractéristique irréversible n'est ni obligatoire, puisqu'il existe par exemple des lois rétroactives, ni systématique, puisqu'elle n'est pas toujours attachée à la règle de droit. Les conséquences principales de l'irréversibilité juridique présentent à la fois un caractère simple, traduit par son application temporelle (application de la règle aux situations futures et non-application aux situations passées), et un caractère plus complexe relevant de la volonté d'irréversibilité dans le droit.

602. L'irréversibilité ne représente donc plus uniquement un phénomène généralement rejeté mais un phénomène qui peut être souhaité. Il ne s'agit plus ici d'un simple effet temporel donné à la règle de droit mais bien d'un sens temporel recherché. Cette volonté rejoint les objectifs du principe de sécurité juridique et de confiance légitime, et de stabilité

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 69 : « cependant ceux qui croiraient maintenant pouvoir envisager, un Etat où il n'y aurait plus de lois ni de règlements, mais seulement des jurisprudences et des coutumes, ne rendent pas un compte exact de ce que l'activité volontaire et réfléchie dans la création des règles juridiques, à condition de se maintenir dans les limites du raisonnable, a favorisé les progrès de la civilisation ».

¹¹⁰⁴ PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, *op.cit.*, p. 3.

¹¹⁰⁵ LABÉE X., *Les critères de la norme juridique*, *op.cit.*, p. 8.

du droit. L'irréversibilité juridique « choisie » traduit une certaine conception du droit et une des réponses possibles à la complexité et à l'insécurité juridique actuelles, ou encore à des difficultés juridiques contemporaines à l'instar de celles qui touchent le droit de l'environnement. Cette irréversibilité juridique, en ce sens qu'elle stabilise le droit, est susceptible de constituer une mission de ce dernier.

Section II. La mission d'irréversibilité juridique

603. Dans une vision purement descriptive, H.L.A Hart rappelle que « tout système juridique se caractérise par le fait que de nouvelles règles juridiques peuvent y être introduites et les anciennes modifiées ou abrogées par un acte délibéré de promulgation ». Cette caractérisation existe même s'il se peut que « certaines règles de droit soient soustraites au changement par une Constitution écrite qui limite la compétence de l'organe législatif suprême »¹¹⁰⁶. Il semble possible d'approfondir la place du choix de l'irréversibilité ou de la réversibilité dans la formation du droit.

604. Etudier l'irréversibilité juridique comme mission du droit peut se faire par le biais de deux approches. La première consiste à considérer la mission d'irréversibilité juridique comme une nécessité juridique, c'est-à-dire comme quelque chose que le droit doit mettre en place afin de garantir l'ordre qu'il est censé assurer (§1). La deuxième revient à analyser cette mission dans une dimension plus secondaire et principalement comme facteur d'amélioration du droit (§2).

§1. La mission d'irréversibilité en tant que nécessité juridique

605. Il est possible de dégager plusieurs degrés à l'appréhension de la nécessité juridique. Dans une conception absolue, une nécessité juridique serait ce qui conditionne la qualité même du droit, telle que la contrainte. Dans une conception plus relativiste, une nécessité juridique, sans s'attacher aux conditions premières de détermination du droit, serait ce qui permet au droit de correspondre à une certaine vision sociétale qualitative de la matière juridique. Le droit, pour être du droit, doit remplir un certain nombre de conditions dont la plus importante est le caractère coercitif, nécessité juridique absolue. Mais il doit également présenter et rechercher certaines caractéristiques lui permettant d'être appliqué, respecté ou

¹¹⁰⁶ HART H.L.A., *Le concept de droit*, *op.cit.*, p. 193.

effectif, comme par exemple une certaine stabilité, nécessité relative. Considérer l'irréversibilité comme une nécessité juridique pourrait revenir à voir en ce phénomène un pilier de la matière juridique. Sans aller jusqu'à cette vision potentiellement radicale et empruntant la définition absolue de la nécessité juridique, il serait possible néanmoins d'en déduire que l'irréversibilité est nécessaire à la garantie d'une certaine qualité et vision du droit. A ce titre, M. Delmas-Marty retient que le droit « même s'il n'est pas totalement immobile, évolue lentement et majestueusement dans la continuité de sa mission civilisatrice, telle que l'ont conçue nos prédécesseurs »¹¹⁰⁷. La mission d'irréversibilité en tant que nécessité juridique revient à étudier la place réelle de la recherche d'irréversibilité juridique en droit.

606. Il semblerait que l'irréversibilité comme mission du droit soit spécifiquement présente dans la conception classique du droit, ainsi que dans sa conception moderne (A). Cependant, le droit, malgré cette mission d'irréversibilité juridique qui est susceptible de lui incomber, doit être adapté, et pour ce faire ne doit pas rester dans un immobilisme qui pourrait s'avérer néfaste (B).

A) La mission d'irréversibilité dans les conceptions classiques et modernes du droit

607. La conception classique du droit repose « sur une approche binaire », appuyée sur « un critère unique, celui de la contrainte ou de la sanction par l'autorité publique »¹¹⁰⁸. A ce titre, il semble intéressant de se rapprocher des écrits d'E. Kant. Le philosophe s'est fortement intéressé au droit et comme le rappelle M. Villey « on peut légitimement parler d'un envahissement de la science juridique contemporaine par la philosophie kantienne »¹¹⁰⁹. E. Kant pose les caractéristiques d'une conception classique du droit où l'irréversibilité est présente à travers la contrainte et la fixité attachées aux normes. M. Villey reprend la vision kantienne du comportement du juriste. Il retient que « Kant a strictement défini les bornes de la science du droit : étude des lois extérieures générales, égales à tous, assorties de la sanction de l'Etat, et la contrainte devient le critère de la règle

¹¹⁰⁷ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit, op.cit.*, p. 8.

¹¹⁰⁸ THIBIERGES C., *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, RTDCiv, Généralités 2009, p. 599.

¹¹⁰⁹ VILLEY M., *Préface*, KANT E., *Doctrines du droit, op.cit.*, p. 12. M. Villey précise que jusqu'au milieu du XXe siècle la doctrine de Kant a continué à influencer les théories générales du droit et notamment des auteurs comme Del Vecchio, Radbruch ou encore Kelsen.

de droit »¹¹¹⁰. Le juriste doit faire abstraction de « l'équité, de la nécessité¹¹¹¹ et des circonstances concrètes »¹¹¹² s'astreignant à l'observation des textes qui seuls « dictent les solutions : soit qu'elles émanent directement de la volonté générale (...), soit qu'elles puissent s'inscrire dans les codes dès lors que l'Etat, réalisé par le contrat social, est assez fort pour accomplir sa besogne de législateur »¹¹¹³. Les textes « dictant les solutions » ayant une valeur suprême, l'adaptabilité du droit aux circonstances sociétales ne se pose quasiment pas et la mission d'irréversibilité du droit s'avère être une mission primaire. M. Delmas-Marty parle de l'« isolement » inhérent au droit moderne¹¹¹⁴. Cet isolement est intra-normatif (vis-à-vis des différents systèmes de droit) et inter-normatif (vis-à-vis des autres sciences humaines). Cet isolement entraîne indubitablement de la fixité puisqu'il écarte toute adaptabilité.

608. La place qui est faite à l'irréversibilité dans la conception moderne du droit est importante. L'immutabilité qui la caractérise constitue déjà de l'irréversibilité juridique. Comme le souligne P. Maisani et F. Wiener, l'épistémologie positive a pour principe notamment « le postulat déterminisme selon lequel le droit est programmé et évolue dans le sens du progrès pour finalement devenir une sorte de science infaillible »¹¹¹⁵. J. Carbonnier souligne à ce sujet que l'esprit de légalité qui a marqué le XIXe siècle libéral, principalement parce que l'Ancien Régime avait abusé de l'arbitraire, des privilèges et même de l'équité, « n'a pas peu contribué à faire regarder la règle de droit comme le plus essentiel des phénomènes juridiques : par son impersonnalité comme par son immutabilité de principe, n'est-elle pas la garantie spécifique de la liberté, de l'égalité, de la sécurité, ces valeurs fondamentales que le droit a pour fonction de sauvegarder ? »¹¹¹⁶. Il rappelle que les deux caractères principaux de la règle de droit restent la généralité et la permanence¹¹¹⁷,

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹¹¹¹ Nécessité à entendre selon l'adage : « Nécessité n'a pas de loi ».

¹¹¹² VILLEY M., *op.cit.*, p. 13.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹¹¹⁴ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, Editions Seuil, Paris, 2006, p. 40.

¹¹¹⁵ MAISANI P., WIENER F., *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*, Revue Droit et Société, 27/1994, p.443-464, p. 450.

¹¹¹⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Editions LGDJ, 10^e édition, Paris, 2001, in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Editions PUF, 1986, p. 124-125.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 126.

caractéristiques issues de l'« exigence de la raison »¹¹¹⁸. Pareillement, Portalis, principal rédacteur du Code civil, dans la définition qu'il donne du légalisme juridique, rappelle que cette conception postule qu'il est préférable que « des lois stables et raisonnées gouvernent les sociétés plutôt que les hommes, instables et sujets aux passions »¹¹¹⁹. Plus récemment et d'une manière plus large, le doyen Hauriou énonçait que la stabilité était finalement le but ultime de l'ordre social¹¹²⁰. Les caractéristiques retenues par les juristes classiques et modernes que sont la « permanence », « l'immutabilité », « l'intangibilité » ou encore la « stabilité » reviennent à consacrer l'irréversibilité des règles de droit. Cette absence de changement, parce qu'il s'agit bien de cela, cette vocation à durer et à réglementer le présent et le futur, introduisent la volonté d'un certain immobilisme juridique. Ces conceptions relèvent finalement d'une vision idéologique du droit, voire philosophique. Cette mission d'irréversibilité juridique semble pouvoir être considérée comme l'héritage des juristes de la Révolution française qui ont voulu se prémunir comme le retour à l'arbitraire caractérisant l'Ancien régime, mais également d'une certaine empreinte du droit naturel constitué de « principes immuables découverts par la raison permettant d'éprouver la valeur des règles de conduite positives admises par le droit objectif »¹¹²¹.

609. De manière plus spécifique, il est intéressant de s'attarder sur le droit constitutionnel français, droit qui est plus que tout autre empreint d'irréversibilité juridique. Dans une étude sur l'instabilité sous la Ve République, B. Nabli et G. Sutter retiennent que le mot « instable » est « comme tabou voire proscrit du langage constitutionnel et institutionnel contemporain. La stabilité serait inhérente au « régime », un « bien » acquis depuis 1958 »¹¹²². Ils rappellent que la « quête de stabilité » a largement motivé les constituants de 1958. Il est à noter que malgré les changements de régime qu'a connus la France depuis l'Ancien Régime, certains principes et valeurs juridiques ont perduré comme le principe de séparation des pouvoirs, la démocratie représentative ou encore la reconnaissance des droits et des libertés. G. Vedel soulignait d'ailleurs « l'immutabilité de certaines conceptions

¹¹¹⁸ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 38.

¹¹¹⁹ PORTALIS., Discours préliminaire ou projet de Code civil, in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Editions PUF, 1986, p. 152. Cette conception est « la reprise de la formule de Pindare : Nomos basileus, qu'on trouve, implicite dans la Constitution des Etats-Unis qui sont un government of law, not of men ».

¹¹²⁰ CHICOT P-Y., *La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou*, *Préc.*, p. 419 : « Il (Maurice Hauriou) emprunte donc à Bergson, en forçant le trait, la notion de durée et les relations qu'elle entretient avec la vie pour expliquer la stabilité qui est le but ultime de l'ordre social ».

¹¹²¹ *Lexique de termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹¹²² NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République*, RDP, 20 septembre 2009, n°6, p. 1599.

politico-sociales dont les racines se trouvent dans le siècle de Louis XV, que les gouvernements successifs ont recueillies et enrichies et contre lesquelles, jusqu'ici, la contestation n'a pas prévalu »¹¹²³. De manière plus implicite, le rapport Weil de 2008¹¹²⁴, relatif au Préambule de la Constitution, tend à considérer cette norme juridique comme une sphère inviolable. En effet, le Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution refuse de se prononcer sur la potentielle nécessité de revoir la définition du principe de précaution¹¹²⁵ ou sur l'opportunité d'élargir le principe de non-rétroactivité aux lois non pénales. Ainsi, « le comité a estimé qu'il devait respecter la tradition historique de stratification des normes constitutionnelles de protection des droits fondamentaux (...). Il a donc considéré que son office devait se limiter à proposer d'éventuelles adjonctions à celui-ci, sur le même mode que celui retenu pour l'adossement au Préambule de la Charte de l'environnement »¹¹²⁶.

610. Cependant, cette permanence, cette stabilité de la règle de droit ne convient pas toujours à la société dans laquelle elle a vocation à s'appliquer, ce qui entraîne un paradoxe ou plutôt comme l'énonce J. Carbonnier deux « passions ». La première est celle des philosophes qui visent à « unifier, codifier, pour atteindre un droit immuable, parce que fondé sur la nature et la raison »¹¹²⁷. La seconde est celle que le juriste attache à la Ve République, qui « s'accommode d'une diversité des sources, d'un droit complexe, hétéroclite (...) qui change et a dans sa vocation de changer »¹¹²⁸.

611. Cette proclamation de la stabilité de la règle de droit comme garante du droit inhérente aux conceptions classiques et modernes du droit nie le plus souvent sa nécessaire adaptation aux changements de la société. La mission d'irréversibilité juridique comme nécessité du droit est d'une radicalité contestable.

¹¹²³ VEDEL G., *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge*, in Mélanges WALINE M., *Le juge et le droit public*, T. II, LGDJ, Paris, 1974, p. 781.

¹¹²⁴ Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Rapport au président de la République, décembre 2008.

¹¹²⁵ Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, Rapport au président de la République, décembre 2008, p. 28 : « Même s'il a eu la tentation d'évoquer le principe de précaution afin de livrer son sentiment sur celui-ci, voire de suggérer qu'il lui soit apporté certains contreponds, le comité a ainsi considéré, sur ces bases, qu'il ne devait pas rechercher s'il y avait lieu de procéder à une modification de la Charte de l'environnement de 2004 ».

¹¹²⁶ *Ibidem*.

¹¹²⁷ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 12.

¹¹²⁸ *Ibidem*.

B) La nécessaire adaptation du droit : une réversibilité juridique souhaitable

« Les règles normatives fondamentales ne sont pas des principes de nature objective et de portée immuable ».

H. de PAGE¹¹²⁹

612. H. de Page énonce que les « règles normatives fondamentales » sont de « simples postulats, qui n'acquièrent sens et signification que dans les limites des données sociologiques qui les a fait naître, dans l'aire du système de référence auxquels ils appartiennent »¹¹³⁰. Il s'agit ici d'une conception doctrinale qui tend à une certaine réalité du droit. Dans une optique différenciée mais complétive, M. Delmas-Marty précise que les réalités nouvelles (superposition des normes mondiales, régionales et nationales ; surabondance des institutions...) font « évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables »¹¹³¹. Elle ajoute que « plus qu'une défaite du droit, c'est d'une mutation qu'il s'agit »¹¹³². A. Kojève, quant à lui, inclut une vision temporelle dans le raisonnement. Il retient que « l'évolution juridique de l'humanité n'étant pas encore achevée, il serait vain d'essayer d'établir un Système du Droit parfait, c'est-à-dire complet et définitif »¹¹³³, et donc irréversible. La question sous-jacente à cette réflexion est celle qui consiste à se demander si l'évolution juridique pourra un jour être considérée comme achevée, les sociétés, et donc leur droit, étant en perpétuelle mutation. Il précise à ce sujet que l'évolution juridique a cependant assez progressé pour qu'il soit possible de fixer « dès maintenant les cadres du Système définitif » (en prenant l'exemple des sociétés juridiques actuelles, les cadres du « Système définitif » se trouveraient illustrés par les Constitutions et les grands principes du droit caractérisés par une irréversibilité juridique renforcée¹¹³⁴). La mise en place de règles de droit définitives ou irréversibles serait limitée par la non-connaissance des « interactions sociales » à venir, source de nouvelles règles de droit. Cette idée rejoint finalement celle d'adaptabilité. En effet, ne pas vouloir mettre en place des règles de droit définitives en prévision d'« interactions sociales » nouvelles revient à

¹¹²⁹ DE PAGE H., *De l'interprétation des lois*, Editions Payot, Bruxelles, 1978, II, p. 106-108, in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Editions PUF, 1986, p. 175.

¹¹³⁰ *Ibidem*.

¹¹³¹ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 7.

¹¹³² *Ibidem*.

¹¹³³ KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, *op.cit.*, p. 327.

¹¹³⁴ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I.

reconnaître au droit sa nécessaire adaptabilité. A. Kojève ajoute à ce titre que « nous ne connaissons pas toutes les règles de droit possibles »¹¹³⁵. Ainsi, l'adaptabilité du droit, et donc son inévitable réversibilité juridique, se justifierait par un droit toujours en évolution, donc non complet. L'incomplétude du droit, incomplétude issue des modifications de la société, engendrerait sa nécessaire réversibilité juridique. Cette évolution, et donc cette adaptabilité du droit, sont justifiées par le fait que le droit « comme tout phénomène humain (...) est intimement lié à tous les autres phénomènes historiques, tels que la Religion, la Morale, la Politique. Autrement dit le contenu du Droit donné sera codéterminé par les idées religieuses, morales et politiques etc., de l'époque »¹¹³⁶. La question première est finalement celle qui consiste à se demander ce qui dans le droit mérite d'être irréversible car faisant référence à des valeurs communes, et ce qui est voué au changement afin de garantir son adaptabilité.

613. En reprenant les lignes directrices du droit moderne, cadre privilégié d'irréversibilité juridique, il s'avère que les critiques susceptibles d'être apportées à son encontre sont nombreuses. Tout d'abord, il est reproché au droit moderne d'être dans l'incapacité à rendre compte du réel et notamment des changements scientifiques et technologiques qu'a subis la société au cours du XX^e et XXI^e siècle. Le droit moderne ne répondrait plus de manière satisfaisante à la complexification de la société. Aujourd'hui, l'Etat connaît des difficultés dans sa fonction de régulation et de production des règles juridiques notamment à cause des nouvelles sources du droit (droit international, droit européen...). La conception moderne du droit a vu ses limites de plus en plus atteintes et la nécessité d'une nouvelle réflexion juridique, n'apportant cependant pas toutes les réponses, se profiler. M. Villey dans sa préface de « La doctrine du droit » d'E. Kant soulève les critiques qui peuvent être apportées à la conception juridique kantienne. Il rappelle que « ce parti pris d'isoler le droit, ce légalisme, ce normativisme, sont investis de toutes parts d'attaques convergentes : le juriste se voit pressé de compter avec les « situations », de considérer les « faits sociaux », la « nature des choses », les conditions sociologiques, de cesser d'ignorer l'histoire, au moins l'histoire de son temps et les fameuses mutations des sociétés contemporaines »¹¹³⁷. A-J Arnaud précise à ce sujet que les juristes de l'époque moderne pouvaient difficilement imaginer les développements des études transdisciplinaires qui permettent aujourd'hui

¹¹³⁵ KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, op.cit., p. 233.

¹¹³⁶ *Ibidem*.

¹¹³⁷ VILLEY M., *Préface*, KANT E., *Doctrine du droit*, op.cit., p. 14.

« aux chercheurs de traiter du droit en empruntant des paradigmes aux sciences sociales » et que l'ordre de « contrainte dont relève du droit exclut la scientificité »¹¹³⁸. Ainsi, la règle juridique « contestée au nom de son incapacité à rendre compte du réel et donc à le façonner voit son autorité s'éroder »¹¹³⁹. Comme le propose A-J Arnaud¹¹⁴⁰, il conviendrait de passer d'une épistémologie positive à une épistémologie « constitutive » fondée sur de nouveaux concepts tels que l'interdisciplinarité, l'interlégalité, le pluralisme juridique, la prise en compte de l'imaginaire et du vécu, la justiciabilité, l'idée de condition de légalité translocale. Afin d'éviter de retomber dans les travers de la conception moderne du droit, l'important serait de partir de l'expérience, et d'abandonner ainsi la posture déductive pour l'inductive. C'est finalement ce que propose M. Delmas-Marty lorsqu'elle évoque le « pluralisme ordonné ». Elle définit ce « pluralisme ordonné » comme l'abandon de « l'utopie de l'unité et l'illusion de l'autonomie, afin d'explorer l'hypothèse d'un processus d'engendrement réciproque entre l'un et le multiple »¹¹⁴¹. Il s'agit plus précisément de prendre le pari « qu'il est possible de renoncer au pluralisme de séparation - car la clôture des systèmes de droit est devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances -, mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion »¹¹⁴². M. Delmas-Marty précise sa proposition en retenant qu'au vu de l'instabilité actuelle, « la méthode proposée privilégie l'approche dynamique sur l'approche statique, les mouvements sur les modèles ». Cette méthode qu'elle développe « consiste à éclairer les conditions d'une mise en ordre pluraliste en distinguant les différents processus d'interaction par degré de hiérarchisation croissante ». Cette hiérarchisation passe de la « *coordination*, par entrecroisements horizontaux, à l'*unification* imposée verticalement par transplantation ou par hybridation, en passant par l'*harmonisation* qui implique le rapprochement mais sans prétendre à l'uniformité »¹¹⁴³.

¹¹³⁸ ARNAUD A-J., *Une science sociale pour la pratique juridique ?*, Revue Droit et Société, 20/21-1992, p. 11-35, p. 14.

¹¹³⁹ MAISANI P., WIENER F., *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*, *Préc.*, p. 447.

¹¹⁴⁰ ARNAUD A-J., *Préc.*, p. 11-35.

¹¹⁴¹ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 9.

¹¹⁴² DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, Texte inspiré d'une conférence présentée le 26 janvier 2006 à l'Université Bordeaux IV sur l'invitation de M-C. Ponthoreau, par renvoi au livre *Les forces imaginantes du droit, Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006, p. 1.

¹¹⁴³ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, *Préc.*, p. 1.

614. Le droit moderne se caractérise par sa fixité, sa rigidité et de ce fait par son irréversibilité juridique. La fixité juridique induit l'absence, relative, de changements. Les normes juridiques mises en place ont vocation à durer et par là-même à ne pas être remises en cause. La conception moderne du droit s'illustre par sa mission d'irréversibilité juridique. Les contradicteurs de cette vision juridique lui opposent son manque d'adaptabilité qu'induit la conception post-moderne du droit. Comme le rappelle P. Level, « les modifications de l'ordre juridique expriment la nécessité d'adapter les règles des conduites sociales aux besoins nouveaux naissant des transformations continues des sociétés humaines »¹¹⁴⁴. Pareillement, J. Carbonnier rappelle que dans certains cas de modification du droit, « c'est à une nécessité technique qu'obéit la remise en chantier, la loi antérieure ayant à l'usage révélé des lacunes, des imperfections, voire des effets pervers »¹¹⁴⁵. Les modifications et les changements en droit revêtent donc un caractère nécessaire qu'il convient de ne pas nier sous peine de subir un droit inadapté. L'irréversibilité juridique, qui est nécessaire afin de pérenniser un ordre juridique et assurer une certaine sécurité juridique aux citoyens, entraîne malheureusement une artificialité du droit pouvant s'avérer néfaste. A ce titre, B. Nabli et G. Sutter rappellent à propos du droit constitutionnel que « si l'adaptation des normes constitutionnelles et du système institutionnel est une indéniable source d'instabilité, il convient de revoir le préjugé négatif qui pèse sur cette notion : l'instabilité relève d'une logique pragmatique et d'un principe de nécessité qui favorisent la longévité du régime. Elle apparaît alors comme une simple contrepartie inévitable - de la durée et de l'immuabilité de la Ve République : un mal pour un bien, en quelque sorte »¹¹⁴⁶. Ainsi, la réversibilité juridique, critiquée par les conceptions classiques et modernes du droit, peut s'avérer être un facteur de stabilité de la forme juridique, donc potentiellement d'irréversibilité juridique. Pareillement, L. Favoreu rappelle qu'en matière de droit constitutionnel, « une Constitution qui vieillit et qui est trop rigide pour être révisée aisément constitue potentiellement un danger pour la démocratie car elle appelle des changements brutaux »¹¹⁴⁷. Dans ce cas, l'irréversibilité juridique entraîne de l'instabilité car obligeant à des changements radicaux plutôt qu'à des changements moins importants mais plus réguliers. Ce sont là les premières fondations du caractère non plus nécessaire mais amélioratif de l'irréversibilité juridique.

¹¹⁴⁴ LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire, op.cit.*, p. 1.

¹¹⁴⁵ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République, op.cit.*, p. 109.

¹¹⁴⁶ NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République, Préc.*, p. 1599.

¹¹⁴⁷ FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, Editions Dalloz, 10^e édition, Paris, 2007, p. 255.

615. La reconnaissance d'une mission d'irréversibilité en tant que nécessité juridique, même si elle a pu être sous-jacente à un certain nombre de conceptions juridiques, ne peut être considérée comme juste ou satisfaisante au vu des modifications de sociétés actuelles. Les rapports de l'Homme au temps, du droit au temps, ont évolué et ne peuvent plus rentrer dans les cadres rigides proposés par l'irréversibilité juridique vue en tant que nécessité. Cependant, exclure les phénomènes irréversibles de la science juridique est difficilement possible et entraînerait un chaos juridique certain. Ainsi, il semble possible de pouvoir considérer la mission d'irréversibilité non plus comme une nécessité mais plutôt comme un facteur d'amélioration du droit. Comme le rappelle G. Ripert, les deux grandes composantes des forces créatrices du droit sont la force conservatrice et réformatrice¹¹⁴⁸. A l'instar de ce qu'énonce la Cour de cassation dans son rapport sur l'incertitude juridique, il s'agit de passer d'une « exigence de sécurité par le Droit », à celle « plus précise et plus incisive, de sécurité dans le Droit »¹¹⁴⁹.

§2. La mission d'irréversibilité en tant que facteur d'amélioration du droit

616. R. David nous rappelle que le droit « est une valeur de la civilisation, à la découverte et au perfectionnement de laquelle tous les juristes sont, en permanence, appelés à collaborer »¹¹⁵⁰. Ce perfectionnement de la civilisation est nécessairement soumis au perfectionnement du droit lui-même. L'irréversibilité peut être un des facteurs d'amélioration de la matière juridique.

617. Considérer la mission d'irréversibilité en tant que facteur d'amélioration revient à lui conférer une place moins prépondérante dans l'élaboration du droit. Il ne s'agit plus en effet d'une mission nécessaire mais d'une mission secondaire. L'irréversibilité juridique est de fait reléguée à un plan plus accessoire. Certaines valeurs morales, comme l'équité, politique ou sociologique, peuvent s'imposer au droit afin qu'il puisse bénéficier d'une effectivité. Cette conception, qui s'écarte de la conception moderne, de sa « domination légale » et de

¹¹⁴⁸ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit ? Préc.*, p. 10.

¹¹⁴⁹ Cass. *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.

¹¹⁵⁰ DAVID R., *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*, in *Le dépassement du droit*, APD n°8, Editions Sirey, Paris, 1963, p. 13.

sa « neutralité axiologique » comme le souligne F. Moderne¹¹⁵¹, se rapproche indubitablement de la conception post-moderne du droit.

618. Dans sa proposition de réforme des droits administratifs européens, E. Schmidt-Assman souligne les mutations et les changements constants de la société actuelle et rappelle que si le droit se « consacrait excessivement à la fonction de stabilisation qui lui est inhérente, il courrait le risque de faire obstacle aux réformes nécessaires qu'exige la société ou de se voir dépassé sous la pression des changements »¹¹⁵². Ainsi, il est nécessaire que la flexibilité et « l'ouverture à l'innovation » soient des « caractéristiques accompagnant également le système juridique, aux côtés de la sécurité juridique et de la confiance légitime »¹¹⁵³. Pareillement, J. Carbonnier rappelle que « non seulement le droit change, mais il doit changer, changer pour s'adapter »¹¹⁵⁴. Cette conciliation entre flexibilité et stabilité (entendre choix de l'« irréversibilité juridique ») est notamment possible, selon l'auteur par le biais de la jurisprudence, de la doctrine, du législateur et du pouvoir exécutif. Dans un rapport de 2005 relatif à l'incertitude juridique, la Cour de cassation souligne que « c'est aussi et peut-être surtout, de projeter sur l'incertain un réseau permanent de règles stabilisatrices qui abaissent, globalement, le niveau de risque et d'imprévisibilité de nos sociétés »¹¹⁵⁵. Cette conciliation entre flexibilité et stabilité passe nécessairement par une réflexion sur ce qui doit changer dans le droit et ce qui ne doit pas changer. Cela nous ramène à la distinction entre normes juridiques primaires et secondaires. Pour garantir de la sécurité juridique, il convient que les normes primaires ne soient pas modifiées trop souvent alors que les normes secondaires sont amenées à être changées plus régulièrement et ainsi à faire évoluer le droit.

619. Il convient dès à présent d'étudier l'irréversibilité juridique dans la conception post-moderne du droit afin de comprendre la place différente, et moindre, qu'y occupe le phénomène en opposition à celle détenue dans la conception moderne du droit (A). Il conviendra ensuite de voir de quelle manière l'irréversibilité juridique peut constituer une mission du droit en tant que facteur d'amélioration (B).

¹¹⁵¹ MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, *Préc.*, p. 722. F. Moderne définit « la neutralité axiologique » comme le refus de tout impératif d'ordre étatique, utilitaire ou politique.

¹¹⁵² SCHMIDT-ASSMAN E., *Principes de base d'une réforme du droit administratif*, *Préc.*, p. 427.

¹¹⁵³ *Ibidem*.

¹¹⁵⁴ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 10.

¹¹⁵⁵ Cass. *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.

A) L'irréversibilité juridique dans la conception post-moderne du droit

620. Le droit post-moderne désigne l'époque « durant laquelle ont été forgés les outils avec lesquels ont été construits les droits sur lesquels nous vivons et notamment les Codes et Déclarations des droits de l'homme »¹¹⁵⁶. C. Thibierges résume la naissance de la conception post-moderne du droit. Ainsi, « le contexte juridique n'a pas échappé à de profondes transformations en quelques années : à en croire de substantielles études, nous entrons dans une ère juridique nouvelle, celle de *l'avènement d'un droit dit postmoderne*, caractérisé par la complexification croissante des modes de réglementation-régulation des conduites, et d'un droit en voie de mondialisation, cherchant les clés de l'harmonisation des spécificités culturelles »¹¹⁵⁷. M. Delmas-Marty retient que « ce qui domine le paysage juridique, en ce début du XXI^e siècle, c'est l'imprécis, l'incertain, l'instable, ou encore, en termes plus provocateurs, le flou, le doux et le mou »¹¹⁵⁸.

621. Les critiques faites à la conception moderne du droit, telles que son inadaptabilité au réel, son immuabilité inappropriée, trouvent, dans une certaine mesure, leurs réponses dans la vision post-moderne du droit. Il se caractérise par une relativité juridique qui tend notamment vers une démocratisation du droit, une accessibilité accrue de la norme, une politisation du champ juridique et finalement une désacralisation générale du droit. Au vu des changements intervenus dans les sociétés humaines, qu'ils soient technologiques, scientifiques, naturels, économiques ou moraux, il semble que la conception du droit telle qu'elle existait ait muté ou doive le faire. En effet, comment « la complexité inhérente aux relations sociales et économiques ne le serait-elle pas aux relations juridiques, liées de si près à tous les facteurs qui influent sur la vie sociale et économique dont le droit est censé assurer (...) la régulation ? »¹¹⁵⁹. Pareillement, L. Duguit considérait que la règle de droit est « essentiellement changeante, comme les sociétés humaines ; elle dérive de leurs

¹¹⁵⁶ ARNAUD A-J., *Une science sociale pour la pratique juridique ?*, *Préc.*, p. 14.

¹¹⁵⁷ THIBIERGES C., *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, *Préc.*, p. 599.

¹¹⁵⁸ DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 7. Elle précise : « Ce qui domine le paysage, loin de l'ordre juridique au sens traditionnel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique et trop vite unifié, voire uniformisé, par l'intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes ».

¹¹⁵⁹ ARNAUD A-J., *Préc.*, p. 25.

structures, infiniment variables »¹¹⁶⁰. A ce titre, il convient de préciser que le professeur Duguit « ne s'intéresse qu'à son adéquation aux faits sociaux et refuse toute idée de conformité à un idéal de droit absolu »¹¹⁶¹, empreint nécessairement d'irréversibilité juridique.

622. Une des modifications sociétales justifiant une conception juridique renouvelée réside notamment dans l'émergence de nouvelles sources de régulation juridique. Le droit international, le droit européen, les expertises scientifiques ou économiques, sont autant de nouvelles sources de régulation juridique, qu'elles soient directes ou indirectes. P. Maisani et F Wiener rappellent à ce titre que cette émergence s'explique par le fait que « l'Etat ne domine plus une réalité de plus en plus mouvante et rétive aux schémas normatifs uniformes et trop généraux »¹¹⁶². Il est incontestable que dans une telle conception, la place faite à l'irréversibilité juridique est réduite par rapport à celle qui lui est faite dans la conception moderne. La reconnaissance de la mutabilité permanente de la société, et par conséquent de la nécessaire adaptation du droit à ces changements, réduit la mission d'irréversibilité juridique du droit. La mission du droit n'est plus ici de produire des normes durables, fixes et inamovibles, mais des normes adaptées, flexibles et potentiellement réversibles. Le temps humain et par ricochet le temps juridique, s'est accéléré et a fait apparaître des nouvelles notions comme celle de l'urgence. Cette accélération et cette mouvance du temps et du droit ne permettent plus de mettre en place des normes permanentes ayant vocation à s'appliquer sur le très long terme. M. Delmas-Marty introduit une nuance à l'accélération du temps en parlant de « l'immédiateté » dans nos sociétés contemporaines. Ce qu'elle nomme les « flux immatériels » (financiers, information et plus précisément internet) entraînent la compression du passé et du futur et « impose la dictature du présent »¹¹⁶³. On comprend alors la nécessité pour le droit de muter pour mieux s'adapter mais également les difficultés qu'il risque de rencontrer et les déviations possibles. En effet, l'immédiateté anéantit pratiquement la mise en place de projets ou de constructions et finalement reste en totale contradiction avec le temps de la nature.

¹¹⁶⁰ PINON S., *Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante*, Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 20 octobre 2010, n° 2, p. 523.

¹¹⁶¹ PINON S., *Ibidem*.

¹¹⁶² MAISANI P., WIENER F., *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*, *Préc.*, p. 446.

¹¹⁶³ DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, *op.cit.*, p. 345.

623. L'irréversibilité juridique, par sa radicalité, n'est pas à ajuster à un droit toujours plus empreint de souplesse afin de garantir son adaptabilité. Cette souplesse se caractérise particulièrement à travers la considération des normes juridiques dites « souples ». Avec la reconnaissance de ces nouvelles normes juridiques, il est possible de dire qu'il existe une remise en cause du droit comme ordre de contrainte. La question première qui se pose est celle de la qualité même de « droit » du droit souple. Le droit étant caractérisé par la contrainte, comment dès lors considérer qu'une règle non assortie de sanction, règle de droit souple, puisse être identifiée en tant que règle de droit ? Il semble qu'une partie de la doctrine de ces dernières années considère que le droit ne se limite pas à un rassemblement de règles de droit. J. Carbonnier dans son « Flexible droit » énonce que « le droit est plus grand que la règle de droit »¹¹⁶⁴. Par ailleurs, les critères de la contrainte et du caractère obligatoire ont perdu de leur incontestabilité. Ainsi, N. Molfessis a pu écrire à ce sujet que « le critère de l'obligatorité, qui sous-tend l'approche normativiste, n'est pas apte à rendre compte des manifestations plurielles du juridique »¹¹⁶⁵. L'existence même de normes supplétives ou permissives tendent vers une limitation de l'assimilation de la règle de droit à l'obligatoire¹¹⁶⁶. Ainsi, la remise en cause du droit comme ordre de contrainte se justifie notamment par le fait que « pour les juristes qui ont fait leur la compréhension kelsénienne du droit comme un ordre de contrainte, il est possible de penser qu'en s'éloignant du registre du commandement, le droit *fait autre chose* que ce qu'on lui demande de faire. (...) »¹¹⁶⁷. De ce fait, il est possible de considérer qu'en « s'assouplissant, en devenant moins prescriptif, le droit *fait autrement* ce qu'on lui demande de faire. Que lui demande-t-on en effet ? Quelle est sa fonction ? Organiser la vie des hommes en société, *guider* l'action humaine »¹¹⁶⁸. Pour ce faire, le droit dispose de deux sortes de moyens : un moyen autoritaire constitué d'ordre et de contrainte, et caractérisé par sa relative irréversibilité, et un moyen souple fait de déclarations et de recommandations, indubitablement plus réversible puisqu'indicatif. Il sera toujours possible de revenir sur de simples recommandations. Le droit regroupe ainsi une « fonction de régulation sociale servie doublement par le droit dur qui régit et par un droit souple qui régule la vie des hommes en

¹¹⁶⁴ CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op.cit.*

¹¹⁶⁵ MOLFESSIS N., *La distinction du normatif et du non-normatif*, RTDCiv. 1999.729, p. 734.

¹¹⁶⁶ Cf. Notamment ORIANNE P., *Introduction au système juridique*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 42-44 : « le cas des règles supplétives constitue l'objection la plus répandue au caractère obligatoire de la norme juridique ». Cf. Egalement GROULIER C., *Normes permissives et droit public*, *op.cit.*

¹¹⁶⁷ THIBIERGES C., *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, *Préc.*, p. 599.

¹¹⁶⁸ *Ibidem.*

société »¹¹⁶⁹. Malgré l'absence de contrainte assortie à ces normes juridiques, il convient de ne pas sous-estimer leur « pouvoir » juridique. Ainsi, il s'avère que dans de nombreux domaines le droit souple, à l'instar parfois de la doctrine, soit à l'origine de la création du droit dur. C'est le cas notamment en droit de l'environnement dans lequel des Déclarations internationales, sans réel contenu normatif, ont postérieurement largement contribué à la mise en place de Traités ou de Conventions. De ce fait, cette réversibilité juridique liée à la croissance du droit souple reste à nuancer. En effet, il s'avère que même si en principe ces normes restent réversibles puisque non contraignantes, elles peuvent constituer un ensemble de règles sur lequel les Etats, le citoyen n'aient pas forcément envie de revenir.

624. Cette réflexion sur la réversibilité de principe attachée au droit souple pose les prémices de la question de la place de la contrainte dans l'irréversibilité juridique. En effet, dans une conception moderne du droit, le droit souple n'a quasiment pas d'existence, où en tout cas pas en tant que droit à proprement dit. De ce fait, la question de la contrainte dans l'irréversibilité juridique ne se pose pas, elle fait partie du tout que forme la règle de droit. Si irréversibilité juridique de la règle de droit il y a, contrainte il y a. Dans une conception post-moderne, dans laquelle le droit souple est de plus en plus reconnu, ou potentiellement reconnu, il s'avère que la réversibilité juridique est largement attachée à ces « règles de droit » puisqu'il sera possible de revenir sur leur contenu considérant qu'elles ne contiennent aucune prescription en soi. L'irréversibilité juridique, de par sa nature, interdit une remise en cause du droit proclamé. Ainsi, il serait possible de considérer que l'irréversibilité juridique dans une telle conception du droit, post-moderne, ait vocation à s'attacher au droit dur et soit assimilée à l'idée de contrainte en opposition à la réversibilité juridique assimilée quant à elle au droit souple.

625. Aux fins de justification de ce droit souple, W. Mac Lauchlan parle de la « fonction communicationnelle de la loi ». Il précise à ce sujet qu'un des éléments clés de cette fonction est « l'aspect d'enseigner, d'encourager, et de mener l'opinion publique. (...) Il faut reconnaître (...) que la loi est de plus en plus un instrument d'éducation et d'incitation »¹¹⁷⁰. Cette idée d'incitation éloigne le droit de sa caractéristique première, la contrainte. Le terme « communicationnel » nous vient du philosophe allemand Jürgen

¹¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹¹⁷⁰ MAC LACHLAN W., *La fonction communicationnelle de la loi, in L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques, op.cit.*, p. 365.

Habermas¹¹⁷¹ et signifie « vers le dialogue » et non plus vers la « domination légale ». Il est compréhensible que, dans une telle vision du droit où la matière juridique n'a plus uniquement pour vocation de contraindre, d'imposer, mais également de guider et de comprendre puisqu'il s'agit d'adaptation, la radicalité du phénomène juridique de l'irréversibilité ne corresponde pas réellement aux enjeux en présence. La question des critères du droit se pose. La doctrine a proposé de nombreux critères comme celui qui dissocie le normatif du coercitif. Cette proposition exclut de facto l'idée d'un droit souple puisqu'elle continue d'associer le droit à l'obligatoire. Un autre critère proposé est celui de la justiciabilité, qui déterminerait le caractère juridique d'une règle par la possibilité de fonder une prétention sur elle devant le juge, sachant que cela entraînerait une double justiciabilité, dure et souple, induite par le fait que le juge doive appliquer la règle ou puisse l'appliquer. Un critère encore plus ouvert de juridicité consiste à considérer le droit comme ce que la société s'accorde à traiter comme tel. Ces visions souples de la conception du droit tendent le plus souvent à plus de réversibilité puisque finalement l'irréversibilité juridique est synonyme de fixité, de dureté. Cette vision peut être nuancée par l'hypothèse des principes à faible densité juridique.

626. A-J. Arnaud rappelle que le réel est susceptible de connaissance, que de là naît l'idée que le droit est programmé et que le législateur, selon l'avancement des connaissances, adapte le droit. Ce déterminisme juridique induit l'idée optimiste que si les lois varient « ce ne peut être qu'une amélioration due au progrès des connaissances »¹¹⁷². Il peut être intéressant de soulever un paradoxe. Dans une conception moderne du droit, la permanence des règles de droit, irréversibilité juridique, peut se retrouver justifiée par un certain droit naturel qui imposerait des règles déjà existantes et inhérentes à la société humaine. De même, selon la conception post-moderne l'adaptabilité des règles de droit, et donc une certaine réversibilité juridique, serait justifiée par une programmation du droit, de fait déterminée, pour une amélioration toujours croissante de ce dernier. Chaque conception trouve ses fondements dans des lois que l'on pourrait considérer comme « supra-juridiques ». Il est certain que la question relative aux missions d'irréversibilité juridique se rapproche des interrogations philosophiques sur le droit.

¹¹⁷¹ Cf. Notamment HABERMAS J., *Théorie de l'agir communicationnel, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Editions Fayard, 1997. Cf. Egalement *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Editions Gallimard, 1997.

¹¹⁷² ARNAUD A-J., *Une science sociale pour la pratique juridique ?*, *Préc.*, p. 15.

627. La conception post-moderne, en opposition ou en réaction à la conception moderne du droit, recherche une meilleure adaptabilité du droit afin de le rendre plus applicable et plus adéquat. Cependant, à l'instar des conceptions classiques et modernes du droit, la conception post-moderne n'est pas exempte de critiques et cette dynamique de changement et d'adaptabilité juridique constante entraîne des conséquences néfastes pour le droit. C'est dans ce contexte que la mission d'irréversibilité juridique en tant qu'outil d'amélioration intervient.

B) La mission d'irréversibilité juridique en tant que facteur d'amélioration dans la conception post-moderne du droit

628. L'amélioration qu'est susceptible d'apporter au droit l'irréversibilité juridique réside essentiellement dans sa capacité de stabilisation. Ainsi, la mission d'irréversibilité du droit ne consiste plus à mettre en place des règles de droit à vocation « permanente » mais à créer des règles de droit stables afin d'encadrer un droit trop fluctuant et de garantir une sécurité juridique.

629. En effet, le principal écueil de la conception post-moderne du droit est la dilution de la norme juridique puisque son champ de création ainsi que sa sanction s'en trouvent élargis d'un point de vue tant formel que substantiel, formel puisqu'émanant d'organes internationaux, européens, nationaux, publics ou privés, substantiel en fonction de sa « texture » juridique, souple ou dure. A ce titre, à propos de l'inflation croissante des règles de droit, J. Carbonnier souligne qu'un changement profond dans la nature de la loi apparaît. En effet, « ce n'est plus la proclamation d'une règle générale et permanente, c'est un procédé de gouvernement ou de gestion, une sorte de service à réitérer et à réadapter sans répit »¹¹⁷³. Ces modifications risquent d'entraîner un affaiblissement général de la norme et comment dès lors envisager « un processus de démocratisation sociale par cet outil affaibli ? »¹¹⁷⁴. Une autre critique non négligeable qu'il convient de soulever est celle de la cohérence des normes issues de cette nouvelle régulation. En effet, la pluralité de créateurs de la règle de droit, qu'ils soient pluriels dans leurs échelons territoriaux ou dans leurs statuts, ainsi que la complexité des nouveaux domaines de droit, tel que l'environnement ou encore la médecine, entraînent une cohérence juridique plus réduite. De ce fait, « la

¹¹⁷³ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 110.

¹¹⁷⁴ MAISANI P., WIENER F., *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*, *Préc.*

prévisibilité de ces évolutions normatives est faible et les risques de crises importants »¹¹⁷⁵. C'est ici tout l'enjeu du principe d'intégration qui s'illustre principalement en matière d'environnement. M. Prieur rappelle que l'apport de l'article 6 de la Charte est « plus novateur en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre des politiques publiques qui non seulement doivent à l'avenir « promouvoir un développement durable » au titre du principe d'intégration, comme on l'a vu, mais pour ce faire doivent concilier les exigences économiques et sociales et celles de l'environnement »¹¹⁷⁶. Il souligne que « sous-jacente à cette conciliation des politiques, qui est de l'ordre de la stratégie de l'action publique, se profile une nécessaire conciliation juridique entre droits fondamentaux, puisque l'environnement est devenu un droit de même valeur que le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre »¹¹⁷⁷. Cette conciliation à travers le principe d'intégration peut permettre de limiter les incohérences dans la création des règles juridiques.

630. En prenant l'exemple des révisions constitutionnelles françaises, il est possible de se rendre compte de l'instabilité, relativement nouvelle, qui existe dans un domaine traditionnellement stable. Depuis 1958, la Constitution a fait l'objet de vingt-quatre révisions. En dehors de ces révisions affectant la stabilité de la Constitution, l'interprétation de la norme suprême par le Conseil constitutionnel est susceptible d'entraîner de l'instabilité. Ainsi, « l'enjeu de l'interprétation de toute norme que le juge constitutionnel peut être amené à donner, est (...) un élément de stabilité ou d'instabilité de l'ordre juridique – a fortiori dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne saurait être lié par ses propres précédents »¹¹⁷⁸.

631. A ces critiques répond l'avènement du principe de sécurité juridique. Le rapport du Conseil d'Etat de 2006 sur la sécurité juridique et la complexité du droit soulève des inquiétudes quant à l'affaiblissement de la règle de droit. Déjà dans son rapport de 1991 sur la sécurité juridique, le Conseil d'Etat écrivait : « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »¹¹⁷⁹. Ainsi, le Conseil d'Etat rappelle que « face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 456.

¹¹⁷⁶ PRIEUR M., *Vers un droit de l'environnement renouvelé*, Cahier du Conseil constitutionnel n°15, Dossier Constitution et environnement, janvier 2004. <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

¹¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹¹⁷⁸ NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République*, *Préc.*, p. 1599.

¹¹⁷⁹ CE. Rapport public, *De la sécurité juridique*, La Documentation Française, 1991.

laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne »¹¹⁸⁰. Pareillement, P. Roubier retient que des trois finalités du droit, sécurité juridique, justice et progrès social, c'est la sécurité juridique qui est essentielle, car « tout vaut mieux que l'anarchie ». En effet, dès lors que la sécurité juridique a disparu, « il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister »¹¹⁸¹.

632. Le droit est passé d'une conception moderne, trop rigide, contraignante et irréversible, à une conception plus souple, plus adaptive et réversible. Les inconvénients de la conception moderne ne sont certes pas les mêmes que ceux de la conception post-moderne. Cependant il s'avère que les deux visions ont autant de difficultés à mettre en place un droit satisfaisant. La mutabilité de la conception post-moderniste a permis la nécessaire prise en compte des changements de la société et a intégré une souplesse nécessaire aux bouleversements industriels, écologiques, scientifiques et économiques. Pourtant, ces mêmes souplesses et mutabilités ont distendu la norme juridique, ont complexifié le droit pour finalement créer une insécurité juridique croissante. Ainsi, le droit nécessite de l'irréversibilité juridique afin de garantir une certaine sécurité juridique. Il nécessite également de la réversibilité juridique afin de rester adapté à la mutabilité sociétale. J. Carbonnier tente d'expliquer la complexité du droit français : « par nature, le système juridique français de droit romain écrit, qui ne connaît pas de date limite pour la validité des textes, conduit à un empilement historique des textes. (...) Jusqu'à présent la codification permet de rationaliser en partie l'empilage des textes existants mais elle n'en réduit pas la complexité car elle s'est effectuée à droit constant, c'est-à-dire sans changement dans la substance de la loi ou de la réglementation »¹¹⁸². A ce titre, J. Carbonnier parle d'un « effet d'écrin » de la codification¹¹⁸³. Cette absence de changement traduit une certaine irréversibilité juridique, qui dans ce cas s'avère néfaste. D'autre part, il est incontestable qu'il existe une réelle instabilité des règles notamment présentes dans certains Codes, à l'instar du Code du travail qui subit des changements intempestifs de réglementation. En définitive, un des objectifs actuels du droit est de trouver le juste équilibre entre stabilité et mutabilité, entre irréversibilité et réversibilité. A-J. Arnaud écrit déjà en 1981 qu'il faut

¹¹⁸⁰ CE. Rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation Française, 2006.

¹¹⁸¹ ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Editions Sirey, 2^e édition, 1951, n° 36, p. 317.

¹¹⁸² CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 8. A ce sujet Cf. également OCDE Rapport, *Mieux légiférer en France*, 2010.

¹¹⁸³ *Ibidem*.

« repenser le droit toujours et partout, c'est-à-dire repenser toujours et partout la rationalité du système juridique imposé, abandonner ici celle des Lumières qui domine encore et sert de référent à l'humanisme chancelant, sans pour autant retourner vers des philosophies qui ont fait leur temps, ni faire le jeu stérile des positivistes »¹¹⁸⁴. C'est dans ce contexte que la mission d'irréversibilité juridique, en tant que facteur d'amélioration, intervient. L'irréversibilité juridique est recherchée et mise en place par le droit, non plus pour satisfaire une certaine vision rigide du droit, mais pour apporter une rigueur perdue et pallier une adaptabilité systématique et vectrice d'instabilité.

633. La question de la mise en place d'irréversibilités juridiques se pose. De quelle manière cet outil d'amélioration est-il susceptible d'intervenir ? Le Conseil d'Etat, dans son rapport relatif à la sécurité juridique, rappelle que « le désordre et l'instabilité du droit appellent une politique énergique visant à ralentir un emballement normatif préjudiciable aux citoyens, aux entreprises et à la crédibilité même de l'action politique »¹¹⁸⁵. Cette « politique énergique » passe nécessairement par un plus grand respect de la prévisibilité du droit, du respect des droits acquis et de la non-rétroactivité de la norme juridique, ou encore par le respect des principes européens comme celui de la confiance légitime. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel a limité les possibilités de validations législatives, intrinsèquement empreintes de réversibilité juridique¹¹⁸⁶. Comme il a été précisé, les Cours européennes participent à ce respect accru de la sécurité juridique. Ainsi, la Cour de Justice de l'Union européenne rappelle que le retrait des actes illégaux ne peut se faire que dans le respect de délais raisonnables¹¹⁸⁷. Elle précise également que la légalité de ce retrait doit être examinée en prenant en compte l'appréciation par l'institution dont émane l'acte, de la mesure dans laquelle le destinataire de l'acte a pu se fier à la légalité de celui-ci¹¹⁸⁸. Même s'il s'agit ici encore de réversibilité juridique, l'encadrement des procédures et les restrictions mises en place visent à limiter le recours à ces possibilités et de ce fait, à une plus grande stabilité du droit. Le Conseil d'Etat apporte dans son rapport certaines pistes de

¹¹⁸⁴ ARNAUD A.-J., *Crise contemporaine de nos sociétés, crise du droit et réflexion juridique*, Conférence prononcée le 23 novembre 1981 au Centre de philosophie du droit de l'Université del Zulia, Maracaibo, Vénézuéla, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/arnaud5.htm>

¹¹⁸⁵ CE. *Qualité des normes et sécurité juridique, un enjeu pour l'état de droit*, Rapport 2001.

¹¹⁸⁶ Cf. Notamment, CC. 24 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, Décision n° 85-192 DC, JO du 26 juillet, p. 8510, « L'intérêt général et les « exigences du service public » constituent des limites à ces validations législatives.

¹¹⁸⁷ Pour une consécration en droit français Cf. CE. *Ternon*, 26 octobre 2001, Rec. p. 497, AJDA, 2001, p. 1034, Chronique GUYOMAR et COLLIN P.

¹¹⁸⁸ CJUE. 26 février 1987, *Consortio cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, Aff. 15/85, Rec. p. 1005.

réflexion afin de limiter l'insécurité juridique du droit français actuel. Par exemple, en matière d'adoption de nouvelles lois, il convient d'étudier la nécessité ainsi que l'impact potentiel des nouvelles prescriptions prévues. Des efforts dans ce domaine ont été faits puisque depuis une loi du 15 avril 2009¹¹⁸⁹, les projets de lois sont soumis à une étude d'impact. En fin de compte, il s'agit de réfléchir en amont à l'opportunité d'un changement de réglementation par le biais de procédures d'évaluation. Les critiques à l'encontre de la conception post-moderne du droit ont poussé certains auteurs vers une conception post-post-moderniste du droit. Ce droit « en gestation », « devrait être plus imaginatif que le précédent »¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁹ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 *relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, JO n°0089 du 16 avril 2009, p. 6528. Modifiée par la loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010.

¹¹⁹⁰ MORAND-DEVILLER J., *Pour une théorie micropolitique du droit*, LPA, 5 août 2005, n° 155, p. 5.

CONCLUSION CHAPITRE II

634. Il semble que la stabilisation recherchée du droit se fasse davantage par le biais de la réduction des situations de réversibilité juridique que par une mise en place explicite d'irréversibilité juridique. Cependant, il est incontestable que réduire les réversibilités juridiques entraîne nécessairement un droit plus stable et potentiellement irréversible. Pour être plus exact, moins de réversibilité juridique conduit à un certain *statu quo* qui n'a pas vocation à remettre en cause les situations juridiques antérieures mais à orienter l'application de la réglementation au minimum vers le futur. L'irréversibilité juridique, dans sa conception relative, induit bien une non-remise en cause du passé juridique.

635. Voir dans l'irréversibilité un outil du droit, et en allant plus loin, une mission du droit, peut donner l'impression d'attribuer à ce phénomène une place qu'il ne mérite pas ou en tout cas quelque peu exagérée. En réalité, si l'on veut bien s'attarder sur l'irréversibilité, il est possible de se rendre compte à quel point elle est importante et présente dans le déroulement du droit. La multiplication des écrits et des réflexions juridiques sur l'accélération du temps, les dyschronies de plus en plus fréquentes, illustrent cette recherche du « temps juste » du droit. Notre droit souffre dans sa temporalité. L'irréversibilité est à la fois le remède et le poison. Au juriste de trouver le compromis dans son application.

CONCLUSION TITRE I

636. Le fait que le droit se soit saisi du temps pour l'intégrer dans son fonctionnement est la première preuve de l'existence de l'irréversibilité dans le domaine juridique, étant donné les liens indissociables entre temps et phénomène irréversible. Le droit, en tant que construction humaine ne peut s'exclure du temps même s'il tente parfois de le faire plier à ses exigences. Malgré tout, ce premier constat ne signifie pas que l'irréversibilité soit formalisée en droit. Il est ainsi possible de contester juridiquement la réalité de l'irréversibilité juridique. Il pourrait s'agir uniquement d'un phénomène extérieur mais dont le droit subit les conséquences sans pour autant l'intégrer dans sa construction ou dans ses prescriptions. Cependant, en étudiant la place potentielle de l'irréversibilité dans la matière juridique, il s'avère que, grâce notamment à un discours performatif, outil permettant la simplification du phénomène, des fondements juridiques existent à la reconnaissance d'une irréversibilité juridique. Le principe de sécurité juridique, le principe de non-rétroactivité, la théorie des droits acquis et l'application immédiate de la loi prescrivent de l'irréversibilité juridique. Il ne s'agit pas de principes accessoires ou peu usités mais bel et bien de principes fondamentaux pour le droit français et le droit européen. Ce caractère primordial des fondements de l'irréversibilité juridique apporte une valeur juridique non négligeable à l'irréversibilité. A l'instar de l'irréversibilité, objet du droit, ce phénomène conserve une certaine radicalité. Lorsqu'elle est objet du droit, et plus spécifiquement environnemental, elle induit une négativité qui ne transparaît pas en tant que telle dans l'irréversibilité juridique. Cette réalité de l'irréversibilité juridique, notamment avec l'avènement du principe de sécurité juridique, ne démontre pas forcément un immobilisme juridique néfaste pour le droit. Néanmoins cette radicalité, qui caractérise l'irréversibilité juridique est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques non négligeables et notamment en ce qui concerne les droits des individus. Il semble que l'irréversibilité juridique doive être utilisée avec prudence. Il ne s'agit pas de créer un droit immuable, archaïque, non adapté à l'évolution de la société, et qui ne répondrait pas aux exigences nouvelles de cette dernière. Toutefois, un droit en mouvement perpétuel, avec des remises en causes permanentes du droit antérieur sous couvert d'adaptabilité, n'apporterait pas plus de satisfaction.

637. C'est cet équilibre entre immobilisme juridique et adaptabilité juridique qu'il convient de rechercher, notamment par le biais de l'irréversibilité et de la réversibilité juridiques.

Cette réalité juridique que représente l'irréversibilité est susceptible de se manifester de manière globale si l'on se place dans le cadre d'une réflexion théorique. Dans une étude plus concrète de l'irréversibilité juridique il convient d'en étudier les manifestations. Si les fondements et les fonctions de l'irréversibilité juridique peuvent être déduits juridiquement, qu'en est-il des manifestations d'une irréversibilité juridique à proprement parler ? Il s'agit ici de déterminer la place de l'irréversibilité juridique dans le droit.

TITRE II - Les manifestations de l'irréversibilité juridique

638. Appréhender l'irréversibilité en tant que réalité juridique permet de considérer les préalables juridiques nécessaires et les fondements de l'irréversibilité juridique ainsi que les fonctions générales d'un tel outil. Cette reconnaissance globale de l'existence d'une potentielle irréversibilité juridique nécessite d'être affinée notamment par l'étude des figures de l'irréversibilité juridique. Le terme « figure » d'irréversibilité convient d'être entendu comme une représentation, une forme qui traduit le phénomène d'irréversibilité. Ainsi, examiner les « figures de l'irréversibilité juridique »¹¹⁹¹ revient à comprendre les différentes manifestations de l'irréversibilité juridique. Il semble nécessaire de préciser l'acception différenciée qui doit être faite des termes « manifestation » et « figure ». L'expression « manifestation d'irréversibilité juridique » concernera l'ensemble des « figures d'irréversibilité juridique », les figures se rapportant à des manifestations précises de l'irréversibilité juridique.

639. Dans une optique de compréhension globale, il convient d'étudier deux catégories principales de manifestations d'irréversibilité juridique. La première catégorie, générale, concerne les figures d'irréversibilité juridique dites « traditionnelles », c'est-à-dire celles qui sont inhérentes à une conception ordinaire du droit. Ces figures d'irréversibilités juridiques, bien que rarement énoncées en tant que telles, sont familières au droit (Chapitre I).

640. Parallèlement à ces figures traditionnelles d'irréversibilité juridique, il est possible de retenir une seconde catégorie d'irréversibilité juridique. Cet ensemble d'irréversibilités juridiques que l'on pourrait qualifier de « nouvelles » est celui qui est formé par les irréversibilités juridiques environnementales. Elles ont pour objectif la protection et l'amélioration de l'environnement et par là-même la prévention et la réduction des irréversibilités factuelles environnementales. L'étude spécifique de cette catégorie d'irréversibilité juridique se justifie, notamment, par la demande doctrinale, de plus en plus fréquente, de recours à ce type de mécanisme en droit de l'environnement (Chapitre II).

¹¹⁹¹ Cette formule est une adaptation juridique de celle utilisée par Messieurs BOYER R., CHAVANCE B., et GODARD O. qui ont titré leur ouvrage *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'école des hautes études en sciences sociales de Paris, 1991.

CHAPITRE I - Les manifestations traditionnelles de l'irréversibilité juridique

641. L'étude des manifestations traditionnelles de l'irréversibilité juridique privilégie une appréhension plus concrète de cette dernière en identifiant spécifiquement l'irréversibilité contenue dans la règle de droit. La règle est ici identifiée et étudiée en ce qu'elle est une illustration d'irréversibilité juridique. Les manifestations juridiques de l'irréversibilité se traduisent tout d'abord par des figures consacrant positivement le processus d'irréversibilité et sa caractéristique de non-retour. Il semble nécessaire également d'étudier les manifestations qui neutralisent le phénomène d'irréversibilité et consacrent des réversibilités juridiques.

642. Il conviendra donc d'analyser les manifestations positives de l'irréversibilité juridique (Section I) avant d'en déterminer les manifestations négatives (Section II).

Section I. Les manifestations positives de l'irréversibilité juridique

643. Les manifestations de l'irréversibilité juridique sont celles qui traduisent l'obligation d'irréversibilité juridique et qui induisent de ce fait un état irrévocable du droit, sur lequel dans l'absolu il n'est pas possible de revenir. Il ne s'agit pas ici de donner une liste exhaustive des manifestations de l'irréversibilité juridique et de créer ainsi un catalogue, mais plutôt d'essayer d'en déterminer les figures principales ainsi que les domaines dans lesquels elles ont vocation à se manifester. Il convient de préciser que dans une telle démarche, l'irrévocabilité juridique sera considérée comme une manifestation de l'irréversibilité juridique. En effet, l'irréversibilité étant un processus, et l'irrévocabilité le terme de ce même processus, les deux phénomènes restent intimement liés. En outre, les figures d'irréversibilité juridiques existent aussi bien en droit privé qu'en droit public. Une approche de ces figures en droit public uniquement s'avérerait trop restrictive d'autant plus que le droit privé s'est montré précurseur en matière d'effets irréversibles ou réversibles du droit¹¹⁹².

¹¹⁹² C'est le cas notamment des revirements de jurisprudence (Cf. *Infra*) ou de la théorie des droits acquis (Cf. *Supra*).

644. Deux catégories principales de figures juridiques consacrant l'irréversibilité peuvent être retenues. Premièrement, les mécanismes d'irréversibilité attachés à l'exercice des droits (§1) et deuxièmement, les mécanismes d'irréversibilité processuels (§2).

§1. Les figures d'irréversibilités juridiques attachées à l'exercice des droits

645. Par exercice des droits, il convient de comprendre la possibilité pour les citoyens de faire valoir leurs droits lorsqu'ils considèrent que ces derniers n'ont pas été respectés. Dans un domaine juridique aussi sensible, l'irréversibilité juridique, par sa radicalité, tient inévitablement une place singulière. De quelle manière est-il possible de reconnaître l'existence d'irréversibilités juridiques dans un domaine où il n'existe pas de « droits acquis au maintien des textes réglementaires, ni au maintien des lois »¹¹⁹³ ?

646. Les figures d'irréversibilités dans le cadre de l'exercice des droits s'illustrent principalement de deux manières : en vue de la conservation des droits et des devoirs (A) et en vue de l'irrévocabilité du non-exercice de ces mêmes droits et devoirs (B).

A) Les figures d'irréversibilités juridiques en vue de la conservation des droits et l'imposition des devoirs

647. L'irréversibilité juridique dans le cadre de la conservation des droits et des devoirs se manifeste à travers différentes notions significatives et qui se rejoignent dans leurs buts. Tout d'abord, il est possible de retenir l'exemple des « clauses d'éternité constitutionnelles » comme manifestation d'irréversibilité juridique en vue de la conservation des droits et devoirs (1). La notion de standstill (2), l'effet cliquet et l'effet artichaut (3) s'inscrivent dans la même logique de conservation des droits, respectivement en droit européen et en droit français.

1) Les clauses d'éternité constitutionnelles

648. A propos d'éternité, M. Weber explicite le désir d'éternité de l'homme. Il rappelle que « le désir d'éternité anime l'homme. (...) Il distingue l'homme de l'animal. L'animal

¹¹⁹³ PRIEUR M., *Acto de investidura del grado de doctor honoris causa*, Editions Presses Universitaires de Zaragoza, 2010, p. 124.

poursuit son besoin de pérenniser l'espèce. L'homme a besoin de pérenniser son être »¹¹⁹⁴. Il précise à ce titre que ce désir d'éternité peut engendrer de nombreux problèmes. Ainsi, « et si dans son désir d'éternité l'homme venait à en oublier le présent ? Si le mystique dépassait la pratique ? Si l'éternel venait à primer sur l'immédiat ? (...) ».

649. Concernant les Constitutions, il existe ce qu'il est possible d'appeler les « clauses d'éternité » ou « clauses d'intangibilité constitutionnelles ». Ces clauses visent à rendre impossible toute révision constitutionnelle sur des points spécifiques. Ainsi, la Constitution brésilienne de 1988 prévoit que les droits et garanties individuels sont exclus d'une potentielle révision¹¹⁹⁵. Pareillement, la Loi Fondamentale allemande contient une clause d'éternité, appelée « Ewigkeitsklausel » par la doctrine allemande. Dans son article 19-2, elle prévoit que le « contenu essentiel des droits fondamentaux » fait partie des domaines intangibles garantis par l'article 79-3 de la loi fondamentale de 1949 relatif aux modifications. Cet article énonce que toute modification de la « Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Les articles 1 et 20 concernent les « droits fondamentaux », les « fondements de l'ordre étatique, du droit de résistance » et les « fondements naturels de la vie »¹¹⁹⁶, l'environnement faisant partie de ces « fondements naturels ». De même, la Constitution tchèque de 1992 prévoit quant à elle dans son article 9 alinéa 2 que « la révision des caractères essentiels de l'État de droit démocratique est inadmissible »¹¹⁹⁷. La Constitution française quant à elle se limite à travers l'article 89 à interdire la remise en cause de la forme républicaine du gouvernement. Cette même interdiction se retrouve dans la Constitution italienne de 1947 dans son article 139 (« La forme républicaine ne peut être l'objet d'une révision constitutionnelle »)¹¹⁹⁸. Cette « clause d'éternité » présente dans la Constitution française est relativement ancienne puisque cette volonté de « fixer » la forme républicaine de la France date de la révision constitutionnelle de 1884. La formule avait été alors insérée dans l'article 8 de la loi constitutionnelle de 1875.

¹¹⁹⁴ WEBER M., *Désir d'éternité, nécessité de subsides ou la réserve administrative*, LPA, 24 avril 1996, n°50, p. 65.

¹¹⁹⁵ Article 60 § 4-IV.

¹¹⁹⁶ Pour le texte complet de la Constitution Cf.

http://www.bundesregierung.de/Content/FR/_Anlagen/loi-fondamentale.property=publicationFile.pdf

¹¹⁹⁷ Pour le texte complet de la Constitution Cf. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/cz1992.htm>

¹¹⁹⁸ Pour le texte complet de la Constitution Cf. http://fr.camera.it/cost_reg_funz/345/863/indice.asp

650. La doctrine a proposé des critères permettant d'identifier les clauses d'éternité ou d'intangibilité. Premièrement, il est possible de retenir l'existence d'un critère matériel. Ainsi, « c'est en fonction de l'importance de la norme que l'on détermine son intangibilité, ou plutôt sa protection face au pouvoir constituant dérivé »¹¹⁹⁹. On retrouve ici la distinction norme primaire/norme secondaire en ce qui concerne la présence d'irréversibilité juridique au sein des règles de droit. M. Vonsy rappelle la théorie de C. Schmitt qui distingue dans le concept de Constitution deux sous-notions. La première notion, la Constitution à proprement dite, ou acte constituant, « détermine par une décision unique la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence »¹²⁰⁰. Il précise que « par son contenu et sa portée, la Constitution représente toujours quelque chose de plus élevé et de plus englobant que n'importe quelle loi particulière. Le contenu de la Constitution (n'est) pas d'une nature spéciale et extraordinaire parce que sa révision était plus difficile, c'est au contraire à cause de son importance fondamentale qu'il (le contenu) devait obtenir la garantie de la durée »¹²⁰¹. La deuxième notion est caractérisée par les lois constitutionnelles qui représentent un ensemble relatif aux pouvoirs publics ou autres domaines. Ces lois n'acquièrent la qualité de normes constitutionnelles que parce qu'elles se retrouvent inscrites dans la Constitution. La difficulté inhérente à ce critère matériel est bien entendu la distinction qui doit être opérée entre les deux catégories de normes. Un critère formel peut être adjoint au critère matériel afin de préciser la détermination des clauses d'éternité. L'intangibilité d'une norme peut être reconnue par le fait qu'une autre norme prévoit cette même intangibilité. C'est le cas de l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française. Il semblerait pour être tout à fait juste qu'il faille adjoindre à l'article 89 alinéa 5, les termes de l'article 1 de la Constitution qui énonce que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Ces quatre principes définissent la République française et constituent « l'identité constitutionnelle » française¹²⁰².

651. Dans une optique d'appréhension du fonctionnement des clauses d'éternité constitutionnelles, H. Rabault parle du « double degré de constitutionnalité » de ces clauses.

¹¹⁹⁹ VONSY M., *Le parlement constituant n'est pas souverain*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 juillet 0501 n° 3, p. 793.

¹²⁰⁰ *Ibidem*.

¹²⁰¹ SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, traduction par L. Deroche, Editions Léviathan, Editions PUF, Paris, 1993, p. 152, cité par VONSY M., *Le parlement constituant n'est pas souverain*, *op.cit.*

¹²⁰² Cf. VONSY M., *Le parlement constituant n'est pas souverain*, *Ibid.*, « C'est cette structure fondamentale de l'État, cette identité constitutionnelle propre à la France, que le constituant originaire a entendu protéger en la plaçant à l'abri de l'action du pouvoir constituant dérivé ».

Tout d'abord, elles jouent un rôle dans le cadre d'une révision constitutionnelle. En effet, « elle pose le juge constitutionnel comme autorité susceptible de garantir l'intangibilité de certains aspects constitutionnels »¹²⁰³. Ensuite, au point de vue historique, la clause d'éternité s'explique de manière plus concrète. « Il s'agit, au moment d'un changement radical d'orientation politique, de bloquer tout retour en arrière »¹²⁰⁴. H. Rabault explique que c'est pour cette raison que ce type de disposition est souvent contenu dans les constitutions des systèmes politiques ayant connu l'expérience traumatisante du totalitarisme¹²⁰⁵.

652. Cependant, comme le rappelle M. Prieur il « n'y a pas de droit immuable ou éternel »¹²⁰⁶. Pareillement, H. Rabault souligne que rien ne peut empêcher la suppression de fait d'un texte constitutionnel au plan politique. Il précise qu'« aucune Constitution, aucun système politique, ne peut prétendre à l'éternité. La clause d'éternité n'a qu'un sens fonctionnel »¹²⁰⁷. Ainsi, « pas plus que les Constitutions des autres grands pays démocratiques, la Constitution française ne devrait être perçue comme un texte à la signification immuable : elle peut être lue à la lumière de la théorie contemporaine de l'Etat de droit »¹²⁰⁸. Il est possible au sein de la Constitution française d'envisager une révision de l'alinéa 5 de l'article 89. H. Rabault explique qu'il conviendrait d'agir en deux temps. Une première révision supprimerait ou modifierait l'alinéa 5 de l'article 89¹²⁰⁹, et une deuxième révision changerait la forme du gouvernement. Finalement, il semble que la clause d'éternité revête davantage un caractère moral et politique que juridique. A propos de la révision de 1884, J. Barthélémy et P. Duez retiennent qu'« il est évident que toutes ces dispositions ne constituent que de simples vœux, sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants et pour les générations futures »¹²¹⁰. Malgré cela, ils admettent que « cette déclaration eut en France, en 1884, une portée politique significative : jusque-là, la République était discutée (...) ; la révision de 1884 est la déclaration que la France

¹²⁰³ RABAULT H., *La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle*, LPA, 30 août 2004, n°173, p. 3.

¹²⁰⁴ *Ibidem.*

¹²⁰⁵ RABAULT H., *Ibidem.*, Pour la France, le régime de Vichy en est un exemple.

¹²⁰⁶ PRIEUR M., *Acto de investidura del grado de doctor honoris causa*, *Préc.*, p. 124.

¹²⁰⁷ *Ibidem.*

¹²⁰⁸ *Ibidem.*

¹²⁰⁹ « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

¹²¹⁰ BARTHELEMY J., DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, Editions Economica, Paris, 1993, p. 231.

renonce à la monarchie, et que la République s'installe comme régime définitif du pays »¹²¹¹.

653. Il convient néanmoins de nuancer la relativité des clauses d'éternité notamment en prenant l'exemple du Conseil constitutionnel français. Il s'avère que les juges suprêmes peuvent procéder à deux types d'interprétation de la Constitution en fonction desquelles la clause d'éternité de l'article 89 est plus ou moins considérée comme immuable. En effet, il est possible que les juges procèdent à l'interprétation de la Constitution de manière « historique », de manière « objective » ou « dynamique »¹²¹². L'interprétation historique revient à rechercher la volonté historique de l'auteur du texte juridique ou son sens d'origine. L'interprétation objective consiste quant à elle, à dégager le sens du texte conformément aux exigences contemporaines. Dans le cadre de cette deuxième méthode, il est incontestable que les textes ne peuvent être entendus comme immuables et que les potentielles clauses d'éternité contenues dans les Constitutions puissent voir leur immuabilité, et donc leur irréversibilité juridique, réduite. Ainsi, le premier type d'interprétation garantit une certaine irréversibilité juridique de la norme puisque son sens originel sera préservé, alors que la deuxième interprétation risque de mettre en place de la réversibilité juridique en induisant nécessairement des changements de signification en accord avec les mutations sociétales et juridiques.

654. Concernant plus spécifiquement la clause d'éternité de l'article 89, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la question des recours constitutionnels contre les lois de révision constitutionnelles. Dans une décision du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*¹²¹³, le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelles. Le juge constitutionnel avait été saisi par les parlementaires afin de savoir si la réforme constitutionnelle de décentralisation était conforme à l'alinéa 5 de l'article 89. C'est la première fois que le Conseil constitutionnel avait à se prononcer sur le contrôle de constitutionnalité d'une loi édictée par la procédure d'adoption des lois constitutionnelles de l'article 89. Les juges constitutionnels s'étaient déjà déclarés incompétents pour contrôler les lois référendaires en se fondant sur le fait que la

¹²¹¹ BARTHELEMY J., DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel, op.cit.*

¹²¹² RABAULT H., *Préc.*, p. 3.

¹²¹³ CC. 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, décision n° 2003-469 DC, JO du 29 mars 2003, p. 5570.

Constitution avait entendu viser dans son article 61, « uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté »¹²¹⁴. C'est dans une décision du 2 septembre 1992¹²¹⁵ qu'apparaît l'argument de la « clause d'éternité ». Les juges avaient alors considéré que « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie (...) et, d'autre part, du respect des prescriptions du 5^e alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision, le pouvoir constituant est souverain ». Ce refus de contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelles est critiquable. En effet, comme le souligne H. Rabault « la clause d'éternité n'est susceptible d'accéder à une portée juridique effective que si le juge constitutionnel accepte de s'en faire le garant. Le contrôle de conformité des lois de révision constitutionnelles à la clause d'éternité apparaît donc comme une composante du concept contemporain de l'Etat de droit »¹²¹⁶. Il est donc possible de considérer que par sa volonté de ne pas contrôler les lois de révision par rapport aux prescriptions de l'article 89, le juge constitutionnel prive d'une partie de sa normativité ladite clause. C'est à cause de ce paradoxe que les juges constitutionnels étrangers ont pu exercer ce contrôle, à l'instar de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui a accueilli la possibilité du contrôle des lois de révision constitutionnelles¹²¹⁷, ou encore de la Cour Constitutionnelle italienne¹²¹⁸. Il est

¹²¹⁴ CC. 6 novembre 1962, *Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, décision n°62-20 DC, JO du 7 novembre 1962, p. 10778.

¹²¹⁵ CC. 2 septembre 1992, *Maastricht II*, décision n° 92-312 DC, JO du 3 septembre 1992, p. 12095.

¹²¹⁶ RABAULT H., *Préc.*, p. 3.

¹²¹⁷ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1970, *Ecoutes téléphoniques*, BVerfGE, tome 30, pp. 1-33. Pour une analyse de l'arrêt Cf. FROMONT M., *Chronique*, RDP, 1971, p. 1419 et s.

¹²¹⁸ La Cour constitutionnelle italienne s'est déclarée compétente pour contrôler les lois de révision constitutionnelles par rapport à l'article 139 de la Constitution qui interdit la remise en cause de la forme républicaine du gouvernement identiquement à l'esprit de l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française. Ainsi, les juges constitutionnels italiens ont retenu dans une sentence n°1146/1988, que « la Constitution italienne contient certains principes suprêmes qui ne peuvent être bouleversés ou modifiés dans leur contenu essentiel ni par des lois de révision constitutionnelles, ni par d'autres lois constitutionnelles ». La Cour a ajouté que bénéficiaient ainsi d'une protection particulière « aussi bien les principes que la Constitution elle-même prévoit explicitement comme limites absolues au pouvoir de révision constitutionnelle, telle la forme républicaine (art. 139 Const.), que les principes qui, bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux qui ne peuvent pas être assujettis à la procédure de révision (...), appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne ». Ces principes qui ont été dégagés au fur et à mesure sont « l'unité de juridiction de l'État » (sentence n°30/1971), « le droit à la protection juridictionnelle » (sentence n°232/1989), « la laïcité de l'État » (sentence n°203/1989), « le principe démocratique » (sentence n°30/1971) et la « protection des droits inviolables de la personne humaine » (sentences n°183/1973, 170/1984, 232/1989). Il convient de

possible de considérer que le juge constitutionnel français ait lui aussi nuancé sa décision de 2003. Dans une décision du 27 juillet 2006 à propos de la loi relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information¹²¹⁹, le Conseil constitutionnel retient en effet que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Les liens juridiques entre Constitution française et réglementation européenne vont s'intensifier et s'entremêler. De ce fait, cette « identité constitutionnelle » de la France sera nécessairement amenée à évoluer. A propos du contrôle constitutionnel des transpositions de directives, le Conseil d'Etat dans son arrêt *Arcelor*¹²²⁰ du 8 février 2007 a été un peu plus loin. En effet, il retient « qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui (...) garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». Si tel est le cas, le juge administratif doit rechercher « si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ». Il peut alors soit écarter le moyen en l'absence de difficulté sérieuse ou saisir la Cour de justice Européenne d'une question préjudicielle. Dans le cas où il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire « il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

655. Cette idée « d'identité constitutionnelle » ou plutôt de clause d'identité constitutionnelle¹²²¹ a un lien très étroit avec la clause d'éternité puisque « ces clauses

noter que la position de la Cour Constitutionnelle italienne est, contrairement au Conseil constitutionnel français, bien établie.

¹²¹⁹ CC. 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, n°2006-540 DC, JO du 3 août 2006, p. 11541. Décision confirmée par la décision n°2006-543 du 30 novembre 2006, *sur la loi relative au secteur de l'énergie*, JO du 8 décembre 2006, p. 18544.

¹²²⁰ CE. Ass. 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 ; Cf. Notamment DEUMIER P., Note sous CE, D. 2007, p. 2742-2748 ; VERPEAUX M., Note sous CE, D. 2007, p. 2272-2277 ; PLESSIX B., Note sous CE, RJEP 2007, p. 298-305 ; ROUX J., Observations sous CE, RDP 2007, p. 1031-1071 ; LEVADE A, Observations sous CE, RFDA 2007, p. 564-577.

¹²²¹ Les clauses d'identités nationales sont contenues dans les articles 6 alinéa 3 du TUE : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes de la démocratie » ; et dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe dans son article I. 5 : « L'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité intérieure ». M. Mazaud définit l'identité constitutionnelle comme « ce qui est expressément inscrit dans nos textes

d'éternité sont l'expression du noyau dur constitutionnel »¹²²². Cette conception nuancée s'apparente à celle de l'effet utile en droit communautaire. Ainsi, la clause d'éternité est susceptible d'être considérée historiquement comme une réelle figure d'irréversibilité juridique. Lors de la création de la Constitution française, la volonté des constituants était de garantir l'intangibilité de cette dernière. Avec l'évolution des sociétés et du droit, la clause d'éternité voit son caractère immuable ébranlé, parfois nécessairement, et perd de facto de son irréversibilité juridique. L'exemple des clauses d'éternité rejoint la problématique inhérente au phénomène d'irréversibilité juridique qui est celui de l'équilibre entre stabilité et adaptation. Dans un domaine, norme primaire, où l'irréversibilité juridique a vocation à être plus présente, la mutabilité des normes juridiques apparaît cependant comme incontournable.

656. Il semble intéressant de soulever l'existence d'un dérivé de ces clauses d'éternité : la notion de noyau intangible d'un droit¹²²³. L'intangibilité juridique représente une figure d'irréversibilité juridique. La détermination de « dérivé » est justifiée par le fait que les droits concernés sont principalement des droits fondamentaux présents dans les Constitutions et qui ont vocation à être protégés des changements juridiques. A titre d'exemple, l'article 36 alinéa 4 de la Constitution Helvétique du 4 avril 1999 illustre la consécration d'un « noyau intangible » en énonçant que « l'essence des droits fondamentaux est inviolable ». P. Muzny explicite cette notion de noyau intangible. Il considère que « le noyau est au droit ce que le cœur est à l'homme ; y toucher, même à peine, emporte une destruction irrémédiable de l'entité toute entière »¹²²⁴. Plus précisément, « il existe (...) une part irréductible, essentielle de liberté à laquelle les pouvoirs publics ont l'interdiction absolue de porter atteinte »¹²²⁵. Ce noyau intangible représente « une sphère »

constitutionnels et qui nous est propre (...) ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle (...). Autrement dit : l'essentiel de la République », *Échanges de vœux à l'Élysée*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18, 2005, p. 8.

¹²²² PONTTHOREAU M-C., *Constitutions européennes et identités constitutionnelles nationales*, VIIe congrès mondial de l'AIDC, Athènes 11-15 juin 2007, Atelier 4.

¹²²³ Pour une étude complète Cf. NICAISE M., *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, droit privé, Université de Rennes I, 2000, Editions *Atelier National De Reproduction Des Thèses*, 2003.

¹²²⁴ MUZNY P., *Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH*, *Revue du droit politique en France et à l'étranger*, 20 juin 2006, n°4, p. 977.

¹²²⁵ HOTTELIER M., *Le noyau intangible des libertés*, in *Le noyau intangible des droits de l'homme*, sous la direction de P. Meyer-Bisch, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1991, p. 70, cité par MUZNY P., *Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH*, *Préc.*, p. 977.

d'une importance telle que sa protection doit être absolue, supérieure à n'importe quel intérêt. La Cour Européenne des Droits de l'Homme retient cette notion de « substance » d'un droit auquel il convient de ne pas porter atteinte. Ainsi, les juges de Strasbourg ont pu décider que les limitations au droit d'accès à un tribunal par les autorités étatiques « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tel que son droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance »¹²²⁶. De plus ces limitations ne sont considérées comme compatibles avec l'article 6 §1 que si « elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹²²⁷. Cette double condition, non atteinte à la substance du droit et respect du principe de proportionnalité, tend parfois à une incertitude quant à la réelle place de cette notion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme¹²²⁸. Au même titre que les clauses d'éternité, la notion de « noyau dur » souffre de l'idéologie qu'elle sous-entend. Cette idéologie suppose que le « noyau intangible du droit subjectif refléterait (...) la part incompressible de liberté à laquelle le sujet pourrait faire appel quelles que fussent les circonstances d'espèce »¹²²⁹. Ainsi, cela sous-entend qu'il existe « quelque part dans l'espace juridique un substrat immuable constitutif de l'essence de la règle de droit, à la source duquel on pourrait puiser lorsque le désir s'en ferait sentir »¹²³⁰. Déterminer la notion de « noyau intangible » comme idéologie juridique, même s'il convient de nuancer cette détermination, s'explique notamment par le fait que ces droits subjectifs, porteurs du « noyau » ont été consacrés pour la plus grande partie après la seconde guerre mondiale. De ce fait, la notion d'intangibilité du noyau de ces droits se rapporte plus spécifiquement à l'idée de morale qu'à l'idée de droit. Une autre explication de cette relativité nécessaire de la notion réside dans l'application jurisprudentielle qui en est faite. A la manière de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le juge procède le plus souvent à une balance des intérêts en présence, intérêt général et impératif de la sauvegarde des droits fondamentaux, qui sont susceptibles d'entamer le noyau intangible. La doctrine va même jusqu'à se poser

¹²²⁶ Cf. Notamment CEDH. 24 juin 2004, *Freimann c/ Croatie*, req. n° 5266/02, § 26, « It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired ».

¹²²⁷ CEDH. 24 juin 2004, *Freimann c/ Croatie*, req. n° 5266/02, § 26 : « furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved ».

¹²²⁸ Pour une étude plus approfondie Cf. Notamment MUZNY P., *Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH*, Préc.

¹²²⁹ MUZNY P., *Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH*, Préc.

¹²³⁰ *Ibidem*.

la question de l'utilité et de la dangerosité de la notion de noyau intangible¹²³¹. Malgré ces critiques justifiées, cette volonté d'immuabilité illustre l'aspect subjectif attaché à l'irréversibilité juridique, celui de fixer un état juridique, soit dans le but d'une meilleure protection des individus et de leurs droits, soit dans celui d'un droit plus stable et de meilleure qualité.

657. Les clauses d'éternité, et d'une manière plus spécifique la notion de noyau intangible d'un droit, représentent des figures d'irréversibilité juridique certaines. Ces figures, parce que s'attachant notamment à des règles de droit primaires, ont vocation à être davantage empreintes d'irréversibilité juridique que les autres sans pour autant présenter un caractère irréversible absolu.

658. Outre ces clauses d'éternité constitutionnelle, la notion de standstill illustre également cette fixation du droit et/ou ce non-retour juridique.

2) *La notion de standstill*

659. Le mécanisme du standstill peut être défini comme un mécanisme juridique découlant des exigences du principe de sécurité juridique issu principalement du droit européen. Ce principe de standstill entraîne de l'irréversibilité dans le droit. A ce titre, le juge européen Casadevall rappelle en quoi consiste ce procédé juridique : « également connu sous le nom de mécanisme du cliquet, par l'effet duquel une roue dentée, une fois qu'elle a avancé d'un cran, ne peut plus revenir en arrière, ce principe de création surtout doctrinale, essentiellement appliqué aux acquis sociaux, entend interdire au législateur d'adopter des réglementations qui auraient pour effet d'abaisser un niveau de protection sociale déjà atteint »¹²³². I. Hachez donne une définition plus complète. Ainsi, « le principe de standstill interdit à l'Etat, en l'absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits (fondamentaux) depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s'impose à lui, ou de le diminuer de manière significative lorsque l'Etat fait usage de la marge de manœuvre que lui confère ce principe

¹²³¹ *Ibidem*.

¹²³² CEDH. Grande Chambre, 20 mars 2009, *Gorou*, Aff. N° 12686/03, Opinion en partie dissidente du juge Casadevall.

en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection »¹²³³. Par « marge de manœuvre » il convient de comprendre la possibilité offerte à l'Etat de modifier « latéralement » la protection, c'est-à-dire de changer les modalités de protection sans pour autant modifier le degré de cette dernière. Dans ce dernier cas, même si la protection est modifiée son degré ne l'est pas. A cette définition, I. Hachez adjoint l'énoncé des caractéristiques du principe de standstill qu'il est nécessaire de rappeler afin d'identifier l'irréversibilité juridique dont la clause est porteuse. Tout d'abord, l'obligation de standstill n'est jamais expressément consacrée, elle est en effet déduite de l'obligation positive à laquelle elle s'attache. En cela elle se rapproche de l'obligation négative d'irréversibilité nécessairement attachée elle aussi à une obligation. Ensuite, cette obligation contraint ses débiteurs en ce sens qu'elle interdit la diminution de la protection. C'est dans cette dimension que le principe de standstill constitue une irréversibilité juridique. La protection existante ne peut être remise en cause, tout du moins dans son degré. La non-modification de l'obligation d'irréversibilité n'est pas retenue ici de manière absolue puisqu'il est possible à l'Etat de mettre en place une protection aussi élevée dans son intensité mais différente dans ses modalités. La troisième caractéristique de l'obligation de standstill est qu'elle se cantonne aux droits fondamentaux mais s'étend également à tous ces derniers. Le lien que l'obligation de standstill entretient avec la temporalité juridique constitue sa quatrième caractéristique. I. Hachez précise à ce sujet que « la philosophie sous-jacente à l'obligation de standstill est en effet de placer les avancées réalisées à l'abri de changements intempestifs, dépourvus de justification »¹²³⁴. Dans l'idée de « changements intempestifs », c'est l'inquiétude que peut soulever la réversibilité juridique qui est présente. Les cinquième et sixième caractéristiques retenues sont le dynamisme attaché à cette obligation, car elle enregistre les progrès successifs dont font l'objet les droits fondamentaux, et sa relativité puisque les modifications sont possibles si elles sont justifiées et si elles respectent le principe de proportionnalité. A cet égard I. Hachez met en garde contre une irréversibilité absolue de l'acquis légitimée par le principe de standstill. Ainsi, elle souligne qu'« aussi bien en amont qu'en aval de l'intervention du législateur, la transformation de toute avancée en un irréversible acquis appelle (...) plus de réserves que d'encouragements. (...) Car de la même manière qu'il faut éviter de valoriser le changement pour le changement, l'acquis n'a pas de valeur en soi. Aussi serait-ce souscrire à la loi de la bipolarité des erreurs que de

¹²³³ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op.cit.*, p. 472.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 474.

sacrifier l'idéologie du changement au profit d'une idéologie de l'acquis »¹²³⁵. Cette réflexion témoigne de l'équilibre à rechercher entre irréversibilité et réversibilité afin de garantir un droit adapté. Pareillement à l'irréversibilité juridique qui ne peut et ne doit être absolue, le principe de standstill se doit d'être relatif dans le but de recueillir les bienfaits d'un tel principe sans en récolter les inconvénients¹²³⁶.

660. Le droit de l'Union Européenne a intégré ce principe. Dès lors, il se manifeste de différentes manières. Il peut s'exprimer à travers une obligation de standstill, ou d'un délai, ou encore d'une clause de standstill ou « clause de gel ». L'obligation de standstill se traduit notamment en matière d'adoption des directives communautaires. Ainsi, « l'adoption d'une directive entraînerait une obligation de standstill en ce sens que les Etats membres ne seraient plus en droit, au cours de la période de transposition, d'arrêter des mesures susceptibles d'accroître les disparités entre leurs règles nationales et les nouvelles règles communautaires »¹²³⁷. Il est possible de considérer que cette obligation trouve notamment son origine dans le principe de prééminence du droit¹²³⁸ et celui de coopération loyale¹²³⁹. Cette obligation est donc spécifiquement liée à la période de transposition d'une directive. Elle vise les dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat souhaité par la directive. Il est possible d'envisager « l'hypothèse d'une mesure nationale qui mette en péril l'application prochaine d'une directive de telle sorte que le juge national doive

¹²³⁵ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op.cit.*, p. 591.

¹²³⁶ I. Hachez prône cette conception d'un principe de standstill relatif. Elle rappelle ainsi que c'est donc « une nouvelle voie que trace le standstill relatif. Une voie qui se situe à la croisée de la sécurité juridique dont se réclame l'obligation de standstill et de la mutabilité de la norme revendiquée par ses détracteurs, entre la rigidité d'un standstill absolu et la flexibilité illimitée appelée par le marché, entre le droit moderne – avec ses attributs de systématisme, de généralité et de stabilité – et le droit post-moderne – monde d'incertitude, de relativisme et d'indétermination. Bref, une voie qui concilie le besoin de stabilité et le besoin de progrès ». La radicalité attachée au principe de standstill et à l'irréversibilité juridique est similaire. La relativité du principe de standstill proposée par I. Hachez permet de concilier stabilité et mutabilité du droit, équilibre nécessaire que l'on retrouve au cœur de la problématique de l'irréversibilité juridique. HACHEZ I., *Ibidem*.

¹²³⁷ CHAVRIER H., LEGAL H., BERGUES DE G., *Actualité du droit communautaire*, AJDA, 1998, p. 310.

¹²³⁸ Le principe de prééminence est présent en droit européen dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle », Rome, 4.XI.1950. Cf. Egalement un bilan du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à ce sujet, CM(2008)170 21 novembre 2008.

¹²³⁹ Principe repris à l'article 4 du Traité sur l'Union Européenne : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des Traités ». Cf. Egalement CJUE. 30 mars 1995, *Parlement c/ Conseil*, Aff. C65/93, Rec. 1995, p. I.643.

immédiatement procéder à l'annulation de cette mesure afin d'empêcher que l'irrémédiable ne se produise »¹²⁴⁰. Cette obligation de standstill a pour but de fixer, dès la période de transposition, les dispositions d'une directive et donc de ce fait de créer une irréversibilité juridique permettant une cohérence et une stabilité juridiques.

661. La notion de « délai de standstill » trouve une place particulière en matière de marché public et notamment de recours précontractuels. En effet, conformément au droit de l'Union Européenne¹²⁴¹, une fois la décision d'attribuer le marché adoptée, le contrat n'ayant pas encore été conclu, un délai de dix jours, dit « délai standstill » a été mis en place pour permettre qu'un recours puisse être formé sans que les effets du contrat n'aient commencé. Dans un arrêt en manquement *Commission contre Espagne* du 3 avril 2008¹²⁴², la CJUE pose le principe selon lequel la protection juridique complète qui doit être assurée avant la conclusion du contrat « exige de prévoir la possibilité, pour le soumissionnaire évincé, d'examiner en temps utile la question de la validité de la décision d'attribution (...) Il s'ensuit qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment, d'introduire une demande de mesure provisoire jusqu'à ladite conclusion »¹²⁴³. Ce délai permet, temporairement, de fixer l'état contractuel afin de permettre un respect des droits potentiellement bafoués. Cette irréversibilité juridique n'est évidemment que relative puisque temporaire.

662. Les clauses de standstill ou « clauses de gel », visant à fixer les situations existantes, sont susceptibles de se rapporter à tous les domaines du droit de l'Union Européenne. Ainsi, concernant les droits de douane à l'importation et à l'exportation, l'article 37 du TFUE (ancien article 31 du Traité CE) dispose que « les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'interdiction des droits de douane et des restrictions quantitatives entre

¹²⁴⁰ CHAVRIER H., LEGAL H., BERGUES DE G., *Actualité du droit communautaire, Préc.*, p. 310.

¹²⁴¹ Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, transposée par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JO du 8 mai 2009.

¹²⁴² CJUE. 3 avril 2008, *Commission c/Espagne*, Aff. C-444/06, Rec. p. I-2045

¹²⁴³ *Ibidem.*, point 39.

les États membres.». Cet article s'est vu reconnaître un effet direct dès 1963 avec l'arrêt *Van Gend en Loos* de la CJUE¹²⁴⁴.

663. L'obligation de standstill contenue dans son principe, dans ses clauses ou dans ses délais constitue de l'irréversibilité juridique. Au même titre, elle se voit potentiellement limitée sous couvert de justification. De plus, il convient de comprendre que l'obligation d'irréversibilité juridique du standstill ne concerne que le degré de protection et non la norme juridique concernée. En effet, puisqu'il est possible de modifier la norme de protection, donc la règle de droit mettant en place la protection, il s'agit en réalité de figer l'objectif mais non le contenant. Partant de là, la question se pose de l'évaluation de la protection, qui doit être équivalente. Cette possibilité offerte de modification latérale est susceptible d'entraîner des insécurités juridiques dommageables¹²⁴⁵. A ce sujet, I. Hachez rappelle que la jurisprudence belge « s'accorde à considérer que l'obligation de standstill ne confère pas un droit acquis à la norme venue concrétiser un droit fondamental, mais bien un droit au maintien d'un niveau de protection équivalent à celui antérieurement garanti par la norme en question »¹²⁴⁶. Par ailleurs, l'article 23 de la Constitution Belge proclamant notamment le « droit à la protection d'un environnement sain », ne consacre pas explicitement une obligation de standstill mais se déduit *a contrario*¹²⁴⁷. L'interdiction de reculer inhérente à l'obligation de standstill n'interdit pas le déplacement latéral. Ainsi, l'obligation d'irréversibilité contenue dans l'obligation de standstill ne concerne qu'une partie de celle-ci : la non-remise en cause de la protection qu'elle prescrit.

¹²⁴⁴ CJUE. 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1. Les clauses de standstill sont également présentes en matière de libre circulation des marchandises. L'article 31 du Traité CE constitue une clause de maintien en l'état ou standstill concernant les mesures restrictives à l'importation dans les pays membres. Il prévoit que « les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 (monopoles nationaux) ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'interdiction des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres (article 28 et 29) ». Nouvel article 37 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, C115/47, JOUE du 9 mai 2008.

¹²⁴⁵ Il convient de préciser que les insécurités juridiques peuvent s'avérer inévitables, notamment afin de ne pas tomber dans un totalitarisme juridique.

¹²⁴⁶ HACHEZ I., *op.cit.*, p. 367. Cf. Egalement p. 370 : « Si le pouvoir d'appréciation dont jouit *a priori* le législateur pour réaliser ou protéger un droit fondamental se réduit au gré de ses interventions, c'est uniquement dans le sens où il est désormais tenu de maintenir un niveau de protection équivalent. Il demeure par contre libre quant à la manière de la garantir ».

¹²⁴⁷ HACHEZ I., *Le principe de non-régression en droit de l'environnement : une irréversibilité relative ?*, in *La non-régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 501-522. Pour une étude plus approfondie Cf. BORN C-H., HAUMONT F., *Le principe de non-régression en droit de l'environnement : la situation Belge*, in *La non-régression en droit de l'environnement* Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 285-306.

664. Qu'elle se traduise par une obligation, un délai ou une clause, la notion de standstill a vocation à mettre en place de l'irréversibilité juridique puisqu'elle interdit un retour en arrière, de manière plus ou moins relative et notamment lorsqu'il s'agit de mesures temporaires. Cette notion est présente en droit français sous des appellations différentes : l'effet cliquet et l'effet artichaut.

3) *L'effet cliquet et l'effet artichaut*

665. L'« effet cliquet », expression due à G. Pépy¹²⁴⁸, est un mécanisme créé par le Conseil constitutionnel qui permet de garantir un niveau de protection minimum des droits et libertés constitutionnels. Ainsi, une loi nouvelle qui légiférerait à propos d'une de ces libertés ne pourrait supprimer les dispositions législatives de la loi antérieure pour les remplacer par des dispositions moins protectrices, sous peine d'être déclarées inconstitutionnelles. Les modifications ou suppressions ne peuvent donc intervenir que pour mettre en place une protection plus poussée du droit ou de la liberté constitutionnelle en question. Cet effet cliquet, traduction française du principe de standstill, représente la mise en place d'une irréversibilité juridique. En effet, la volonté des juges est bien de garantir une stabilité dans la protection des droits et libertés constitutionnels et d'empêcher une réversibilité juridique. Le mécanisme juridique de l'effet cliquet peut être rapproché des objectifs à valeur constitutionnelle. B. Jorion résume ainsi le lien existant entre l'effet cliquet et l'objectif à valeur constitutionnelle : « associée à la technique de l'effet cliquet, la technique de l'objectif permet d'éviter un retour en arrière. Si la stagnation est possible, seule la progression est concevable sur le long terme »¹²⁴⁹. Cet effet cliquet fait cependant débat et est depuis longtemps source de controverse¹²⁵⁰.

666. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'effet cliquet s'illustre particulièrement à travers les décisions des 10 et 11 octobre 1984¹²⁵¹ concernant la mise en

¹²⁴⁸ PÉPY G., *La réforme du régime juridique de la presse*, AJDA, 1986, p. 534.

¹²⁴⁹ JORION B., *La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle*, AJDA 1995, p. 455.

¹²⁵⁰ BOYER-CAPELLE C., *L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité*, AJDA 2011, p. 1718.

¹²⁵¹ CC. 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, décision n°84-181 DC, JO du 13 octobre 1984, p. 3200.

œuvre des principes de l'article 11 de la Déclaration de 1789¹²⁵² et de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel retient que : « le principe (article 11 DDHC) ainsi proclamé ne s'oppose point à ce que le législateur (...) édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ». Il précise cependant que « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ». Pareillement, dans une décision du 19 janvier 1995, les juges constitutionnels ont rappelé à propos du droit à un logement décent, « qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle (...) ». Que de ce fait « le législateur peut modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées, à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre »¹²⁵³. Il semble que cette règle de l' « effet cliquet » ne doive pas être considérée comme une règle volontaire et générale de « non-retour ». En effet, le Conseil constitutionnel a nuancé cette règle. Il a notamment rappelé « qu'il est à tout moment loisible au législateur (...) de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci (...); qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ». Il précise néanmoins que « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »¹²⁵⁴. L'irréversibilité juridique que constitue l'effet cliquet doit être de ce fait considérée comme relative. On retrouve ici la possibilité offerte par le principe de standstill de modifier le contenant. Il est possible de se poser la question d'une « dérive de constitutionnalisation de certaines lois qui deviendraient intouchables à raison de l'expression de règles constitutionnelles qu'elles contiennent »¹²⁵⁵. Ce caractère intouchable

¹²⁵² DDHC. Article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

¹²⁵³ CC. 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, décision n° 94-359 DC, JO du 21 janvier 1995, p. 1166.

¹²⁵⁴ CC. 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, décision n° 86-210 DC, Rec. CC, 1986, p. 110, JO du 30 juillet 1986, p. 9393.

¹²⁵⁵ JCL administratif, Fasc. 1414, Procédure du contrôle de constitutionnalité, 1999.

peut amener à un droit immuable non adapté à la société auquel il se rapporte. Toute la subtilité de l'effet cliquet réside dans la portée que l'on veut bien lui donner. Ainsi, comme le rappelle C. Boyer-Capelle, « assortir la mise en œuvre législative d'un droit ou d'une liberté de garanties équivalentes à celles qui s'appliquaient auparavant ne relève pas d'une obligation similaire à celle imposant au législateur de n'intervenir que pour renforcer le régime d'un droit ou d'une liberté »¹²⁵⁶. La jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel ne comprend que ce seul impératif de « garanties légales »¹²⁵⁷. L'existence de l'effet cliquet tel qu'il était compris à l'origine est donc aujourd'hui contestable. Cette obligation de garantie équivalente constitue en tout état de cause un seuil normalement irréversible. Il s'agit en réalité de l'effet « artichaut », expression du Doyen Favoreu, reprise notamment dans le rapport de l'Assemblée Générale sur la Charte de l'environnement¹²⁵⁸. Cet effet représente l'évolution de l'effet cliquet. Aujourd'hui le législateur peut donc adopter des modalités nouvelles pour la réalisation et la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle. Le rapport de l'Assemblée Générale sur la Charte de l'environnement prédit que « les nouvelles exigences en matière d'environnement bénéficieront, non d'un effet-cliquet, mais de cette protection : ils ne pourront plus être privés de toute garantie légale ». Il est possible que le juge constitutionnel en décide autrement et qu'au vu des enjeux environnementaux un retour à l'effet cliquet, plus contraignant et plus volontariste, soit mis en place.

667. Le droit de l'environnement pourrait donc être l'instigateur d'un effet cliquet renouvelé. L'intégration de la Charte de l'environnement dans le préambule de la Constitution représente un minimum juridique qui ne pourra être revu à la baisse. G. Drago rappelle que les dispositions de la Charte « constituent un socle de garanties en dessous duquel le législateur ne peut descendre »¹²⁵⁹. A ce titre, il convient de noter que l'insertion de la Charte en 2005 constitue la seule révision qui ait été faite du préambule de la Constitution. Cependant, l'insertion de ces droits et libertés environnementaux n'exclut pas

¹²⁵⁶ BOYER-CAPELLE C., *Préc.*, p. 1718.

¹²⁵⁷ Cf. Notamment CC. 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, décision n°2010-605 DC, JO du 13 mai 2010, p. 8897 ; CC. 29 décembre 2009, *Loi de finance pour 2010*, décision n°2009-599 DC, JO du 31 décembre 2009, p. 22995.

¹²⁵⁸ Rapport de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, 19 mai 2004.

<http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1595.asp>

¹²⁵⁹ DRAGO G., *Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement*, AJDA 2004, p. 133.

la nécessaire conciliation qui devra être faite avec les droits déjà reconnus par la Constitution et les préoccupations d'ordre public. Comme le soulignent avec justesse B. Nabli et G. Sutter, il s'agit là de la « contrepartie de l'élargissement de l'éventail des droits et libertés constitutionnels »¹²⁶⁰. Ainsi, comme l'obligation d'irréversibilité contenue dans l'obligation de standstill, celle contenue dans l'effet cliquet ne peut être absolue.

668. La théorie des « acquis sociaux » peut-elle être considérée, elle aussi comme un seuil irréversible de protection des droits, même si l'expression n'est pas utilisée en tant que telle par les tribunaux compétents ? Ces acquis sociaux peuvent être définis comme « les avantages que les salariés ont déjà obtenus, depuis longtemps ou depuis peu, au-delà des droits qu'ils tiennent de la loi »¹²⁶¹. En dehors d'une application à la lettre de l'article 2 du Code civil, il s'agit de reconnaître que « tout avantage acquis dans une loi ou une convention doit au minimum être réitéré dans les lois et conventions postérieures »¹²⁶². Comme le souligne J. Carbonnier « l'effet de cliquet anti-retour inhérent aux acquis sociaux est passé à l'état de dogme. C'est un rôle considérable de résistance au changement du droit »¹²⁶³. Il existe cependant une brèche à cet effet cliquet des acquis sociaux. La loi du 31 décembre 1995¹²⁶⁴ introduit la possibilité de révision *in pejus* (pour le pire) en permettant la mise en place d'avenants pouvant réduire ou supprimer des avantages inclus dans les conventions collectives. Ces avenants peuvent cependant faire l'objet d'un droit à opposition des organisations syndicales.

669. Ainsi, les effets cliquet et artichaut et le principe de standstill permettent une fixité de l'état de droit assurant l'exercice des droits et devoirs des citoyens et/ou des Etats. Cette fixité traduit de l'irréversibilité juridique, presque toujours empreinte de relativité. D'autres cas plus particuliers peuvent être retenus, mais la présente étude n'a pas vocation à être exhaustive. Un cas cependant peut être soulevé en ce qu'il montre les difficultés engendrées par l'irréversibilité. Il s'agit de la présomption irréfragable. A-B. Caire note que « quoique toujours conjecturale et hypothétique, la vérité obtenue grâce à une présomption

¹²⁶⁰ NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République, Préc.*, p. 1599.

¹²⁶¹ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République, op.cit.*, p. 163.

¹²⁶² *Ibidem.*

¹²⁶³ *Ibidem.*

¹²⁶⁴ *Ibidem.*

irréfragable perd son caractère temporaire pour devenir irrévocable »¹²⁶⁵. Ainsi, l'idée même d'irréfragable serait « contre-nature dans la mesure où elle accorde artificiellement un statut définitif à une vérité par essence provisoire »¹²⁶⁶. De ce fait, « entravant la preuve et la manifestation de la vérité dont elle se voulait initialement le vecteur, la présomption irréfragable serait par trop rigide ». Elle ajoute qu' « aux confins de la fiction, elle correspondrait à une véritable « dénaturation » du mécanisme originel. Par définition, la présomption ne procure pas de certitude ; elle devrait donc logiquement pouvoir être désavouée si elle n'est pas en adéquation avec la réalité »¹²⁶⁷. Cette explication de la présomption irréfragable résume parfaitement les travers possible de l'irréversibilité juridique : rigidité et inadaptation.

670. Outre les figures d'irréversibilité juridique garantissant l'exercice des droits et devoirs, certaines figures assurent à l'inverse le non-exercice des droits.

B) Les figures d'irréversibilités juridiques en vue de l'irrévocabilité du non-exercice des droits

671. Ces manifestations d'irréversibilité juridique visant au non-exercice des droits reviennent à établir une irrévocabilité à un certain moment de la procédure d'exercice de ces droits ou suite à l'établissement d'un certain nombre de conditions. Il ne s'agit pas ici de reprendre les nombreux exemples qui existent mais de n'en retenir que certains aux fins d'illustration.

672. Une des figures d'irréversibilité en vue de l'irrévocabilité du non-exercice des droits réside dans l'irrévocabilité de la perte de ces mêmes droits. Ainsi, la déchéance ou la forclusion peuvent être considérées comme des manifestations d'irréversibilité juridique. Elles sont définies, dans le cadre des droits subjectifs, comme la « perte d'un droit, soit à titre de sanction, soit en raison du non-respect de ses conditions d'exercice »¹²⁶⁸. En réalité « la déchéance - ou la forclusion - sanctionne le non-respect d'une condition de temps »¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ CAIRE A-B., *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Limoges, 2010, p. 382-383.

¹²⁶⁶ *Ibidem*.

¹²⁶⁷ CAIRE A-B., *Préc.*

¹²⁶⁸ *Lexique des termes juridiques*, Edition Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁶⁹ *Ibidem*.

En droit processuel « lorsqu'un délai est prévu pour entamer une instance, accomplir un acte, exercer un recours, son expiration entraîne le plus souvent une forclusion, c'est-à-dire la déchéance de la faculté d'agir, de former le recours »¹²⁷⁰. La péremption est un exemple d'irréversibilité très relative. Elle concerne « l'anéantissement, du fait de l'écoulement d'un délai déterminé, de certains actes sans retentissement sur le droit qui le justifie »¹²⁷¹. Sa relativité résulte du fait qu'il est toujours possible de reformer la procédure. Ces irréversibilités juridiques relatives concernent principalement la perte de droits suite à l'écoulement d'un délai.

673. La caducité est un autre exemple d'irréversibilité juridique. P. Mouzet rappelle les définitions possibles de la caducité. Ainsi, elle peut s'expliquer soit comme « un état caractérisant un type particulier d'abrogation - souvent issu d'un fait et non d'un acte juridique » soit comme « la cause d'une abrogation, hypothèse qui se divise en deux selon que l'on pense la caducité comme ayant en soi cet effet (juridiquement direct, donc) ou bien comme devant être prévue par une norme juridique (la caducité étant cette fois cause indirecte de l'abrogation) »¹²⁷². P. Mouzet précise également qu'« en définitive, la caducité a toujours une cause identifiable, elle n'exige nullement en elle-même une appréhension *ratione temporis*, elle est matérielle et elle est irréversible »¹²⁷³, contrairement au phénomène juridique de désuétude qui n'entraîne pas intrinsèquement de l'irréversibilité juridique. La caducité est une hypothèse présente dans la Constitution de 1958. Elle touche les ordonnances de l'article 38, ainsi que celles de l'article 74-1¹²⁷⁴ depuis 2003. Cette caducité est établie lorsque « le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation », ou, pour l'outre-mer, en l'absence de ratification dans les dix-huit mois suivant leur publication. Finalement il est possible de distinguer trois figures de caducité constitutionnelle, c'est-à-dire trois cas d'extinction de la norme constitutionnelle. La première est celle de la disposition transitoire, caducité voulue par le Constituant et dont « le critère est moins l'écoulement du temps en soi que l'expiration d'un délai ou l'achèvement d'un mandat »¹²⁷⁵. La seconde est la condition résolutoire,

¹²⁷⁰ *Ibidem*.

¹²⁷¹ *Lexique des termes juridiques*, Edition Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁷² MOUZET P., *La désuétude en droit constitutionnel français, quelques cas tirés du droit français*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 septembre 2009, n° 5, p. 1381.

¹²⁷³ *Ibidem*.

¹²⁷⁴ Article relatif aux collectivités d'Outre-mer.

¹²⁷⁵ MOUZET P., *Préc.*, p. 1381.

lorsque la caducité provient de la non-réalisation d'un fait prévu¹²⁷⁶. Enfin la troisième figure est celle de l'événement abrogatoire, la caducité résultant au contraire de l'avènement d'un fait non prévu.

674. Les figures d'irréversibilité juridique instituant une irrévocabilité dans le non-exercice des droits, se manifestent également en matière pécuniaire. A ce titre, les notions d'irrecouvrable ou d'irrépétible en sont des manifestations. La notion d'irrépétible concerne les « frais de justice non compris dans les dépens et comme tels insusceptibles d'être recouverts par le gagnant, sauf au juge à condamner l'autre partie à lui verser une indemnité au titre de l'article 700 »¹²⁷⁷.

675. Aux figures d'irréversibilités juridiques attachées à l'exercice ou au non-exercice des droits s'adjoignent les figures juridiques processuelles d'irréversibilité.

§2. Les figures d'irréversibilités juridiques processuelles

676. Les manifestations juridiques de l'irréversibilité processuelle apparaissent aussi bien en droit privé qu'en droit public. Elles se caractérisent principalement à travers la notion d'« irrévocabilité » au sein des procédures. L'irrévocabilité doit être entendue comme quelque chose qu'il est impossible d'annuler, sur lequel il ne sera pas possible de revenir. En matière processuelle il semble que l'irrévocabilité puisse se traduire de deux manières : d'une manière « quasi-absolue » (A) et d'une manière « relative » (B).

A) L'irrévocabilité processuelle « quasi-absolue »

677. Une « irrévocabilité quasi-absolue » nécessite d'être entendue comme une irrévocabilité sur laquelle il ne sera pas possible de revenir ou que l'on ne saurait remettre en question. Le vocabulaire de l'irréversibilité en matière d'irrévocabilité quasi-absolue se traduit par les termes « définitif », « insusceptible de recours » ou « encore inattaquable ».

¹²⁷⁶ Un exemple récent est l'entrée en vigueur du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 », dont la loi constitutionnelle du 4 février 2008 acte le décès en modifiant l'article 88-1.

¹²⁷⁷ *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

678. Les irrévocabilités processuelles « quasi-absolues » se manifestent principalement à travers la notion de « chose jugée » (1). En dehors de cet exemple flagrant que représente la « chose jugée », il existe d'autres figures d'irrévocabilités processuelles « quasi-absolues » qu'il convient de mentionner (2).

1) L'irrévocabilité de la chose jugée

679. B. Plessix écrit à propos de la chose jugée que « l'autorité de chose jugée est synonyme de pérennité, d'éternité, de paix »¹²⁷⁸. Elle se définit comme l'« autorité attachée à un acte de juridiction servant de fondement à l'exécution forcée du droit judiciairement établi, et faisant obstacle à ce que la même affaire soit à nouveau portée devant un juge »¹²⁷⁹. Elle caractérise les jugements tant judiciaires qu'administratifs. L'irrévocabilité de la chose jugée découle de deux situations possibles. L'irrévocabilité des décisions peut être due à la nature même de la juridiction dont elles émanent, comme pour les décisions du Conseil constitutionnel. En effet, l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution précise que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »¹²⁸⁰. L'irrévocabilité peut également être déduite du fait que les délais des voies de recours suspensives d'exécution ont expiré ou ont été utilisés. L'irrévocabilité de la chose jugée est alors déterminée. Il est nécessaire de préciser que l'autorité de la chose jugée s'attache aussi bien aux juridictions administratives que judiciaires, et tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne¹²⁸¹.

680. Il convient de distinguer trois niveaux de la force jugée. Le premier, l'« autorité » de la chose jugée, est attaché au jugement lorsqu'il est rendu. Ce premier niveau ne traduit pas d'irréversibilité juridique puisque les délais de recours contre la décision sont encore possibles. Le deuxième niveau, la « force » de chose jugée traduit une irréversibilité juridique relative puisque dans cette situation les délais de recours suspensifs tels qu'opposition, appel ou pourvoi suspensif, ont expiré ou ont été utilisés. Enfin le troisième niveau, l'« irrévocabilité » de la chose jugée qui traduit à proprement dit de l'irréversibilité

¹²⁷⁸ PLESSIX B., *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, RFDA, 2007, p. 76.

¹²⁷⁹ *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁸⁰ Constitution Française, 1958.

¹²⁸¹ PEERBUX-BEAUGENDRE Z., *Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire*, RFDA, 2005, p. 473.

juridique, puisque dans ce cas les voies de recours extraordinaires, tierce opposition, recours en révision, pourvoi en cassation, ont été utilisés ou ne peuvent plus l'être. Ainsi, il est possible de considérer « que l'autorité de la chose jugée vise à assurer la stabilité de la chose jugée à l'extérieur du procès, par rapport à un autre procès qui pourrait remettre en cause le résultat du premier, alors que l'irrévocabilité tend à empêcher un renouvellement infini de la contestation à l'intérieur du même procès »¹²⁸². C'est dans son troisième niveau que la chose jugée constitue de l'irréversibilité juridique puisqu'aucune remise en cause ne sera permise.

681. Les juridictions européennes se sont penchées sur cette exigence de préserver la chose irrévocablement jugée, et l'ont considérée comme faisant partie du droit à un procès équitable en tant que déclinaison de l'impératif de sécurité juridique. Dans un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Brumarescu contre Roumanie*, du 28 octobre 1999, les juges ont considéré que « le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des Etats contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »¹²⁸³. Il s'agit ici de garantir l'irréversibilité de la décision juridique au titre de la sécurité juridique.

682. La Cour de Justice de l'Union Européenne a suivi le même raisonnement que la Cour de Strasbourg. Dans un arrêt en date du 22 octobre 2002, la Cour souligne que « selon une jurisprudence constante, une décision adoptée par les institutions communautaires qui n'a pas été attaquée par son destinataire dans le délai prévu (...) devient définitive à son égard. Une telle jurisprudence est fondée notamment sur la considération selon laquelle les délais de recours visent à sauvegarder la sécurité juridique en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit »¹²⁸⁴. Dans un arrêt *Kapferer* du 1^{er} juin 1999, la CJUE va plus loin dans son raisonnement. En rappelant l'importance de l'autorité de la chose jugée, la Cour affirme que cette autorité doit être respectée même

¹²⁸² Répertoire Dalloz de procédure civile, « Chose jugée ».

¹²⁸³ CEDH. 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n°28342/95, §61 ; Arrêt confirmé par CEDH. 21 mai 2002, *Hodos et alii c/Roumanie*, *Surpaceanu c/Roumanie* et *Vasiliu c/Roumanie*, req. n° 29968/96 ; CEDH. 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/Ukraine*, req. n°48553/99, et CEDH. 2 novembre 2004, *Tregubenko c/Ukraine*, req. n°61333/00.

¹²⁸⁴ CJUE. 22 octobre 2002, *National's Farmers Union*, C-241/01, Rec. p. I. 9079.

quand il s'agit d'une décision irrévocable contraire au droit communautaire¹²⁸⁵. Ainsi, les juges retiennent qu'« en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause ». On retrouve ici le volet « stabilité juridique » du principe de sécurité juridique et sa prescription d'irréversibilité juridique. Les juges précisent que « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause ». A travers cet arrêt, la nécessité de stabilité juridique est placée au-dessus du principe de légalité. Néanmoins, la CJUE a nuancé cette position. En effet, les juges ont pu considérer que si le droit national permettait aux organes décisionnels de revenir sur un acte devenu définitif¹²⁸⁶, il convenait au nom du principe de coopération¹²⁸⁷ de réexaminer l'acte litigieux. Cette solution s'explique notamment par la spécificité de l'espèce, l'acte administratif définitif ayant fait l'objet d'un recours juridictionnel passé en force de chose jugée.

683. Il convient de rappeler que l'autorité de la chose jugée est conditionnée par l'article 1351 du Code civil. La première condition est celle qui prévoit que l'autorité de la chose jugée est une présomption légale. La seconde condition est celle qui prévoit que cette autorité n'est valable qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Enfin, il est nécessaire que « la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même

¹²⁸⁵ CJUE. 1^{er} juin 1999, *Kapferer*, C-234/04, Rec. p. I. 2585.

¹²⁸⁶ CJUE. 13 janv. 2004, *Kühne & Heitz NV et Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Aff. 453/00, Rec. p. I. 837. Après avoir rappelé la place de l'autorité de la chose jugée, point 24 : « Il convient de rappeler que la sécurité juridique figure au nombre des principes généraux reconnus en droit communautaire. Le caractère définitif d'une décision administrative, acquis à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours, contribue à ladite sécurité et il en résulte que le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un tel caractère définitif ». Les juges précisent qu'en l'espèce le droit national permettait la remise en cause. Point 26 : « Ainsi qu'il ressort du dossier, ces circonstances sont les suivantes. Premièrement, le droit national reconnaît à l'organe administratif la possibilité de revenir sur la décision en cause au principal devenue définitive. Deuxièmement, celle-ci n'a acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, erronée et avait été retenue sans que celle-ci ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, CE. Quatrièmement, l'intéressée s'est adressée à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour ».

¹²⁸⁷ Article 4 du TUE.

cause, que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité »¹²⁸⁸.

684. En ce qu'elle interdit une remise en cause du droit, l'irrévocabilité de la chose jugée constitue une figure d'irréversibilité juridique difficilement contestable.

2) Les autres figures d'irrévocabilités processuelles « quasi-absolues »

685. Les exemples d'irrévocabilités processuelles « quasi-absolues » sont abondants. L'irréversibilité se traduit principalement à travers l'extinction des délais d'appel des décisions.

686. Dans le cadre de la phase contentieuse, il est possible de retenir l'exemple de l'irrecevabilité. Il s'agit de la « sanction de l'inobservation d'une prescription légale consistant à repousser, sans l'examiner, une demande qui n'a pas été formulée en temps voulu ou qui ne remplit pas les conditions de fond ou de forme exigées »¹²⁸⁹. C'est le cas notamment pour un appel formé hors délai. L'irréversibilité juridique se situe dans l'impossibilité de formuler la demande.

687. Au même titre que l'irrévocabilité de la chose jugée, la prescription fait également état d'un caractère irréversible. X. Lagarde parle de la prescription comme d'une « institution mystérieuse » qui constitue en quelque sorte « une grande lessiveuse »¹²⁹⁰. La prescription de l'action publique peut être définie comme un principe selon lequel « l'écoulement d'un délai entraîne l'extinction de l'action publique et rend de ce fait toute poursuite impossible »¹²⁹¹. En droit pénal, la prescription induit que toute peine, lorsque celle-ci n'a pas été mise à exécution dans un certain délai fixé par la loi, ne peut plus être subie. L'imprescriptibilité est quant à elle susceptible de poser problème quant à son rattachement aux figures d'irréversibilité ou de réversibilité juridiques. La prescription constitue une figure d'irréversibilité juridique puisqu'elle entraîne une irrévocabilité traduite par l'impossibilité de revenir sur les faits. L'imprescriptibilité peut être définie comme le

¹²⁸⁸ Article 1351 du Code civil.

¹²⁸⁹ *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹²⁹⁰ LAGARDE X., *Réforme de la prescription en matière civile : entre simplifications et incertitudes*, Gazette du Palais, 11 avril 2009, n°100 à 101, p. 2.

¹²⁹¹ *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

principe selon lequel aucun écoulement d'un délai ne peut entraîner l'extinction de l'action publique. Il sera toujours possible de poursuivre l'auteur des faits incriminés. L'imprescriptibilité ne peut-elle être vue comme une figure d'irréversibilité juridique en ce sens qu'elle fixe de manière permanente la possibilité de recours ? N'est-ce pas de l'irréversibilité juridique que de prévoir le non-changement du droit ? Cependant, au vu de l'opposé de l'imprescriptibilité que constitue la prescription, ne devrait-on pas considérer qu'il s'agit d'une figure de réversibilité juridique ? En effet, l'imprescriptibilité ne contient en soi aucune irrévocabilité juridique, puisqu'il sera toujours possible de condamner un fait. En réalité, il convient de considérer que l'irrévocabilité contenue dans l'imprescriptibilité concerne la possibilité de poursuivre. Cette possibilité de poursuivre est irrévocable. C'est en ce sens que l'imprescriptibilité constitue une figure d'irréversibilité juridique. A la lumière du droit international, M. Delmas-Marty nuance cette irrévocabilité de l'imprescriptibilité. Elle rappelle que le principe d'imprescriptibilité est inscrit dans le droit de Nuremberg ainsi que dans les statuts de la Cour pénale internationale et imposé par plusieurs Conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe¹²⁹². Cependant, la grâce étatique et l'amnistie sont toujours possibles.

688. Aux fins d'illustration de cette ambiguïté inhérente à l'imprescriptibilité, il est possible de prendre l'exemple de la loi du 26 décembre 1964¹²⁹³ tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale. Cette loi prévoyait que « les crimes contre l'humanité (...) sont imprescriptibles par leur nature ». L. Bach rappelle que cette loi fut considérée comme « supposant l'anéantissement des prescriptions acquises avant son entrée en vigueur, ce pourquoi le rapporteur de la loi, P. Coste-Floret, jugea « inutile » l'amendement qui voulait instituer une rétroactivité expresse »¹²⁹⁴. La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 janvier 1984¹²⁹⁵, a fini par admettre que la loi de 1964 s'était « bornée à confirmer qu'était déjà acquise en droit interne (...) l'intégration à la fois de l'incrimination et de l'imprescriptibilité des crimes (contre l'humanité) en raison de la nature de ces crimes ». La doctrine a justifié par la suite la rétroactivité de la loi de 1964 par l'existence d'un droit préexistant soit découlant du droit naturel soit des principes généraux du droit.

¹²⁹² DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs*, op.cit., p. 155.

¹²⁹³ Loi n°64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, JO du 29 décembre 1964.

¹²⁹⁴ BACH L., *Conflits de loi dans le temps*, op.cit.

¹²⁹⁵ Cass. crim. 26 janvier 1984, *Barbie*, Bull. crim., n° 34, JCP 1984. II. 20197, conclusions. DONTENWILLE, rapporteur. C. Le GUNEHEC.

689. Qu'il s'agisse d'irrecevabilité ou de prescription, l'irréversibilité juridique qu'elles illustrent se situe dans l'irrévocabilité qu'elles induisent. En effet, une fois l'irrecevabilité consacrée ou la prescription établie, il ne sera plus possible de revenir en arrière ou de remettre en cause ces deux états. L'irréversibilité juridique contenue dans la notion d'imprescriptibilité tient de l'absence de changement dans la situation juridique malgré l'écoulement du temps. Aux irrévocabilités « quasi-absolues » s'adjoignent des irrévocabilités dites « relatives ».

B) L'irrévocabilité processuelle relative

690. L'« irrévocabilité relative » doit être entendue ici comme une irrévocabilité sur laquelle il est possible de revenir. L'irréversibilité juridique attachée à ces irrévocabilités ne sera de fait que relative, puisqu'une possible réversibilité sera susceptible d'intervenir. De manière générale, les exemples les plus flagrants traduisant de l'irréversibilité juridique se manifestent à travers les délais de recours ouverts aux justiciables, et conformément à la définition de l'« irrévocabilité absolue », avant l'extinction des voies de recours et des délais.

691. En matière de procédure non contentieuse, et plus précisément de procédure administrative non contentieuse, l'irréversibilité relative se situe dans la nature et les modalités des sanctions¹²⁹⁶ prises par l'administration. Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'une sanction échappant à la compétence d'un juge était possible à condition d'être « exclusive de toute privation de liberté » et de « sauvegarder des droits et libertés constitutionnellement garantis »¹²⁹⁷. F. Moderne rappelle qu'en « matière répressive administrative comme en matière pénale, la loi doit présenter certains caractères sans lesquels elle ne serait pas en mesure de remplir correctement sa fonction » conformément au principe de légalité. Il ajoute que le principe de non-rétroactivité, en qualité de corolaire du principe de légalité est « rituellement invoqué » mais subit parfois « quelques

¹²⁹⁶ Sur le pouvoir de sanction des AAI Cf. BRUNET F., *De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, RFDA, janvier- février 2013, p. 113.

¹²⁹⁷ CC. 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*, décision N°88-248 DC, JO du 18 janvier 1989, p. 754.

amodiations dans le droit de la répression administrative », en dehors du principe de rétroactivité des peines plus douces applicable en matière de sanction administrative¹²⁹⁸.

692. Une des figures relatives d'irréversibilité juridique illustrante est celle de l'intangibilité de l'ouvrage public, relative puisque cette théorie a été nuancée par le juge ces dernières années. Ce principe, déduit d'un arrêt du 7 juillet 1853 *Robin de la Grimaudière* du Conseil d'Etat¹²⁹⁹, interdit la démolition d'un ouvrage public même si celui-ci est, selon l'adage, « mal planté », c'est-à-dire illégal dans sa construction. L'arrêt du 7 juillet 1853 n'énonce pas en tant que telle l'intangibilité de l'ouvrage public. En effet, le Conseil d'Etat y reconnaît la possibilité pour le juge judiciaire, compétent en matière d'emprise irrégulière et de voie de fait, d'interrompre des travaux publics engagés sans titre sur une propriété privée tant que le propriétaire n'aura pas été indemnisé. Dans une lecture *a contrario*, il convient de comprendre que le juge judiciaire ne peut ordonner une remise en état des lieux et donc une démolition de l'ouvrage public¹³⁰⁰. Le juge administratif quant à lui n'avait pas de pouvoir d'injonction contre l'administration. Ainsi, il était possible de considérer que l'implantation d'un ouvrage public soit irréversible puisque sa déconstruction n'était pas autorisée et cela même si son implantation était illégale. La seule compensation possible restait jusqu'alors une indemnisation pécuniaire.

693. Cette figure d'irréversibilité juridique se justifiait par la continuité de l'action des services publics, l'intérêt général¹³⁰¹ et la protection des finances publiques¹³⁰². Comme le

¹²⁹⁸ MODERNE F., *La sanction administrative*, RFDA 2002, p. 483.

¹²⁹⁹ CE. 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, Rec. p. 693.

¹³⁰⁰ LAVIALLE C., *La « tangibilité » de l'ouvrage public*, Note CE. Section. 29 janvier 2003, *Syndicat départementale de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, RFDA, 2003, p. 484.

¹³⁰¹ Cf. Notamment AUBY J.-M., *L'ouvrage public*, CJEG 1962, doc. p. 7 : « L'intangibilité marque la primauté de la destination d'intérêt général de l'ouvrage sur toute considération de régularité juridique ». Cf. Egalement BLAEVOET Ch., *De l'intangibilité des ouvrages publics*, Dalloz Chr. 1965, p. 242 : « ordonner la démolition de l'ouvrage (...) constituerait pour l'autorité judiciaire une immixtion dans le domaine administratif qui lui est interdite par le principe de la séparation des fonctions juridictionnelles et administratives. Il serait alors manifestement contraire à l'intérêt général de prescrire, par une telle injonction, l'interruption d'un service pour la satisfaction d'un intérêt particulier, si respectable qu'il soit (...). Il y a des cas où le bon droit ne suffit pas pour obtenir la satisfaction que l'on désire, mais qui iraient à l'encontre du bien commun et où l'on doit se contenter d'une compensation pécuniaire ». Citations reprise par BRONDEL S., *Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, AJDA 2003, p. 761.

¹³⁰² Cf. Notamment BRONDEL S., *Ibidem.*, « le principe d'intangibilité a un fondement pragmatique d'économie des deniers publics : un bien immobilier ayant nécessité un travail humain a un coût et l'intérêt financier s'oppose à ce qu'un ouvrage public puisse être démoli car comme l'administration (le) rétablirait presque aussitôt, à la suite d'une expropriation régulière, cette application judaïque de la loi

rappelle C. Laviaille, ce principe « apparaissait comme une survivance d'une époque révolue où les personnes publiques bénéficiaient de privilèges non conformes à l'idée que l'on peut se faire d'un Etat libéral fondé sur l'existence de droits »¹³⁰³. Ainsi, il pouvait être envisagé comme « un procédé relevant plus de l'Etat de police que de l'Etat de droit »¹³⁰⁴, notamment en considérant qu'il existe une procédure régulière de dépossession comme l'expropriation¹³⁰⁵. Cette idée d'« Etat de police »¹³⁰⁶ liée au principe d'intangibilité, et par là-même d'irréversibilité juridique est intéressante à soulever. En effet, comme il a pu être vu, l'irréversibilité juridique peut s'avérer être une mission du droit en tant que nécessité juridique dans une conception moderne du droit. On retrouve ici une vision plus radicale du droit dont l'irréversibilité juridique est un outil. Néanmoins, ce principe d'intangibilité de l'ouvrage juridique, et donc d'irréversibilité de son implantation, a été atténué par le juge, ce qui démontre « le contexte (...) d'amélioration de la situation juridique des administrés face à l'administration dont les prérogatives nécessaires ne sont plus érigées en privilèges exorbitants »¹³⁰⁷. Ainsi, l'intérêt général se voit, dans certains cas, délaissé au profit « d'une approche plus empirique de composition des intérêts en présence »¹³⁰⁸. Cette réversibilité qui peut dès lors toucher l'implantation d'un ouvrage public se rapproche de la conception post-moderne du droit dans laquelle l'adaptation, le changement sont nécessaires. Cette remise en cause du principe d'intangibilité de l'ouvrage public s'est manifestée à travers deux arrêts principaux¹³⁰⁹, un premier du Tribunal des Conflits en date du 6 mai 2002¹³¹⁰,

(que traduirait la destruction de l'ouvrage) n'aboutirait qu'à imposer au Trésor public un sacrifice supplémentaire ».

¹³⁰³ LAVIALLE C., *La « tangibilité » de l'ouvrage public, Préc.*, p. 484.

¹³⁰⁴ *Ibidem*.

¹³⁰⁵ Cf. Notamment WALINE M., *Impossibilité pour l'autorité judiciaire d'ordonner la destruction d'un ouvrage public, même si son édification a eu le caractère d'une voie de fait*, sous Cass. civ. 17 février 1965, *Commune de Manosque*, RDP. 1965, p. 991 « Il n'en reste pas moins que, si une procédure régulière d'expropriation avait été suivie, (le) propriétaire aurait eu une petite chance que ses observations à l'enquête parcellaire fussent prises en considération et donc de conserver son bien intact, en nature. Il y a là une faiblesse du système, qui peut encourager l'administration dans la voie de l'irrégularité, ce qui est fâcheux ».

¹³⁰⁶ Pour une définition comparative de l'Etat de droit et de l'Etat de police, LAMOUREUX S., *La codification ou la démocratisation du droit*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2001/4, n°48, p. 801 à 824, : « L'Etat de droit, par opposition à l'Etat de police, est la qualification d'un régime démocratique et libéral dans lequel la toute-puissance du pouvoir trouve sa limite dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter et a pour finalité la protection du citoyen contre l'arbitraire », p. 819.

¹³⁰⁷ LAVIALLE C., *Préc.*, p. 484.

¹³⁰⁸ *Ibidem*.

¹³⁰⁹ Des arrêts antérieurs avaient déjà amorcé cette remise en cause. Cf. notamment, CE. 19 avril 1991, *Epoux Denard*, Rec. p. 148, AJDA 1991, p. 563, dans lequel le juge administratif rejette le recours formé contre un refus du maire de destruction d'un ouvrage public en se basant sur le caractère légal de la décision et non sur le principe d'intangibilité de l'ouvrage public. Cf. également Cass. plén., 6 janvier 1994, *Baudon de Mony*, JCP 1994, arrêt dans lequel le juge judiciaire condamne la théorie de

un second du Conseil d'Etat du 29 janvier 2003¹³¹¹. Le Tribunal des Conflits a précisé les règles de compétences, en matière d'ouvrage public. Il rappelle tout d'abord que le juge judiciaire n'est compétent en matière d'emprise irrégulière que pour statuer sur les conclusions indemnitaires de la victime. Il est donc incompétent pour constater cette même emprise irrégulière. D'autre part, le Tribunal des Conflits affirme la compétence du juge administratif pour connaître du contentieux de la suppression ou du déplacement d'un ouvrage public ainsi que son pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration¹³¹² dans ce domaine. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'un abandon total du principe. En effet, C. Maugué dans ses conclusions relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 2003, rappelle que « la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public n'est donc pas un dogme mais un principe auquel il peut être raisonnable, dans certains cas, d'apporter des exceptions »¹³¹³. Cette persistance du principe de l'intangibilité de l'ouvrage public s'illustre également par l'appréciation qui est laissée au juge. Ainsi, dans le cas où une régularisation sans destruction est possible, elle sera préférée (réaménagement d'accès à l'ouvrage, expropriation...). Dans le cas où une régularisation serait impossible, le juge doit procéder à une balance entre les avantages et les inconvénients de la démolition. *In fine*, le juge apprécie l'opportunité de la démolition. Ce principe d'intangibilité de l'ouvrage public constitue une figure d'irréversibilité juridique fondée sur l'intérêt général et le bon fonctionnement de l'administration tout en dénotant d'un archaïsme juridique qui est en voie d'abandon.

694. Les manifestations de l'irréversibilité juridique sont multiples et se rencontrent dans tous les domaines juridiques. Afin de permettre une vision globale de l'irréversibilité juridique, il convient d'étudier également les manifestations négatives de cette dernière. La compréhension d'un phénomène dépend également de l'identification de son opposé. Les

l'expropriation indirecte privant ainsi d'une grande partie l'effet utile du principe d'intangibilité de l'ouvrage public, la propriété du sol n'est plus transférée et une expropriation de celle-ci s'impose donc pour régulariser la situation de l'ouvrage.

¹³¹⁰ TC. 6 mai 2002, *M. et Mme Binet c/ EDF*, AJDA, 2002, p. 1229.

¹³¹¹ CE. 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'Electricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n° 245239, RFDA 2003, conclusions. MAUGÜE C.

¹³¹² Le législateur a ouvert en partie, à travers la loi du 8 février 1995, la possibilité pour le juge administratif de prescrire des mesures d'exécution de ses décisions et donc le pouvoir d'ordonner la démolition d'un ouvrage public à la suite d'une décision d'annulation d'un refus de démolir. G. Vedel expliquait d'ailleurs en partie le principe d'intangibilité de l'ouvrage public par l'impossibilité pour le juge de prescrire des mesures d'injonction à l'administration, VEDEL G., *Droit administratif*, Editions PUF, Thémis, 1964, p. 406.

¹³¹³ CE. 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'Electricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, *Préc.*

manifestations de la réversibilité juridique sont autant de non manifestations de l'irréversibilité juridique.

Section II. Les manifestations négatives de l'irréversibilité juridique

695. La manifestation négative de l'irréversibilité juridique se traduit par la consécration de la réversibilité juridique. Encore une fois, l'objectif n'est pas ici de produire l'ensemble des manifestations de la réversibilité juridique mais d'en retenir les exemples les plus flagrants afin de nourrir l'appréhension du phénomène. Il convient également de préciser qu'à l'instar de l'irréversibilité, la réversibilité juridique reste le plus souvent relative.

696. Il est possible de retrouver ce phénomène de réversibilité juridique tant dans les domaines de la loi, du règlement, du contrat (§1) qu'en matière processuelle (§2).

§1. Les figures législatives, réglementaires et contractuelles de la réversibilité juridique

697. La réversibilité juridique en matière législative et réglementaire se manifeste de nombreuses manières. La rétroactivité législative (A), le retrait des actes administratifs et la mutabilité contractuelle (B) sont les exemples les plus évidents de cette réversibilité juridique.

A) La rétroactivité législative

698. Le domaine législatif introduit de la réversibilité juridique en droit par le biais de différentes lois spécifiques.

699. Les lois rétroactives sont bien évidemment celles qui induisent le plus de réversibilité juridique puisqu'elles ont vocation à s'appliquer sur les situations passées. Le Conseil constitutionnel a décidé qu'une loi rétroactive n'était pas contraire à la Constitution. Il a notamment considéré que : « sauf en matière pénale, la loi peut comporter des dispositions rétroactives ; qu'il n'était donc pas interdit au législateur de valider, rétroactivement, les décrets pris après consultation du comité technique paritaire central des personnels

enseignants de statut universitaire institué par le décret du 29 juin 1977 »¹³¹⁴. Il réitère cette position en allant plus loin par une décision du 4 juillet 1989 relative à une loi de privatisation et concernant l'application de lois nouvelles aux contrats en cours : « la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »¹³¹⁵.

700. Les lois interprétatives portent également en elles de la réversibilité juridique. Une loi interprétative est « celle qui est prise pour expliciter une loi antérieure dont le sens ou la portée était incertaine par suite de l'obscurité des termes employés ou de l'insuffisance de ces termes »¹³¹⁶. Il existe trois conditions à la validité d'une loi interprétative : l'existence d'une loi antérieure à interpréter, l'existence d'une incertitude ou d'une controverse, et enfin une interprétation sans innovation. Cette loi nouvelle n'apporte donc pas, en théorie, de droit nouveau puisqu'elle ne fait que déclarer ce qui préexistait. Cependant, la rétroactivité s'explique par le caractère même de la loi dont les dispositions font « corps avec la loi antérieure et rétroagissent au jour de la promulgation de cette loi »¹³¹⁷. Ainsi, même si la réversibilité juridique présente dans le cadre de ses lois interprétatives reste mineure du point de vue matériel, du point de vue formel cela reste de la réversibilité juridique.

701. Contrairement aux lois interprétatives, les lois de validation apportent matériellement une réversibilité juridique plus importante. Les lois de validation « sont les lois qui viennent valider des actes non valables avant l'entrée en vigueur de la loi »¹³¹⁸. Il est possible de prendre l'exemple de la loi du 3 juillet 1968¹³¹⁹. A l'occasion des événements de mai 1968, le législateur a prolongé les délais de procédure et a ensuite validé rétroactivement les actes déjà pris. Il convient de préciser que tant que la loi de validation n'est pas entrée en vigueur, les actes irrégulièrement faits restent nuls. La validité rétroactive ne prend effet qu'au jour

¹³¹⁴ CC. 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, décision n°80-119 DC, JO du 24 juillet 1980, p. 1868.

¹³¹⁵ CC. 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, décision n°89-254DC, JO du 5 juillet 1989, p. 8382.

¹³¹⁶ ROUBIER P., *Les conflits de lois dans le temps*, Editions Sirey, Tome I, 1929, n°57 s.

¹³¹⁷ Cass. 3 novembre 1909, DP 1910, 1, p. 366.

¹³¹⁸ *Lexique des termes juridiques*, Editions Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.

¹³¹⁹ Loi n°68-696 du 31 juillet 1968 *relative aux forclusions encourues du fait des événements de mai et juin 1968*, JO du 2 août 1968, p. 7519.

de la mise en vigueur de la loi. La question s'est posée de savoir si la rétroactivité de la loi de validation permettait d'en tenir compte lorsqu'elle était mise en vigueur alors qu'une décision était passée en force de chose jugée. Saisie de cette question lors de la mise en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1918 validant les actes de décès qui avaient été dressés aux armées avec la participation de témoins mineurs, la Cour de cassation¹³²⁰ a refusé de prendre en considération la loi pour casser l'arrêt.

702. La CEDH s'est prononcée à propos de la rétroactivité des lois de validation par un arrêt *Zielinski* du 28 octobre 1999¹³²¹ en précisant que de telles lois devaient répondre à d'impérieux « motifs d'intérêt général ». En l'espèce, il s'agissait d'une discordance d'appréciation par les juges en matière de modalités de calcul d'indemnités particulières versées aux agents de la sécurité sociale, créant ainsi une inégalité entre les agents. Une loi de validation est intervenue afin de mettre fin à ces discordances¹³²². A cette occasion, les juges européens ont rappelé le rôle du Conseil constitutionnel en matière de loi de validation : « Il veille tout particulièrement à encadrer très strictement le recours aux lois de validation, en posant trois conditions à la constitutionnalité de telles lois : la validation ne peut être que préventive ; la mesure de validation ne peut méconnaître le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ; le législateur ne peut intervenir que pour des motifs d'intérêt général »¹³²³. Le juge Bacquet, dans son opinion concordante résume l'apport de cet arrêt. Il retient que « la Cour réaffirme la prohibition de principe, fondée sur l'article 6§1 de la Convention, de l'intervention du pouvoir législatif tendant à instituer ou modifier de façon rétroactive un certain état de droit en vue d'influencer la solution judiciaire d'un litige ; mais elle réserve, par exception, le cas où une telle intervention serait justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général ». En l'espèce, le motif d'intérêt général retenu par le gouvernement français dans la différence de jurisprudence appliquée par les tribunaux, n'est pas retenu par les juges de la CEDH.

703. En concordance avec la jurisprudence européenne, le Conseil constitutionnel accepte la constitutionnalité des lois de validation uniquement lorsqu'un motif d'intérêt général le

¹³²⁰ Cass. 20 janvier 1920, DP 1921, 1, p. 129 : « Attendu que la loi du 1er juillet 1918, si elle est rétroactive, n'est pas interprétative... que par suite on ne saurait faire grief à la Cour d'Alger (statuant avant la loi) de ne l'avoir pas appliquée ».

¹³²¹ CEDH. 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. a c/ France*, req. jointes n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

¹³²² Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, *relative à la santé publique et à la protection sociale*, JO n°15 du 19 janvier 1994, p. 960.

¹³²³ Point 52 de l'arrêt.

justifie. A ce titre, lors de l'examen de la loi n°80-573 du 25 juillet 1980 portant validation d'actes administratifs, les juges constitutionnels ont considéré que cette validation répondait bien à un motif d'intérêt général, intérêt général formalisé par la préservation du « fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières »¹³²⁴. Dans le cadre de l'examen, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général et l'atteinte aux droits de recours du justiciable. La validation doit être circonscrite¹³²⁵ et l'intérêt général suffisant¹³²⁶. Il convient de noter que la réversibilité juridique bien qu'existante, reste cependant encadrée. Cet encadrement témoigne de la conscience du droit français des conséquences néfastes qu'est susceptible d'entraîner la réversibilité juridique. Au même titre que l'irréversibilité juridique n'est pas généralisée du fait de sa radicalité, il doit être évité de recourir de manière trop fréquente au phénomène de réversibilité juridique.

704. Aux réversibilités juridiques législatives aux conséquences importantes du fait qu'elles s'attachent à des normes juridiques de portée générale, s'adjoignent des réversibilités juridiques règlementaires et contractuelles, entraînant des conséquences non moins importantes pour le droit des citoyens car susceptibles de remettre en cause des droits acquis.

B) Le retrait des actes administratifs et la mutabilité des contrats administratifs

705. Le retrait des actes administratifs (1) ainsi que la mutabilité des contrats administratifs (2) sont des illustrations indéniables de réversibilité juridique.

1) Le retrait des actes administratifs

706. La problématique de la disparition de l'acte s'articule principalement autour de la création, ou de la non-création de droits au profit des administrés. En effet, un acte ayant créé des droits ne devrait-il pas être considéré comme intangible, irréversible afin de

¹³²⁴ CC. 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, décision n°80-119 DC, JO du 24 juillet 1980, p. 1868.

¹³²⁵ CC. 11 janvier 1995, *loi relative au financement de la vie politique*, décision n°95-363 DC, JO du 14 janvier 1995, p. 733 : « Le législateur [...] ne pouvait prendre de telles mesures qu'à condition de définir strictement leur portée qui détermine l'exercice du contrôle de la juridiction administrative. »

¹³²⁶ CC. 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, décision n°99-422 DC, JO du 30 décembre 1999, p. 19730.

garantir une certaine sécurité juridique ? Les solutions diffèrent selon qu'il s'agit d'abrogation ou de retrait de l'acte. L'abrogation de l'acte n'aura d'effet que pour le futur, ou plutôt une absence d'effet. Elle fera disparaître l'acte ainsi que les éventuelles conséquences sur les situations à venir, de ce fait les conséquences passées de l'acte ne seront pas supprimées. Il s'agit bien là d'une caractéristique irréversible attachée à la décision d'abrogation. La décision individuelle peut toujours être abrogée sauf si elle est créatrice de droits. La décision réglementaire pourra être abrogée, et c'est même une obligation faite à l'administration de procéder à l'abrogation lorsque le règlement est illégal depuis la jurisprudence *Alitalia*¹³²⁷. Maintenant, existe-t-il une intention de fixation juridique adjointe à la décision d'abrogation ? Il est certain que la décision d'abrogation est plus protectrice que celle du retrait. Cela semble traduire une volonté de ne pas remettre en cause l'état juridique créé par l'acte, et forme un contrepoids au principe de mutabilité.

707. Le retrait quant à lui traduit de la réversibilité juridique. L'administration va faire disparaître un acte au point de supprimer tous ses effets passés, présents et à venir. Cependant, les décisions régulières ne pourront pas être retirées si elles sont créatrices de droit¹³²⁸, même implicitement, sauf si ce retrait se fait à la demande de l'administré¹³²⁹. Si elles ne créent pas de droits, elles pourront toujours être retirées¹³³⁰. En ce qui concerne les décisions irrégulières, le retrait devra être effectué si elles ne sont pas créatrices de droit¹³³¹. Il s'agit d'une obligation pour l'administration¹³³². En cas de création de droits, afin de pouvoir procéder au retrait, la décision ne doit pas être définitive. Le retrait d'une décision explicite pourra intervenir désormais dans un délai de 4 mois conformément à l'arrêt *Ternon* de 2001¹³³³, celui d'une décision implicite, dans un délai de 2 mois à la date de la décision s'il n'y a pas eu de publicité, dans le délai du recours contentieux si la publicité a eu lieu, ou pendant la durée de l'instance si un recours contentieux a été formé¹³³⁴. Ce qui semble caractériser la disparition de l'acte, c'est cette recherche de protection des

¹³²⁷ CE. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA 1989.391, conclusion. NOURAL. C, note BEAUD et DUBOIS.

¹³²⁸ CE. 1^{er} décembre 1950, *EDF*, Sirey 1951 III p. 61.

¹³²⁹ CE. Sect. 9 janvier 1953, *Desfour*, req. n°7562.

¹³³⁰ CE. 26 mai 1950, *Carrel*.

¹³³¹ CE. 14 novembre 1958, *Ponard*, req. n° 35.399.

¹³³² CE. 13 février 1948, *Syndicat national des statistiques*, Rec. p. 74.

¹³³³ CE. 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n°197018.

¹³³⁴ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, JO du 13 avril 2000, p. 5646.

administrés, la recherche de la création de droits. Le choix entre retrait et abrogation ne constitue-t-il pas une intention de fixité juridique, tout du moins d'irrévocabilité ?

708. A ce titre, il est intéressant d'étudier la possibilité offerte, par le juge administratif dans un arrêt du 11 mai 2004 *Association AC ! Et autres*, de moduler dans le temps les effets de l'annulation contentieuse d'actes administratifs¹³³⁵. Cette volonté de nuancer les effets « déstabilisateurs »¹³³⁶ de l'annulation, se traduit notamment par « l'impératif de stabilité des situations juridiques » selon l'expression du Doyen Hauriou¹³³⁷. Le retrait de l'acte est « un idéal nécessaire...c'est une pure fiction car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé ait existé »¹³³⁸. On retrouve ici la réalité de l'irréversibilité telle qu'elle est étudiée par les philosophes. Cette modulation des effets dans le temps de l'annulation n'est cependant possible « qu'à titre exceptionnel » et si « l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives ». Afin d'examiner ces conséquences, le juge étudie les effets produits par l'acte sur les situations concernées et les confronte à « l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets ». Il procède en réalité à une mise en balance entre d'une part « les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics et privés en présence » et d'autre part les « inconvénients que présenterait, au regard du principe de la légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation »¹³³⁹. Il s'agit bien ici d'une reconnaissance par le juge administratif

¹³³⁵ CE. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, DUBOS O., MELLEREY F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, Lexisnexis, droit administratif n°8, Aout 2004, Etude n°15. Le juge constitutionnel a également procédé à une modulation des effets dans le temps de ces décisions. CC. 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, décision n°2008-564 DC, JO du 26 juin 2008, p. 10228. Cf. Notamment, FARDET C., *La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité*, Droit administratif, 2008, p. 37-38.

¹³³⁶ LABETOULLE, 1996, cité par DUBOS O., MELLEREY F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, *Préc.*

¹³³⁷ HAURIOU M., note ss CE. 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, S, 1925, III, p. 9-10, cité par, DUBOS O., MELLEREY F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, *Préc.*

¹³³⁸ ODENT R., conclusions CE. Ass. 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec. p. 35.

¹³³⁹ CE. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du

des effets potentiellement néfastes de l'annulation d'un acte, et donc de la réversibilité juridique qui lui est attachée.

709. Autre pilier de la théorie juridique administrative, la mutabilité des contrats administratifs traduit de manière explicite de la réversibilité juridique.

2) *La mutabilité des contrats administratifs*

710. La mutabilité des contrats administratifs est directement issue du principe de mutabilité du service public. Mise en place par un arrêt de 1902¹³⁴⁰, il a fallu attendre 1983 pour que la reconnaissance du pouvoir de modification unilatérale, sans fondement contractuel, soit affirmée par principe dans tous les contrats administratifs¹³⁴¹.

711. Dans l'arrêt du Conseil d'Etat *Gaz de Deville lès Rouen* du 10 janvier 1902¹³⁴², le juge administratif dégage le principe de mutabilité en admettant la possibilité pour la collectivité concédante de demander à son concessionnaire la modification des conditions d'exécution du service concédé. Le juge a essentiellement recherché l'intention des parties en interprétant leur silence. Dans l'arrêt *Compagnie française des tramways*¹³⁴³, le juge va plus loin en admettant le pouvoir de modification unilatérale indépendamment de l'intention des parties. Le Doyen Hauriou, dans sa note relative à l'arrêt, retenait alors que l'« on

principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

¹³⁴⁰ CE. 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.

¹³⁴¹ CE. 2 février 1983, *Union transports publics urbains et régionaux*, Rec. CE 1983, p. 33, RFDA. 1984, p. 45, note F. Llorens. « Considérant enfin qu'en disposant, dans l'article 14, alinéa 1, que l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi, les auteurs du décret attaqué se sont bornés à faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs ».

¹³⁴² CE. 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.

¹³⁴³ CE. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 210, note M. Hauriou. « Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juill. 1845 (art. 21), lesquels impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore, de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service »

recherche à rendre l'exploitation du service aussi souple, aussi adaptée aux besoins variables du public que s'il n'y avait pas de contrat »¹³⁴⁴. En droit, la compagnie invoquait l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 janvier 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, qui retenait que « le nombre de voyages fixé par le cahier des charges constitue un minimum contractuel qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties »¹³⁴⁵. Le commissaire du gouvernement Blum proposa au Conseil d'Etat de modifier sa jurisprudence. Il soulignait alors qu' « il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire, et, par suite, les nécessités de son exploitation n'ont pas un caractère invariable ». Ainsi, le fait de concéder un service public ne retire pas à l'Etat la possibilité d'intervenir.

712. Par la suite, le principe de mutabilité du contrat administratif est renforcé et précisé, notamment par le biais du principe d'équation financière. En effet, si les modifications détruisent l'économie du contrat, le lésé pourra demander réparation devant le juge du contrat. En ce qui concerne les modifications, et donc les réversibilités juridiques, elles ne pouvaient résulter à l'origine que d'un texte, puis peu à peu les modifications sont intervenues sans texte. Le Conseil d'Etat dans un arrêt *Compagnie générale des eaux*¹³⁴⁶, retient que le pouvoir de modification unilatérale constitue « un élément de la théorie générale des contrats administratifs ». M. Genevois, dans ses conclusions de l'arrêt du 9 décembre 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*¹³⁴⁷ rappelle les limites de ce pouvoir de modification. Ainsi, les modifications ne peuvent intervenir que dans le cadre du pouvoir d'organisation du service public, de l'intérêt public, ou des besoins du service public. Les clauses financières par exemple ne sauraient être affectées. Ce principe de mutabilité des contrats administratifs démontre une des justifications principales de la réversibilité juridique. Au même titre que la stabilité et la cohérence du droit justifient la présence d'irréversibilité juridique, l'intérêt général, ou plus précisément en droit administratif l'intérêt du service public, représente la légitimation première de la réversibilité juridique.

¹³⁴⁴ CE. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 210, note M. Hauriou.

¹³⁴⁵ CE. 23 janvier 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, Rec. p. 61, 1904-3-49, Note Hauriou.

¹³⁴⁶ CE. Section. 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, Rec. p. 508.

¹³⁴⁷ CE. Section. 9 décembre 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*, Rec. p. 498.

713. Parallèlement à ces figures législatives, règlementaires et contractuelles, la réversibilité juridique se manifeste tout spécifiquement en matière processuelle.

§2. Les figures processuelles de la réversibilité juridique

714. La matière processuelle s'avère potentiellement plus empreinte de réversibilité juridique que ne peuvent l'être la loi ou le domaine réglementaire. L'absence de caractère général et abstrait d'une décision de justice et de par ce fait, son caractère factuel induit nécessairement davantage de changement, de remise en cause, et donc de réversibilité juridique. Cette réversibilité juridique n'est pas pour autant absolue ni forcément recherchée.

715. Les mesures d'urgence du juge des référés (A) et la problématique des revirements de jurisprudence (B) illustrent la réalité juridique du phénomène de réversibilité juridique.

A) Les mesures d'urgence du juge des référés : entre réversibilité et irréversibilité

716. L'article L. 511-1 du Code de justice administrative prévoit que « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais ». Ainsi, le caractère principal que doivent revêtir les prescriptions d'une décision du juge des référés dans le cadre de l'urgence est la non-permanence des mesures. Cette non-permanence est justifiée par le fait que le juge des référés n'a pas vocation à trancher un litige et que les décisions qu'il prend n'ont pas autorité de chose jugée¹³⁴⁸. Ce caractère provisoire des mesures et de la décision de référé induit la possibilité de modification à tout moment conformément à l'article L. 521-4 du Code de justice administrative qui prévoit que « saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées et d'y mettre fin ». Ce caractère provisoire semble constituer une véritable réversibilité juridique.

¹³⁴⁸ Cf. notamment CE. Sect. 3 octobre 1958, *Société Autocars garonnais*, req. n°37051 ; CE. 14 novembre 1997, *Communauté urbaine Lyon*, req. n°165540 : « les décisions prises par le juge du référé administratif, auxquelles ne s'attache pas l'autorité de la chose jugée, ont un caractère provisoire et ne s'imposent pas à la juridiction éventuellement saisie du litige au principal ».

717. Une nuance terminologique peut cependant être apportée. B. Plessix rappelle la définition du mot provisoire. Selon lui, le provisoire ne doit pas être confondu avec le mot « temporaire ». Ainsi, « ce qui est provisoire, c'est ce qui n'est pas définitif, irrévocable »¹³⁴⁹. Il précise que le provisoire n'est pas le contraire du permanent. Le provisoire « est plus proche de l'intérimaire que du temporaire, du transitoire que de l'éphémère. Dans le langage courant, le provisoire désigne ce qui se fait en attendant une autre chose, ce qui est destiné à être remplacé. Pour l'art juridique, il en va de même : la décision provisoire est celle qui (...) peut toujours être révisée, modifiée, rétractée par l'effet d'une autre décision ». L'idée du provisoire serait donc plus celle du modifiable que du réversible. Cependant, c'est bien l'état d'irréversibilité qui est refusé par les juges et qui sert de fondement pour annuler des injonctions issues d'ordonnances de référé. Ainsi, l'annulation d'acte administratif¹³⁵⁰, la délivrance d'un visa ou d'un titre de séjour¹³⁵¹, le défrichement d'un terrain¹³⁵², ont-ils été considérés comme des mesures non réversibles contraires à l'obligation de prescrire des mesures provisoires. En réalité ce qui peut paraître provisoire en droit peut s'avérer définitif et non réversible en fait¹³⁵³. A ce titre, une décision du Conseil d'Etat en date du 31 mai 2007¹³⁵⁴ a caractérisé les mesures provisoires de mesures réversibles. En effet, la décision *Syndicat CFDT Interco 28* énonce que le « caractère provisoire s'apprécie au regard de l'objet et des effets des mesures en cause, en particulier de leur caractère réversible ». Ce caractère réversible de la mesure implique la possibilité de remise en cause par le juge du fond. Cette mesure réversible est celle « qui, en marge des voies de recours, peut toujours être révisée, modifiée ou rétractée par l'effet d'une autre décision, celle qui, en un mot, est exposée à tous les vents contraires »¹³⁵⁵.

¹³⁴⁹ PLESSIX B., *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, RFDA, 2007, p. 76.

¹³⁵⁰ CE. 24 janv. 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, Rec. p. 37.

¹³⁵¹ CE. 10 avril 2001, *Nasser Merzouk*, Rec. tables, p. 1135.

¹³⁵² CE. 20 oct. 2004, *Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales c/ Consorts Jaboulet*, Rec. tables, p. 824.

¹³⁵³ Cf. notamment les conclusions de STAHL J-H. Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Commissaire du Gouvernement dans l'arrêt CE. Section. 6 février 2004, *Masier*, « Mais elle n'implique pas pour autant (les mesures), et à notre avis, que le juge des référés ne puisse jamais prononcer des injonctions qui se révéleraient dans les faits difficilement réversibles. Vous n'avez qu'à prendre comme témoin les hypothèses les plus fréquentes de mise en œuvre du référé conservatoire, avant comme après la loi du 30 juin 2000 : que ce soit pour les expulsions d'occupants sans titre du domaine public, pour la communication de documents administratifs ou pour la délivrance d'un titre exécutoire, sans doute les mesures ordonnées sont-elles au plan juridique provisoires et ne tranchent-elles aucune contestation au fond ; elles n'en sont pas moins en pratique difficilement réversibles ».

¹³⁵⁴ CE. 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco*, req. n° 298293.

¹³⁵⁵ DIEU F., *Du provisoire à l'irréversibles ou comment le juge de l'urgence pèse sur le comportement de l'Administration*, La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales, 12 novembre 2007, hebdomadaire, n°46, p. 2293.

718. Une décision du Conseil d'Etat en date du 30 mars 2007¹³⁵⁶ jugeant en référé-liberté va plus loin dans l'appréhension temporelle des mesures à prendre. En effet, le Conseil d'Etat a retenu « qu'il lui appartient (le juge des référés), lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures provisoires qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte ; que, toutefois, lorsqu'aucune mesure de caractère provisoire n'est susceptible de satisfaire cette exigence, en particulier lorsque les délais dans lesquels il est saisi ou lorsque la nature de l'atteinte y font obstacle, il peut enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause ». De ce fait, lorsque les délais de saisine ou la nature de l'atteinte font obstacle à la satisfaction de l'obligation de sauvegarder l'exercice effectif d'une liberté fondamentale par le biais de mesures normalement provisoires et réversibles, le juge des référés pourra être amené à prescrire des mesures irréversibles à l'encontre de la personne fautive afin de faire cesser cette atteinte. En l'espèce, le maire de la ville de Lyon refusait la location d'une salle municipale pour une réunion des témoins de Jéhovah. Le Conseil d'Etat a considéré que cette mesure d'interdiction violait la liberté de réunion et de religion.

Cette irréversibilité des mesures nécessite cependant d'être relativisée de deux manières. En effet, le Conseil d'Etat a précisé tout d'abord à propos de la prescription de mesures non réversibles « qu'il en va ainsi notamment lorsque l'atteinte résulte d'une interdiction dont les effets sont eux-mêmes provisoires ou limités dans le temps »¹³⁵⁷. Ensuite, cette décision ayant été prise concernant les référés-liberté, il reste donc une incertitude quant à la possibilité pour le juge de prendre des mesures potentiellement irréversibles dans le cadre des autres procédures de référés. Des évolutions semblent possibles notamment parce que l'article L. 521-3 du Code de justice administrative énonce que le juge peut prendre « toutes autres mesures utiles ».

¹³⁵⁶ CE. Ordonnance. Réf., 30 mars 2007, *Ville Lyon*, req. n°304053.

¹³⁵⁷ CE. Ordonnance. Réf., 30 mars 2007, *Ville Lyon*, req. n°304053.

719. Finalement, la jurisprudence reconnaît « quelque cas dans lesquels la mesure prononcée, présentée comme provisoire, revêt en réalité un caractère irréversible »¹³⁵⁸. Les exemples peuvent notamment être pris en matière de liberté de réunion¹³⁵⁹. En effet, ordonner la suspension d'un refus de location de salle pour une réunion revient à permettre que la réunion ait lieu et par là-même rendre irréversible le fait que la tenue de cette réunion litigieuse ait eu lieu. Le paradoxe de ces mesures provisoires réside dans le fait qu'elles sont « matériellement irréversibles sans être juridiquement définitives »¹³⁶⁰.

720. Au sujet du caractère provisoire des mesures des ordonnances de référés, la doctrine avait déjà sous-entendu la nécessité de prescrire des mesures plus catégoriques. En effet, « le référé est une procédure (...) qui permet à un juge (...) d'ordonner immédiatement (...) les mesures nécessaires. Or, la nécessité peut se satisfaire des mesures provisoires ; elle peut parfois exiger des mesures plus définitives »¹³⁶¹. Ainsi, comme le rappelle B. Plessix « c'est d'ailleurs tout le paradoxe de notre société : le justiciable est avide de certitude, de définitif, d'éternel, mais plus il demande à la justice d'être moins lente, plus il la sollicite de rendre des décisions provisoires »¹³⁶². Le paradoxe de l'irréversibilité juridique trouve ici un exemple flagrant. Dans un domaine où le réversible devrait régner, l'irréversible est demandé afin de garantir un droit meilleur.

721. Au même titre que les mesures d'urgence des juges des référés, la problématique des revirements de jurisprudence introduit une réversibilité juridique dans la matière processuelle.

¹³⁵⁸ RIEU F., *Du provisoire à l'irréversible ou comment le juge de l'urgence pèse sur le comportement de l'Administration*, *Préc.*

¹³⁵⁹ Cf. notamment CE. réf., 19 août 2002, *Front National et a.*, req. n°249666 : « Considérant qu'il y a lieu en conséquence, et par application des règles, que rappelle la présente ordonnance, relatives d'une part au droit pour les partis politiques légalement constitués d'organiser des réunions, d'autre part aux motifs, tirés des exigences de l'ordre public ou des nécessités de l'administration des propriétés communales, sur le fondement desquels les communes et leurs groupements peuvent refuser de mettre à la disposition de ces partis, en vue de telles réunions, des locaux qui dépendent d'eux et pour lesquels une telle affectation est prévue, d'ordonner au maire d'Annecy et au président de la communauté de l'agglomération annécienne de ne pas faire obstacle, sauf circonstances de droit ou de fait nouvelles, à l'exécution du contrat de réservation conclu entre l'IFOREL (institut de formation des élus locaux) et la société Impérial Palace ».

¹³⁶⁰ RIEU F., *Préc.*

¹³⁶¹ PLESSIX B., *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, *Préc.*, p. 76.

¹³⁶² *Ibidem.*

B) La réversibilité juridique des revirements de jurisprudence

722. Le temps judiciaire aspire initialement à un temps long permettant de rendre une justice de qualité. Cependant, il est soumis « à une temporalité plus courte et fragile, liée à l'action ou à la décision, parfois pressée par l'urgence, soumise aux réversibilités »¹³⁶³. Il s'agit du « temps de la réalité sociale et de ses contingences, à partir desquelles il faut interpréter le droit »¹³⁶⁴.

723. A propos des revirements de jurisprudence, H. Battifol écrivait en 1967 que « les revirements de jurisprudence ont une portée rétroactive qui porte atteinte au principe de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique »¹³⁶⁵. Pareillement, dans son rapport de 2005 relatif à l'insécurité juridique, la Cour de cassation énonce qu'une des premières réponses à l'insécurité juridique en matière de jurisprudence consiste dans « un usage plus précautionneux voire plus restreint des revirements de jurisprudence, et à tout ce qui peut favoriser « l'envie de revirer » »¹³⁶⁶. Il convient avant toute chose de s'attarder sur la définition même du « revirement de jurisprudence ». Le mot revirement signifie un « changement en sens contraire dans une évolution, dans l'attitude, les opinions et/ou disposition d'une personne »¹³⁶⁷. En matière de jurisprudence, il s'agit donc pour les juges de changer leur interprétation d'une règle de droit donnée. Ce revirement dans l'interprétation constitue une réversibilité juridique puisqu'elle remet en cause le *statu quo* précédent sur cette même interprétation.

724. La conception de la jurisprudence en France n'est pas caractérisée par la fixation des interprétations ou par des effets cliquets attachés aux décisions. En effet, la notion de « précédents jurisprudentiels » n'existe pas à proprement parler en droit français dans le sens où il est entendu en droit anglo-saxon, c'est-à-dire comme une réelle source du droit. Cette volonté trouve son fondement juridique dans l'article 5 du Code civil qui défend aux juges de statuer par voie de disposition générale et réglementaire, ceci afin d'éviter tout empiètement du judiciaire sur le législatif. Les juges français ne sont donc pas autorisés à

¹³⁶³ BESSIN M., *La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique*, Droit et société, 39-1998, p. 333.

¹³⁶⁴ *Ibidem*.

¹³⁶⁵ BATTIFOL H., *Note sur les revirements de jurisprudence*, APD, 1967, p. 335.

¹³⁶⁶ Cass. *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.

¹³⁶⁷ CNRTL, *Revirement*.

créer des règles générales que les autres juridictions seraient dans l'obligation de respecter. Ainsi, un jugement qui se fonderait uniquement sur une précédente jurisprudence ne serait pas assez motivé¹³⁶⁸. Cependant, comme le rappelle J. Carbonnier lorsqu' « un juge a jugé d'une certaine manière, s'il retrouve le même débat dans un procès nouveau, il a tendance à reproduire le jugement précédent : ce n'est pas seulement la force de l'habitude (...) c'est aussi la volonté de ne pas décevoir les attentes des praticiens et des justiciables, de ne pas troubler la confiance qu'ils ont fait à ce qui avait été antérieurement jugé »¹³⁶⁹. Pareillement, R. Dworkin souligne le fait que « les juges forgent, au cours de leur carrière et conformément à leurs propres convictions et à leurs caractères, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des différents niveaux et de différentes parties des pratiques juridiques de leur ressort »¹³⁷⁰. Ils élargissent ces théories et « s'appuient sur elles quand ils sont confrontés à des problèmes nouveaux et difficiles de manière cohérente (...) avec ce qu'ils considèrent comme la meilleure interprétation des décisions que prennent ou qu'ont prises d'autres juges dans de tels cas ». Ainsi, même si le « précédent jurisprudentiel » n'existe pas en tant que tel, dans la pratique il est indirectement présent. A ce titre, la possibilité offerte aux juridictions inférieures de demander un avis à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, à propos de questions de droit nouvelles, présentant des difficultés sérieuses de nature à se reproduire fréquemment, tend à établir des règles jurisprudentielles unifiées et stabilisées. Il en va de même concernant les questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

725. C. Atias précise au sujet des revirements que l'expression « revirement de jurisprudence » évoque d'abord deux périodes de stabilité et, ensuite, la transition qui les sépare. Il est question de changement, d'incertitude, parce que la situation normale est supposée caractérisée par « le maintien de solutions constantes et par la certitude et la prévisibilité qui en résultent »¹³⁷¹. Les justifications de ces revirements trouveraient leurs sources notamment dans la volonté d'amélioration de l'analyse de la règle de droit ou d'un changement de fait, social, ou encore idéologique. La question de la négativité ou de la positivité des revirements de jurisprudence se pose inévitablement. L'existence de ces revirements de jurisprudence se heurte nécessairement aux principes de sécurité juridique,

¹³⁶⁸ TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Chapitre XI, *La force des précédents et les effets pervers en droit*, Editions Léviathan, PUF, Paris, 2001, p. 166.

¹³⁶⁹ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op.cit.*, p. 57.

¹³⁷⁰ DWORKIN R., *La théorie du droit comme interprétation*, *Droit et société*, 1-1985, p. 109.

¹³⁷¹ ATIAS C., *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv, 2005, p. 298.

de confiance légitime ou encore de prévisibilité du droit puisqu'aucune certitude d'irréversibilité juridique n'est assurée concernant l'interprétation de la règle de droit par les juges. J-L Aubert parle « d'effets pervers »¹³⁷² potentiels entraînés par les revirements de jurisprudence. A propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, B. Nabli et G. Sutter rappellent que « l'hypothèse du revirement de jurisprudence est ainsi une source particulièrement forte d'instabilité. Elle fait peser un risque *sérieux* sur la sécurité juridique, risque d'autant plus important lorsque le revirement procède du juge constitutionnel »¹³⁷³. Ils précisent que ce phénomène crée « une zone de turbulence et d'instabilité dans le champ du droit applicable »¹³⁷⁴. Il est cependant nécessaire de préciser que le Conseil constitutionnel n'est pas prolix en matière de revirement, cela s'expliquant certainement par l'importance de la norme de droit à interpréter. Malgré les effets potentiellement pervers, la rétroactivité attachée au revirement n'est pas toujours négative et peut même s'avérer « salubre »¹³⁷⁵. Ainsi, « les revirements du droit prétorien, lorsqu'ils ne sont pas excessivement nombreux, sont signes de vitalité et d'adaptation, non d'insécurité »¹³⁷⁶.

726. La Cour de cassation a rappelé que la sécurité juridique « invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge »¹³⁷⁷. L'avocat général rappelle, à propos de cette affaire relative à l'obligation de résultat de sécurité qui incombe au médecin, la position traditionnelle de l'ordre judiciaire en matière de revirement de jurisprudence. Il « consiste, après avoir mis en balance d'un côté l'impératif de sécurité juridique, de l'autre la nécessité de permettre au juge de faire évoluer sans entrave l'interprétation de la norme qu'il doit appliquer en fonction des lentes métamorphoses de la société et des valeurs qu'elle protège, à faire prévaloir systématiquement le deuxième terme de cette pesée quels qu'en puissent être les

¹³⁷² AUBERT J-L., *Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv. 2005, p. 300.

¹³⁷³ NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République*, *Préc.*, p. 1599.

¹³⁷⁴ *Ibidem*.

¹³⁷⁵ BACHELIER X., JOBARD-BACHELIER M-N., *Les revirements de jurisprudence, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTD Civ., 2005, p. 304.

¹³⁷⁶ KACZMAREK L., *Revirement de jurisprudence et sécurité juridique : la Cour de cassation module sa position*, note de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 2009, n° 08-16914, LPA, Le quotidien juridique, 398^e année, 9 octobre 2009, n° 202, p. 13.

¹³⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ. 11 juin 2009, *M. X c/ Mme Y et CPAM de la Gironde*, req. n° 07-14932.

inconvenients pour les parties »¹³⁷⁸. En allant plus loin que la seule interprétation, la jurisprudence n'est de tout façon pas vouée à l'irréversibilité. M. Bessin prend l'exemple du juge d'application des peines et explique qu'il s'agit « d'une autre modalité du droit pour contrebalancer l'irréversibilité des décisions »¹³⁷⁹.

727. Le fait de ne pouvoir se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée est affirmé par les juges judiciaires avec constance¹³⁸⁰. A titre d'exemple, par deux arrêts du 11 juin 2009, la Cour de cassation rappelle que « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge »¹³⁸¹. Les causes de ce refus sont multiples. Tout d'abord, ce refus repose sur l'idée, ancienne mais néanmoins encore tenace, que la jurisprudence n'est pas une source autonome du droit¹³⁸². Le juge ne crée en réalité rien de nouveau mais procède à une interprétation plus récente de la norme. Ensuite, la jurisprudence n'a qu'un effet relatif par rapport à la loi (qui est impersonnelle et générale) puisqu'elle ne concerne que le cas particulier jugé. Aucune contrainte n'est donc attachée à la décision judiciaire puisqu'elle ne concerne que les parties. A ce sujet, l'avocat général rappelle que « rien n'est définitivement lié ni dans l'espace, chaque juridiction conservant, en droit, sa libre interprétation, ni dans le temps, la Cour de cassation se payant quelque fois le luxe de revirements successifs, avec parfois des repentirs ramenant, après plusieurs va-et-vient, à la case départ »¹³⁸³. Ce refus d'un droit acquis à une jurisprudence figée entraîne une réelle rétroactivité qui peut paraître difficilement conciliable avec l'article 6 de la CEDH. G. Canivet et N. Molfessis écrivent à ce sujet que « le revirement de jurisprudence a pour effet positif de donner une interprétation de la loi mieux adaptée au contexte économique et social, mais dans quelques rares situations, il peut aussi être facteur de désorganisation et de

¹³⁷⁸ DOMINGO M., Avis relatif à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 11 juin 2009, La Gazette du Palais, 26 et 27 août 2009, p. 18.

¹³⁷⁹ BESSIN M., *La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique*, Droit et société, 39-1998, p. 341.

¹³⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ. 21 mars 2000, Bull. civ. n°97 ; Cass. 2^e civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. N° 361 ; Cass. 1^{ère} civ. 9 octobre 2001.

¹³⁸¹ Cass. 1^{ère} civ. 11 juin 2009, n° 08-16.914 et n° 07-14.932.

¹³⁸² Article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cet article a perdu de sa substance et la jurisprudence est aujourd'hui reconnue comme une source autonome. Cf. Notamment BOULANGER J., *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTD civ, 1961, p. 417.

¹³⁸³ DOMINGO M., *Avis relatif à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 11 juin 2009*, *Préc.*, p. 19.

coûts »¹³⁸⁴. A ce titre, il convient de préciser que les juges de la Cour de cassation ne sont pas cependant complètement indifférents aux conséquences dommageables des revirements de jurisprudence. Dans un arrêt du 9 juillet 2004¹³⁸⁵, la Cour de cassation avait précisé que l'application immédiate à une instance en cours d'une règle de prescription pourrait aboutir à priver l'une des parties d'un droit à un procès équitable. Il s'agit ici de la reconnaissance des effets pervers des revirements de jurisprudence.

728. Les juges européens ont été amenés à se prononcer sur la question d'une éventuelle violation de l'article 6 de la CEDH par l'application à une situation déterminée d'un revirement de jurisprudence. La Cour Européenne a répondu par la négative en considérant que « le nouvel état du droit introduit par le revirement du 15 décembre 1998, antérieur à la naissance du litige (...), était parfaitement connu des deux parties. M.H n'a fait que saisir les juridictions, comme il en avait la possibilité, à la suite d'un arrêt qui lui était favorable et qui lui permettait de revendiquer un complément d'indemnité de licenciement. Si la requérante perçoit comme une injustice le fait que les tribunaux ont donné gain de cause à M.H, cette injustice est inhérente à tout changement de solution juridique »¹³⁸⁶. Cette idée d'injustice soulignée par la Cour illustre l'insécurité juridique qui peut résulter des revirements de jurisprudence. La décision de la CEDH rappelle une des justifications à cette compatibilité entre revirement de jurisprudence et article 6 de la CEDH en s'appuyant sur la décision de la Cour de cassation ayant donné lieu à la décision des juges européens. « La Cour relève que l'avocat général de la Cour de cassation a examiné, dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 1998, l'équilibre des intérêts en jeu et estimé que les conséquences financières du revirement de jurisprudence seraient modérées. Plus précisément, il a souligné que la jurisprudence antérieure pouvait conduire à de graves inégalités entre salariés de la même entreprise en redressement judiciaire et qu'un renversement de jurisprudence, qui aurait nécessairement un effet rétroactif, provoquerait certes un alourdissement de la charge de l'AGS, mais qui serait contenu dans un cadre restreint »¹³⁸⁷. Cette atteinte à la sécurité juridique trouverait donc une de ses justifications principales dans la présence d'un intérêt général et dans l'analyse d'une balance avantage/inconvénient. A ce titre, le Conseil d'Etat, dans son rapport sur la sécurité

¹³⁸⁴ CANIVET G., MOLFESSIS N., *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?*, La semaine juridique, Edition générale, 15 décembre 2004, p. 2296.

¹³⁸⁵ Cass. 2^e civ. 8 juillet 2004, n°01-10426.

¹³⁸⁶ CEDH. 18 décembre 2008, *Unedic c/France*, req. n° 20153-04, point 75.

¹³⁸⁷ CEDH. 18 décembre 2008, *Unedic c/France*, req. n° 20153-04, point 77.

juridique, énonce que « le principe de légalité peut avoir des conséquences sur la sécurité juridique, notamment en cas d'annulation contentieuse à caractère rétroactif, ou encore dans les hypothèses de revirement de jurisprudence »¹³⁸⁸.

729. Dans le but d'une amélioration du système des revirements de jurisprudence en droit français, M. Domingo rappelle les précautions prises par les systèmes juridiques étrangers afin de limiter les effets perturbateurs ou dévastateurs des revirements de jurisprudence. En Grande-Bretagne, où le précédent a une importance toute différente du droit français, les juges ont recours à la technique du *distinguishing* consistant à affirmer que les faits de l'espèce sont différents de ceux qui avaient motivé les décisions antérieures. Le juge administratif français utilise également cette expression « dans les circonstances de l'espèce ». Aux Etats-Unis, les juges utilisent le *prospective overruling*, c'est-à-dire le « revirement pour l'avenir », la décision ne s'applique alors que dans le cadre de litiges futurs portant sur des situations nées postérieurement.

730. A ce titre, en droit français, il convient de préciser que le rapport du groupe de travail présidé par N. Molfessis, relatif aux revirements de jurisprudence, pointe l'intérêt de ce système de « revirement pour l'avenir » en souhaitant que les juges de la Cour de cassation y aient recours. Ce mécanisme juridique revient à poser un revirement dans l'interprétation d'une règle de droit pour l'avenir, en appliquant à l'espèce l'interprétation antérieure. Ainsi, la sécurité juridique serait assurée. Ce système bien que louable présente néanmoins des écueils non négligeables. J-L Aubert soulève à ce titre certains d'entre eux¹³⁸⁹. Tout d'abord, le fait dans une même instance d'énoncer une interprétation nouvelle tout en précisant aux parties qu'elle ne s'appliquera pas pour elles, risque de créer une incompréhension voire un sentiment d'injustice en fonction du sens de la décision. De plus, ce décalage ne convient pas au rôle du juge qui est de faire application de la norme qu'il considère adéquate. Or, dans le cas d'un « revirement pour l'avenir » le juge énonce l'interprétation de la norme qui a vocation à s'appliquer tout en l'écartant et en utilisant la solution antérieure dans le but de garantir une certaine sécurité juridique. A ce titre, X. Bachelier et M-N Jobard-Bachelier parlent même de « déni de justice »¹³⁹⁰. Ensuite, les

¹³⁸⁸ CE. *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport Public, 2006, p. 282.

¹³⁸⁹ AUBERT J-L., *Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Préc.*

¹³⁹⁰ BACHELIER X., JOBARD-BACHELIER M-N., *Les revirements de jurisprudence, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Préc.*, p. 304.

avis et positions de la Cour de cassation changent de manière fréquente. Ainsi, il serait possible de se retrouver dans une situation où un revirement pour l'avenir aurait été annoncé sans qu'il se retrouve appliqué pour cause de changement de « politique judiciaire » entraînant une idée néfaste d'inutilité du droit.

731. Le mécanisme du « revirement pour l'avenir » nécessiterait d'être approfondi dans le but de limiter des effets qui pourraient s'avérer tout aussi pervers que la rétroactivité des revirements. En Belgique, dans le cadre d'une recherche poussée de stabilité jurisprudentielle, le procureur général s'est vu confier avec la pratique le soin de saisir les pouvoirs publics afin de procéder par voie de modification législative. Enfin, il convient de noter que les jurisprudences de la CEDH et de la Cour de Justice de l'Union Européenne utilisent la méthode du revirement pour l'avenir sur le fondement de la sécurité juridique et de la confiance légitime. La CEDH apporte un éclairage non négligeable à ce propos dans un arrêt en date du 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*. Les juges retiennent que « sans être formellement tenue de suivre un quelconque de ses arrêts antérieurs, (...) la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents »¹³⁹¹.

732. Dans la continuité des efforts faits par les juges français concernant les revirements de jurisprudence, une décision du Conseil d'Etat est à souligner. En effet, dans un arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*¹³⁹², le Conseil d'Etat a été amené à moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence. Les juges ont retenu qu'il est possible de « déroger à l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle nouvelle en raison de l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours ». En l'espèce, le Conseil d'Etat a décidé que le « recours de pleine juridiction ouvert aux concurrents évincés par sa décision ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la date de lecture de cette décision, sous la seule réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant cette même date ». Cette modulation, bien que louable, reste à nuancer. Il s'agit d'un cas d'espèce et comme le rappelle F. Moderne, « il faudra accepter une part de subjectivité dans le choix et la pesée

¹³⁹¹ CEDH. 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. n° 27238/95, §70.

¹³⁹² CE. Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, req. n°291545.

des arguments (...). La sécurité juridique se prête, nul ne l'ignore, à des utilisations variables au gré des circonstances »¹³⁹³.

733. Ainsi, il est possible de considérer que les revirements de jurisprudence tout en étant une figure de réversibilité juridique, font l'objet en droit français d'une conscience collective des effets potentiellement néfastes du phénomène. Sans pour autant parler d'une irréversibilité juridique des décisions jurisprudentielles, il convient cependant de constater une certaine volonté de stabilité juridique dans l'établissement de la jurisprudence.

¹³⁹³ MODERNE F., *Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, RFDA, 2007, p. 917.

CONCLUSION CHAPITRE I

734. Au vu de ces derniers développements il semble que l'irréversibilité juridique soit finalement un phénomène connu du droit même s'il est rarement énoncé en tant que tel. Ses manifestations traditionnelles appartiennent à des domaines juridiques ou des théories qui constituent les bases de la conception du droit français. En plus de ses manifestations traditionnelles, l'irréversibilité juridique a pris ces dernières années une place nouvelle dans la matière juridique. En effet, au premier volet de l'irréversibilité juridique, s'en adjoint un second, plus contemporain, et qui concerne le domaine environnemental. Si le droit a pour mission de se saisir des irréversibilités environnementales afin de les limiter, de les réduire voire de les éliminer, le phénomène purement juridique d'irréversibilité peut servir cette mission. Ainsi, l'irréversibilité peut être amenée à soigner l'irréversibilité. De ce fait, parler des manifestations de l'irréversibilité juridique environnementale revient à étudier les différentes illustrations d'irréversibilité juridique spécifique au droit de l'environnement. Il s'avère que ces irréversibilités juridiques environnementales sont nombreuses et diversifiées.

CHAPITRE II - Les manifestations de l'irréversibilité juridique environnementale

735. A l'instar des irréversibilités juridiques « traditionnelles », les irréversibilités juridiques environnementales sont multiples et consacrées de manière plus ou moins explicite. Par figure d'irréversibilité juridique environnementale, il convient d'entendre les irréversibilités dites « sociales »¹³⁹⁴ ou « objectives ». Ces irréversibilités juridiques sont mises en place afin d'endiguer le phénomène d'irréversibilité de fait environnementale. Dans ce cadre, l'irréversibilité n'est plus subie mais choisie. J-C. Hourcade précise qu'une « société, pour progresser, doit prendre le risque de l'irréversibilité, et la recherche d'un univers en permanence adaptatif, souple, ménageant les options futures peut correspondre à une utopie dangereuse puisqu'elle peut enfermer dans le statu quo »¹³⁹⁵. A ce sujet, Ha Duong Minh rappelle la différence entre irréversibilité absolue et irréversibilité des choix : l'irréversibilité absolue correspond à « l'impossibilité d'un retour à l'état initial », l'irréversibilité des choix correspond au fait que « les choix à court terme modifient les conditions dans lesquelles se prennent les choix à long terme »¹³⁹⁶. Ainsi, une des questions qui se pose est celle de la part des choix irréversibles en matière d'environnement que « doit » effectuer une société ainsi que celle du contenu de ces choix.

736. Afin d'étudier ces figures d'irréversibilité juridique environnementale, il convient de voir la reconnaissance de l'existence même de ces irréversibilités sociales et d'en identifier les exemples principaux (Section I). La figure d'irréversibilité juridique environnementale la plus illustrative est celle du principe de non-régression en droit de l'environnement (Section II).

¹³⁹⁴ GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, *Préc.*, p. 249.

¹³⁹⁵ HOURCADE J-C., *La construction sociale des irréversibilités*, in *Figure de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'école des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1991, p. 303.

¹³⁹⁶ HA DUONG M., *Comment tenir compte de l'irréversibilité dans l'évaluation intégrée du changement climatique ?* Thèse de doctorat de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1998, p. 14.

Section I. L'irréversibilité juridique en droit de l'environnement

« Le droit français fait montre envers la thématique de l'irréversibilité d'une posture général étonnante : il ne la reconnaît pas, mais il l'a instituée dans son propre fonctionnement général ».

O. GODARD, J-M SALLES¹³⁹⁷.

737. La reconnaissance de l'existence d'irréversibilités juridiques en droit de l'environnement passe par une nécessaire définition de celles-ci (§1) ainsi que par l'étude de ses figures principales (§2).

§1. La définition des irréversibilités juridiques environnementales

738. Une situation environnementale alarmante peut entraîner une peur panique chez l'homme et de ce fait orienter les prises de décision vers une radicalité dont il convient d'étudier les aspects. La peur de l'état d'irréversibilité environnementale justifie-t-elle une mise sous cloche du milieu ? Afin d'endiguer « l'érosion biologique »¹³⁹⁸, la mise en place d'irréversibilités sociales s'impose-t-elle ? Par mise sous cloche du milieu, il faut entendre une protection absolue, exclusive d'intervention humaine néfaste pour le milieu naturel et culturel. L'irréversibilité sociale ou juridique, pour les économistes, est le fait de bloquer une situation environnementale afin de tenter de mettre fin à un processus de détérioration. Face à une situation potentiellement irréversible du point de vue de l'environnement, l'homme répond par une autre irréversibilité, juridique celle-ci. Il s'agit notamment de ce qu'O. Godard appelle la « règle d'abstention »¹³⁹⁹, qui est la forme la plus absolue d'application du principe de précaution, sachant que l'abstention ne constitue qu'une partie

¹³⁹⁷ GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, Préc., p. 250.

¹³⁹⁸ UNTERMAIER J., *La Convention de Rio sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique*, in *Droit de l'environnement et du développement durable*, PRIEUR M., DOUMBE-BILLE S., PULIM, 1994.

¹³⁹⁹ GODARD O., *Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question*, Préc., p. 1256.

des irréversibilités juridiques environnementales. Il convient de préciser que cette irréversibilité reste le plus souvent relative, l'homme se ménageant des « portes de sortie ».

739. Deux types principaux d'irréversibilités juridiques environnementales sont à retenir. Tout d'abord, les irréversibilités réellement choisies, volontaires, qu'il est possible de qualifier de « directes ». Le droit met en place des mécanismes volontairement irréversibles afin d'endiguer un phénomène de dégradation environnementale irréversible. Ensuite, il existe les irréversibilités juridiques qui ne sont pas réellement choisies mais qui découlent de choix, de décisions politiques qui révèlent en leur sein de l'irréversibilité. Ces irréversibilités seront qualifiées d'« indirectes ». On se rapproche ici de la notion économique d'« irréversibilité des choix ». Ainsi, comme le rappelle S. Rouillon en matière de changement climatique, « certaines mesures prises pour lutter contre l'accroissement de l'effet de serre sont, elles aussi, largement irréversibles. Jusqu'à un certain point, en effet, la politique de lutte contre l'effet de serre motive des ajustements mineurs des comportements, ceux-ci peuvent donc être abandonnés facilement. Par contre, au-delà, la réduction des émissions de gaz à effet de serre exige d'adopter et de développer de nouvelles technologies. Ces investissements sont, pour leur part, irrécupérables »¹⁴⁰⁰. Ces irréversibilités sociales bien qu'indirectes sont mises en place afin d'endiguer un processus environnemental irréversible.

740. Etudier les aspects positifs de l'irréversibilité juridique en environnement peut paraître paradoxal. Comment une irréversibilité environnementale pourrait-elle s'avérer positive lorsque l'on sait qu'il est impossible de revenir en arrière ? Il s'agit ici d'entendre le mot irréversibilité, non plus dans son sens négatif de dégradation de l'environnement mais précisément comme un moyen de lutte contre les processus d'atteintes irréversibles. Afin d'endiguer l'irréversibilité, le droit tente de créer de l'irréversibilité. Il procède en fait à une fixation de l'état de l'environnement afin que ce dernier ne continue pas à se dégrader. Les actions néfastes contre l'environnement sont figées et le milieu est mis « sous cloche » ou tout du moins protégé de manière très rigoureuse. C'est ce qu'O. Godard et J-M. Salles appellent « la carte de l'irréversibilité » ou les « jeux sociaux »¹⁴⁰¹. Afin de mettre en place une protection de l'environnement satisfaisante, il s'agit soit de réduire les activités et les

¹⁴⁰⁰ ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, *op.cit.*, p. 63.

¹⁴⁰¹ GODARD O., SALLES J.M., *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Editions de l'école des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991.

décisions humaines ayant des impacts sur l'environnement, soit d'obliger à un comportement. Dans les deux cas, cela ne peut se faire que dans le cadre d'une action durable non modifiable ou difficilement modifiable. De ce fait, « pour parvenir à ses fins ou leur donner une crédibilité suffisante, l'ordre juridique adopte une hiérarchisation des règles et des divers mécanismes visant explicitement à rendre difficile la réversion des règles »¹⁴⁰². L'irréversibilité sociale peut résulter par exemple d'un système de conservation d'espaces ou de monuments de la culture nationale ou universelle. Des mécanismes d'irréversibilité positive sont mis en place et ont pour effet de bloquer, notamment par voie législative, certaines situations. Il s'agit d'un moyen d'enrayer les évolutions néfastes, d'une gamme de mesures destinées soit à procéder à la remise en l'état, soit à figer une situation (comme par exemple avec l'aliénabilité, les conservatoires ou les moratoires¹⁴⁰³). A titre d'exemple, concernant les stratégies de limitation en matière d'invasion d'espèces, la prescription d'éradication de l'espèce constitue bien de l'irréversibilité juridique afin de prémunir l'environnement d'irréversibilités de fait. L'IUCN encourage d'ailleurs cette éradication¹⁴⁰⁴. Ainsi, l'objectif de la suppression « consiste à ramener à long terme la densité et l'abondance des espèces exotiques envahissantes à un seuil préétabli qui soit acceptable. La nuisance causée par les espèces se trouvant en dessous de ce seuil est considérée comme acceptable par rapport aux dégâts causés à la biodiversité et à l'économie »¹⁴⁰⁵.

741. Toutefois, la mise en place de ces irréversibilités juridiques environnementales est rarement absolue. O. Godard et J-M. Salles soulignent ainsi cette absence de caractère absolu : « merveilleux droit qui réussit tout à la fois à organiser la fiction de l'irréversibilité sociale, à instituer l'irréversibilité comme sa propre règle de fonctionnement et à ménager de la réversibilité dans son acceptation de cette règle ! »¹⁴⁰⁶. Les figures d'irréversibilité juridique environnementale illustrent ce paradoxe.

¹⁴⁰² GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, op.cit., p. 252.

¹⁴⁰³ Cf. *Infra*.

¹⁴⁰⁴ IUCN, *Appliquer les dispositions sur les espèces exotiques envahissantes du Plan stratégique pour la diversité biologique 2011-2020*, Résolutions WCC-2012-Res-021-FR, Corée, Jéju, septembre 2012.

¹⁴⁰⁵ BRETESCHE T., *L'introduction d'espèces exotiques et la protection de l'environnement : étude d'un système juridique*, op.cit., p. 173.

¹⁴⁰⁶ GODARD O., SALLES J.M., op.cit., p. 253.

742. De plus, la relativité de ces irréversibilités s'explique aussi par leurs éventuelles limitations en termes de durée, de but atteint et d'utilité. A. Waite¹⁴⁰⁷ a développé un principe, nommé principe d'équilibre, qui consiste à considérer que pour que le droit de l'environnement soit en accord avec les lois de la nature et puisse répondre aux enjeux environnementaux, il faut que son contenu normatif soit en « adéquation avec le but poursuivi »¹⁴⁰⁸. Ce principe induit la légitimation de la suppression des règles de droit lorsqu'elles ont réalisé leurs effets escomptés. Ainsi, comme le rappelle C. Krolik « la suppression d'une espèce sur une liste de protection ou l'accroissement de quotas de pêche pourrait se justifier lorsque les populations se sont reconstituées et que leur pérennité s'avère garantie »¹⁴⁰⁹. L'irréversibilité juridique environnementale ne serait donc justifiée que tant que la dégradation environnementale qu'elle vise à limiter existe réellement.

743. Les figures d'irréversibilités juridiques en droit de l'environnement sont nombreuses et diversifiées, ce qui démontre l'intérêt d'un tel mécanisme dans le cadre de la gestion des irréversibilités de fait environnementales.

§2. Les figures principales d'irréversibilités juridiques en droit de l'environnement

744. Les deux exemples les plus concrets d'irréversibilités juridiques en droit de l'environnement sont les moratoires et les sanctuaires environnementaux. La définition du mot « sanctuaire » en dehors du sens religieux¹⁴¹⁰ peut s'énoncer ainsi : il s'agit d'un « lieu protégé, fermé, secret ». Initialement, c'est dans une dimension sacrée que les espaces et les espèces étaient protégés. Ainsi, en droit romain, les biens réservés aux dieux¹⁴¹¹ étaient inaliénables. Dans de nombreux pays, cette sanctuarisation d'espèces ou de lieux perdure.

¹⁴⁰⁷ WAITE A., *The quest for environmental law equilibrium*, in *Environmental law review*, 2005, p. 34.

¹⁴⁰⁸ KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, in *La non-régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 137-149.

¹⁴⁰⁹ KROLIK C., *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ Cf. Lieu d'asile inviolable, Le Robert, dictionnaire de la langue française, 1986.

¹⁴¹¹ Cf. notamment THOMAS Y., *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2002/6, 57^e année, p. 1431-1462, p. 1432 : « On ne voit s'affirmer en effet cette vocation premièrement patrimoniale des *res* que par contraste avec le régime d'indisponibilité dont elles sont exceptionnellement frappées en droit sacré comme en droit public. Pour que soit ouvertement exposée leur nature juridique de choses évaluables, appropriables et disponibles, il faut que certaines d'entre elles aient été retranchées de l'aire d'appropriation et d'échange, puis affectées aux dieux ou à la cité ». p. 1434 : « Les juristes ne considéraient en effet les choses publiques et sacrées (auxquelles s'adjoignent les choses religieuses et saintes) que sous l'angle de leur inaliénabilité et de leur inappropriabilité ».

Les plantes également étaient protégées, par exemple l'if était considéré comme un arbre sacré¹⁴¹². En Italie, dans l'Antiquité, certains parcs étaient interdits aux hommes, ou aux femmes, ou réservés uniquement aux prêtres. En Inde, il existe aujourd'hui un *continuum* entre le régime juridique des parcs sacrés et la loi indienne sur les parcs nationaux. De la même manière, au nord de l'Australie, il existe une aire sacrée des populations aborigènes. Pareillement, cette appellation « sanctuaire » est fréquemment utilisée dans la communication des parcs nationaux. Par « sanctuaire » il conviendra ici de comprendre une protection juridique renforcée de l'environnement sur un espace donné. Le moratoire quant à lui peut être défini comme une décision « qui accorde ou formule un délai »¹⁴¹³.

745. La différence entre sanctuaire et moratoire réside dans la notion de temps. Le moratoire est temporaire (A) alors que le sanctuaire est normalement permanent (B).

A) Les moratoires environnementaux

746. Comme le rappelle M. Boudot le terme moratoire est le plus souvent employé en matière de conflits armés et de règles de paix¹⁴¹⁴. Issu du latin *moratorius*, qui signifie « qui retarde », ce terme initialement juridique, traduit à la fois l'idée de délai et de « terme suspensif de l'obligation »¹⁴¹⁵. G. Cornu le définit comme une « mesure législative exceptionnelle et temporaire, collective et objective intéressant une catégorie spéciale de débiteurs qui a pour objet d'accorder un délai de paiement, une suspension de mesures d'exécution forcée, (...), en raison de circonstances sociales graves rendant difficile l'exécution des obligations (...) pour une durée fixée par la loi (moratoire légale) ou laissée à la détermination du juge (moratoire judiciaire) »¹⁴¹⁶. C'est dans le cadre des « circonstances sociales graves » que le moratoire trouve une application en droit de l'environnement. Depuis l'avènement du principe de précaution, le terme moratoire est politiquement rattaché à ce dernier. Dans cette acception, le moratoire ne vise pas la suspension de l'exécution de l'obligation, mais celle du fait générateur jusqu'à ce qu'une décision politique soit prise. Les moratoires en droit de l'environnement ne sont donc pas

¹⁴¹² L'if est considéré comme un arbre de mort et de résurrection. Certains des plus vieux ifs se trouvent dans les cimetières, à cause de cette symbolique. C'est un arbre qui vit très longtemps, pour cette raison et son feuillage toujours vert, il a été considéré comme un symbole d'immortalité.

¹⁴¹³ CNRTL, *Moratoire*.

¹⁴¹⁴ BOUDOT M., *Moratoire*, Répertoire Dalloz Immobilier, Janvier 2012.

¹⁴¹⁵ *Ibidem*.

¹⁴¹⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Editions PUF, 9^e édition, Paris, 2011.

méconnus (le moratoire sur les essais nucléaires¹⁴¹⁷, le moratoire sur la chasse à la baleine¹⁴¹⁸, le moratoire sur le commerce de l'ivoire 1989¹⁴¹⁹).

747. Parmi ces exemples de moratoires médiatisés ces dernières années figurent ceux relatifs aux OGM. La Commission européenne dans sa communication sur la mise en œuvre du principe de précaution du 2 février 2000, a admis qu'une interdiction totale puisse être la seule réponse possible à un risque potentiel. Le droit de l'Union Européenne a ouvert la possibilité d'un moratoire concernant les OGM, notamment par le biais de l'article 23 de la directive 2001/18/CE du Parlement et Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM¹⁴²⁰. Cet article prévoit qu'un Etat membre peut limiter ou interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente d'OGM en tant que produit ou élément de produit sur son territoire. Pour justifier cette prise de décision, l'Etat doit se fonder sur des « informations nouvelles ou complémentaires (...) qui affectent l'évaluation des risques pour l'environnement, ou en raison de la réévaluation des informations existantes sur la base de connaissances scientifiques nouvelles ou complémentaires » qui apportent « des raisons précises de considérer qu'un OGM en tant que produit ou élément de produit ayant fait l'objet d'une notification en bonne et due forme et d'une autorisation écrite (...) présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement ». Cependant, ce mécanisme s'avère problématique en ce qui concerne notamment les produits concernés et les imbrications juridiques entre droit de l'Union Européenne et droit interne. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs posé une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés de l'Union Européenne à ce sujet¹⁴²¹. La CJUE dans un arrêt du 8 septembre 2011¹⁴²² répond aux juges du Conseil d'Etat en rappelant qu'« en vue de l'adoption de mesures d'urgence, l'article 34

¹⁴¹⁷ Cf. Notamment, CE. 29 septembre 1995, n°171277, CHAUVRAUX D., STAHL J-H., *La décision de reprise des essais nucléaires est un acte de gouvernement*, AJDA, 1995, p. 684.

¹⁴¹⁸ 1986, entrée en vigueur d'un moratoire général.

¹⁴¹⁹ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 3 mars 1973.

¹⁴²⁰ Directive 2001/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, JOUE du 17 avril 2001, L. 106/1. Directive 90/220/CEE du Conseil, du 23 avril 1990, relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, JOUE L.117 du 8 mai 1990, p. 15-27.

¹⁴²¹ CE. 6 novembre 2009, 3^e et 8^e sous-sections réunies, *Société Monsanto SA*, req. n° 313605.

¹⁴²² CJUE. 8 septembre 2011, *Monsanto SAS e.a.*, C-58/10 à C-68/10, AJDA 2011, p. 2339, chron. AUBERT M.

du règlement n°1829/2003¹⁴²³ impose aux États membres d'établir, outre l'urgence, l'existence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine, la santé animale ou l'environnement ». Le Conseil d'Etat dans un arrêt Société Monsanto SAS du 28 novembre 2011¹⁴²⁴ a donc annulé le moratoire français faute d'avoir pu démontrer le risque existant. Cet arrêt, bien que pouvant paraître contraire aux intérêts environnementaux, a pu à l'époque constituer une avancée puisque le 16 mars 2012¹⁴²⁵, le ministère de l'agriculture a pris de nouveaux arrêtés d'interdiction d'utilisation des OGM en invoquant cette fois-ci « les lignes directrices de l'Autorité européenne de sécurité des aliments »¹⁴²⁶. Ainsi, l'attitude de l'Etat français face aux OGM demeure fortement marquée par la défiance et se traduit, face à l'incertitude qu'ils engendrent, par le maintien d'un *statu quo*. Cependant, en juillet 2013, le Conseil d'Etat a à nouveau annulé le moratoire mis en place en mars 2012 pour absence de preuve « d'urgence » ou de risque important mettant en péril la santé humaine, animale ou l'environnement¹⁴²⁷. Le gouvernement français continue néanmoins de vouloir interdire ce type de semences. Ces vicissitudes témoignent de la difficulté à mettre en place des mesures de protection de l'environnement plus radicales.

748. Dans le domaine des moratoires, il convient de noter l'accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)¹⁴²⁸ qui prévoit que « dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre (de l'OMC), pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de renseignements pertinents disponibles (...) ». Dans ce cas, les membres devront obtenir les renseignements complémentaires nécessaires pour une « évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ». Les conditions énoncées par l'accord doivent être entendues cumulativement.

¹⁴²³ Règlement n°1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 *concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés*, JOUE L. 268 du 18 octobre 2003, p. 1-23.

¹⁴²⁴ CE. 28 novembre 2011, *Société Monsanto SAS*, req. n°313605, AJDA 2011, p. 2324.

¹⁴²⁵ Arrêté du 16 mars 2012 suspendant la mise en culture des variétés de semences de maïs génétiquement modifié (*Zea mays* L. lignée MON 810), JO n°0067 du 18 mars 2012.

¹⁴²⁶ BOUVERESSE A., *Annulation attendue des arrêtés suspendant l'autorisation du maïs MON 810*, Revue trimestrielle de droit européen 2013, p. 932.

¹⁴²⁷ CE. 1^{er} août 2013, *Association générale des producteurs de maïs (AGPM) et autres*, req. n°358103, 358615, 359078, AJDA 2013, p. 1656.

¹⁴²⁸ OMC accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), 15 avril 1994, Marrakech.

Ces mesures prises en application du principe de précaution sont provisoires et impliquent un véritable effort de recherche de données scientifiques supplémentaires.

749. Le caractère provisoire du moratoire en matière d'OGM et de mesures SPS ne semble donc pas lié à un délai mais bien à une évolution des connaissances scientifiques. A propos des mesures SPS, l'organe d'appel de l'OMC a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de « délai raisonnable » du moratoire. Il a été retenu que ce délai devait être établi au cas par cas au vu des circonstances de chaque espèce, y compris en tenant compte des difficultés d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires. Pareillement, la directive européenne n°2001/18 du 12 mars 2001¹⁴²⁹ pose le principe « d'une progression par étape » dans l'introduction d'OGM dans l'environnement. Ainsi, « le confinement des OGM est réduit et l'ampleur de leur dissémination augmentée progressivement, par étapes, mais seulement si l'évaluation des étapes antérieures du point de vue de la protection de la santé humaine et de l'environnement indique que l'on peut passer à l'étape suivante ». Cette évaluation passe nécessairement par l'évolution des connaissances scientifiques.

750. En définitive, la réversibilité d'un moratoire se concrétise soit par l'absence de la preuve d'un risque pour la santé et l'environnement (fondement de la décision de juillet 2013 du Conseil d'Etat), soit par l'apparition d'une nouvelle connaissance scientifique faisant état d'une innocuité de l'activité faisant l'objet du moratoire, soit par la reconstitution d'un stock d'individus pour la faune et la flore.

751. Dans une approche plus radicale que celle du mécanisme du moratoire, la « sanctuarisation » constitue un exemple d'irréversibilité juridique environnementale.

B) La « sanctuarisation » de l'environnement

752. Lutter contre l'irréversibilité environnementale peut donc passer par des mesures plus strictes et plus durables comme dans le cas des « sanctuaires ». Cette mise sous cloche est relative mais tend tout de même vers un certain immobilisme environnemental, exclusif de toute activité économique humaine susceptible de porter préjudice à l'environnement. Cette protection radicalisée, bien que justifiée par l'objectif de préservation des ressources environnementales, entraîne des conséquences qu'il s'agit de ne pas évacuer trop

¹⁴²⁹ *Préc.*

rapidement. Ces « effets par ricochet » résultent principalement des aspects sociaux qui peuvent intervenir lors du traitement des situations d'irréversibilité environnementales. Il reste important, lors de la mise en place d'irréversibilités sociales de ne pas négliger la prise en compte des aspects humains et économiques¹⁴³⁰.

753. Ce qui est sous-jacent à ces modes de protection, c'est le respect du « principe d'intégrité ». Ce principe renvoie à l'idée d'un environnement demeuré intact, d'où l'idée de sanctuarisation. Le principe n°7 de la Déclaration de Rio de 1992 reste plus attaché à une idéologie environnementale qu'à une réelle application juridique. La stratégie paneuropéenne de la diversité biologique et paysagère de 1995¹⁴³¹ définit l'intégrité écologique comme la protection des « processus écologiques qui interviennent dans la survie des espèces et dans la préservation des habitats dont cette survie dépend ». M. Fritz-Legendre retient au sujet du principe d'intégrité qu'il reste un idéal abstrait, mais qu'il traduit finalement « l'évolution des mentalités et la prise de conscience que l'homme influe sur les processus naturels et risque de créer une situation irréversible où l'environnement ne sera plus viable »¹⁴³². T. Bretesche ajoute que « la préservation de l'intégrité totale de la nature implique une sanctuarisation de celle-ci aboutissant *in fine* à couper l'homme de son environnement¹⁴³³ ».

754. Afin d'illustrer l'irréversibilité juridique environnementale à travers la sanctuarisation, il est possible de s'appuyer sur un certain nombre d'exemples internationaux (1) et nationaux (2).

¹⁴³⁰ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre II.

¹⁴³¹ Conférence ministérielle du Conseil de l'Europe, Stratégie paneuropéenne de la diversité biologique et paysagère, 25 octobre 1995, Sofia. Cette stratégie prévoit notamment le respect de 10 principes stratégiques : la rigueur dans la prise de décisions, l'évitement, la précaution, la délocalisation, la compensation écologique, l'intégrité écologique, le rétablissement et la (re)-constitution, la meilleure technologie disponible et la meilleure pratique en matière d'environnement, le pollueur-payeur et, enfin, la participation du public et son accès à l'information. Cette stratégie fait l'objet de conférences régulières afin de conserver les objectifs prévus en 1995, la dernière ayant eu lieu en 2009 à Liège.

¹⁴³² FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998.

¹⁴³³ BRETESCHE T., *L'introduction d'espèces exotiques et la protection de l'environnement : étude d'un système juridique*, *op.cit.*, p. 103-104.

1) Les exemples internationaux de « sanctuarisation » de l'environnement

755. Un des modèles le plus flagrant de sanctuarisation reste le cas particulier de l'Antarctique. Le régime de l'Antarctique est fondé sur un régime fonctionnel, de coopération scientifique, de démilitarisation, et d'inspection. Il a été conçu selon le Traité de Washington du 1^{er} décembre 1959, dans l'intérêt et le progrès de l'humanité¹⁴³⁴. Le continent doit être considéré comme une réserve naturelle, consacrée à la paix et à la science. Pareillement, toute activité se retrouve soumise à une évaluation de ses effets. Le Traité repose sur deux principes : une affectation de la zone antarctique à des fins exclusivement pacifistes, la liberté de la recherche scientifique, et la coopération entre les Etats dans ce domaine. Ainsi, les prétentions territoriales sont gelées, et la zone est considérée comme neutre : démilitarisée et dénucléarisée. Des réunions des puissances consultatives sont prévues annuellement et permettent l'adoption par consensus, de recommandations. L'absence de population indigène qui chercherait à se développer au détriment de l'environnement a permis aux Etats d'imposer des règles environnementales très strictes. Ces règles en font un observatoire irremplaçable de la planète qu'il convient de préserver. Ce « sanctuaire » connaît néanmoins des difficultés dues notamment à la présence scientifique (présence humaine sur le site, construction d'édifices, piste d'atterrissage), et à la gestion des déchets. L'apparition du tourisme en Antarctique est également une limite à cette protection absolue du territoire¹⁴³⁵. Les visites sont régies par deux accords, le Code de bonne conduite des opérateurs touristiques et le Code de déontologie du visiteur antarctique. Parmi ces règles figurent par exemple, l'interdiction de présence d'avion et de petite embarcation ou autre moyen de transport qui pourraient nuire à une colonie d'animaux, en mer comme en terre, l'interdiction d'introduire des espèces appartenant à la faune et la flore, l'obligation de respecter les zones spécialement protégées ainsi que de respecter les recherches scientifiques. Il s'agit en fait d'un système de gestion intégrée.

756. La Convention de Londres du 1^{er} juin 1972¹⁴³⁶ pour la protection des phoques, entrée en vigueur le 11 mars 1978, est venue compléter le système de l'Antarctique afin de ne pas

¹⁴³⁴ LEROUX E., *La sauvegarde de l'environnement antarctique quarante ans après le Traité originel ou l'émergence d'une conscience écologique*, RJE 2/2000, p. 179-196.

¹⁴³⁵ Une possibilité de skier à des montants très élevés (environ 45 000\$ pour une semaine) a été instaurée.

¹⁴³⁶ Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique, Londres, 1^{er} juin 1972.

épuiser cette espèce par une surexploitation. Elle est intervenue à un moment où les phoques étaient menacés par une chasse excessive. Cette Convention établit un système de gestion qui prévoit que « cette ressource ne doit pas être épuisée par une exploitation excessive et (...) en conséquence, les prises doivent faire l'objet d'une réglementation de manière à ne pas dépasser le niveau optimal admissible »¹⁴³⁷. Une troisième Convention est venue compléter la Convention pour la protection de l'Antarctique. Il s'agit de la Convention pour la protection de la faune et de la flore marine de l'Antarctique conclue à Canberra le 20 mai 1980. Entrée en vigueur le 7 avril 1982, elle a pour but la protection des poissons, des mollusques, des crustacés, de tous les types d'organismes marins vivants, ainsi que des oiseaux. La gestion passe par une exploitation qui reste en dessous du seuil de stabilité, permettant ainsi la reconstitution des populations et la prévention des modifications irréversibles de l'écosystème. Une commission est chargée d'adopter des mesures de conservation telles que la définition de volumes, de captures autorisées, ou encore de périodes de pêche ainsi que d'une désignation des espèces protégées. Après des négociations difficiles, le protocole de Madrid est adopté le 3 octobre 1991, entré en vigueur le 14 janvier 1998. L'Antarctique est déclaré « réserve naturelle » et des règles strictes ont été établies pour en assurer la protection. Cette volonté de protéger l'Antarctique d'éléments extérieurs, potentiellement dommageables, traduit la volonté de le sanctuariser, malgré les exceptions. La reconnaissance de la spécificité de ce territoire a permis des mesures radicales s'apparentant à une mise sous cloche.

757. Un autre exemple d'irréversibilité juridique en droit de l'environnement est celui mis en place par l'accord du 25 novembre 1999 signé à Rome qui instaure le premier sanctuaire marin des cétacés en Méditerranée¹⁴³⁸. Délimité par la presqu'île de Giens, le nord de la Sardaigne et le sud de la Toscane, le sanctuaire s'étend sur 83 833km². Il recouvre la zone de plus forte densité de mammifères marins en Méditerranée occidentale, soit plus de 1000 baleines et 25 000 dauphins bleus et blancs pendant l'été. La mise en œuvre des obligations

¹⁴³⁷ Préambule de la Convention, alinéa 4.

¹⁴³⁸ Décret n°2002-1016 du 18 juillet 2002 portant publication de l'accord relatif à la création en Méditerranée d'un sanctuaire pour les mammifères marins, signé à Rome le 25 novembre 1999, JO du 25 juillet 2002, p. 12742. Cf. notamment, Article 2 : « 1. Les Parties instituent un sanctuaire marin dans la zone de la mer Méditerranée définie à l'article 3, dont la diversité et la richesse biologiques constituent des facteurs indispensables à la protection des mammifères marins dans leurs habitats. 2. Dans le sanctuaire les Parties protègent les mammifères marins de toutes espèces ». Article 4 : « Les Parties s'engagent à prendre dans le sanctuaire les mesures appropriées mentionnées aux articles ci-après pour garantir un état de conservation favorable des mammifères marins en les protégeant, ainsi que leur habitat, des impacts négatifs directs ou indirects des activités humaines ».

de la France, de l'Italie et de Monaco devraient améliorer la coopération sur l'évaluation scientifique des populations de mammifères marins, faire respecter les règles permettant aux mammifères d'évoluer normalement notamment à travers la mise en place de mesures de surveillance, de lutte contre les pollutions marines, de limites de certaines activités de tourisme, d'interdiction des filets maillants dérivant ou des compétitions d'engins à moteur rapide. A titre d'exemple, l'article 7 du décret transposant l'accord du 25 novembre 1999 prévoit qu'au sein du sanctuaire, les Parties interdisent toute « prise délibérée ou perturbation intentionnelle de mammifères », elles peuvent toutefois « autoriser des prises non-létales dans les situations d'urgence ou dans le cadre de travaux de recherches scientifiques in situ menées dans le respect du présent Accord ». Les Parties doivent également se conformer à la réglementation internationale et de la Communauté européenne, en particulier en ce qui concerne « l'utilisation et la détention de l'engin de pêche dénommé « filet maillant dérivant » ».

758. En application du principe de prévention, la mise en place de réserves peut être une solution permettant de limiter les situations d'irréversibilité environnementale. Il est possible de retenir l'exemple des réserves du programme « Man and Biosphere » de l'UNESCO (MAB), qui sont un label de qualité. Il s'agit de protéger le milieu naturel et son environnement humain. Le réseau européen de réserves biogénétiques a été institué en application d'une série de résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dont la principale est la résolution 17 adoptée le 15 mars 1976¹⁴³⁹. Le but est le maintien de l'équilibre biologique et la conservation efficace d'un ou plusieurs habitats, biocénoses ou écosystèmes, soit terrestres soit aquatiques. La résolution énonce que l'objectif de la mise en place de ces réserves résulte de la garantie de « l'équilibre biologique et par conséquent la conservation, le potentiel, la diversité génétique et la représentativité des différents types d'habitat, biocénose et écosystème, comme ressource indispensable ». La réserve doit bénéficier d'un statut juridique en droit interne lui assurant une protection efficace à long terme à travers la mise en place d'un zonage. Le principe 3 de la résolution prévoit qu'« il n'est fixé aucune limite quant à la superficie d'une réserve biogénétique ». Toutefois, « la superficie doit permettre la viabilité à long terme des habitats, biocénoses ou écosystèmes » et dans la mesure du possible, la réserve biogénétique « doit être entourée d'une zone tampon ». Le principe 6 pose les règles d'irréversibilité sociale. Ainsi, il est prévu que les

¹⁴³⁹ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Résolution (76)17, relative au réseau européen de réserves biogénétiques, 15 mars 1976.

« autorités responsables doivent orienter leur gestion de ladite réserve de la manière suivante: éviter toute intervention pouvant dégrader le milieu ; prendre des mesures de protection efficace et à long terme pour maintenir et si possible améliorer le potentiel et la diversité des types d'habitats, biocénoses ou écosystèmes ; assurer une gestion selon les principes écologiques, si besoin en réglementant ou interdisant les activités humaines traditionnelles ou nouvelles et /ou en réglementant ou interdisant la circulation du public en fonction de la fragilité de la réserve biogénétique ».

759. Le classement de certaines îles en « réserve naturelle » constitue une autre manifestation de l'irréversibilité juridique. C'est le cas pour les îles éparses de la zone sud-ouest de l'océan Indien et du canal du Mozambique. Ces îles ont été soumises à un régime spécial de protection et ont été classées « réserves naturelles » pour une période indéterminée par un arrêté du 18 novembre 1975¹⁴⁴⁰ par le gouvernement français. Tout séjour sur ces îles désertiques est soumis à une autorisation préalable stricte délivrée par les services de la préfecture de Saint-Denis. Le tourisme, après des hésitations, a été interdit sur ces îles. Ainsi, les mesures telles que l'interdiction de circulation du public, la divagation d'animaux domestiques et le survol de la réserve naturelle, sont applicables sans limite de durée. Les activités de toute nature sportive ou économique sur les différents îlots et dans leurs lagons, ainsi que la pratique de la chasse ou de la pêche, les activités agricoles, pastorales, aquacoles, forestières, artisanales, commerciales, publicitaires, industrielles, minières, sont interdites sur les îles. Les risques de cueillettes et de ventes de coquillages, de braconnage ou de chasse, et de toute dégradation environnementale sont ainsi limités. Ces îles ont vocation à rester des bases d'observation scientifiques, des sanctuaires pour les oiseaux résidents et migrants, ainsi que pour les tortues marines présentes sur les îles protégées au titre de la Convention de Washington du 3 mars 1973¹⁴⁴¹. Pareillement, en sa qualité d'archipel, l'Indonésie a mis en place une réglementation particulière. En effet, l'article 12 de la Loi indonésienne de 1990 sur la conservation des ressources vivantes et de leurs écosystèmes précise que « la préservation de la diversité des plantes, des animaux et de leurs écosystèmes sera mise en œuvre par le maintien de l'intégrité de réserves constituant des sanctuaires naturels demeurant dans leurs conditions d'origine¹⁴⁴² ».

¹⁴⁴⁰ ORAISON A., *Gestion ou cogestion des « réserves naturelles » créées sur les îles éparses de la zone sud-ouest de l'océan indien et du canal du Mozambique, le cas spécifique du récif de Tromelin, de l'archipel des Glorieuses et des îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India*, RJE 1/2001, p. 5-30.

¹⁴⁴¹ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, CITES, Washington, 3 mars 1973.

¹⁴⁴² Act n°5 of 1990 on Conservation of Natural Resources and Ecosystems, 10 août 1990.

760. En matière d'irréversibilité juridique, en droit de l'environnement, il est également possible de souligner l'exemple du National Trust britannique. Cette association à but non lucratif britannique fondée dans le but de conserver et de mettre en valeur des monuments et des sites d'intérêt collectif intervient en Angleterre, au Pays de Galles, sur l'île de Man et en Irlande du Nord. Créé en 1895, le National Trust est devenu en un siècle la plus importante organisation de ce type en Europe et le deuxième propriétaire foncier privé du Royaume-Uni, après la Couronne. Le National Trust gère environ 300 monuments et 200 jardins (par exemple sites mégalithiques, manoirs, édifices industriels, des collections...). Il possède 250 000 hectares de terres et 1 200 kilomètres de côtes, acquises principalement à travers le projet de sauvegarde « Neptune ». L'irréversibilité sociale que peut constituer le National Trust réside dans le fait qu'une fois entrées dans son patrimoine, ses possessions deviennent inaliénables, sauf par dérogation exceptionnelle accordée par la Chambre des Lords¹⁴⁴³.

761. Le concept d'« aires protégées » permet également une certaine sanctuarisation de l'environnement. L'IUCN définit ces aires comme « un espace géographique clairement défini, reconnu, consacré et géré, par tout moyen efficace, juridique ou autre, afin d'assurer à long terme la conservation de la nature ainsi que les services écosystémiques et les valeurs culturelles qui lui sont associés »¹⁴⁴⁴. Ces aires protégées sont inscrites dans l'objectif 11 d'Aichi¹⁴⁴⁵ et ont fait l'objet d'une résolution de l'IUCN pour leurs améliorations et leurs renforcements¹⁴⁴⁶. Cette mise en place de maillage du territoire en fonction des vulnérabilités de l'environnement, permet une protection plus adaptée et renforcée pour les secteurs plus fragiles. C'est à travers cette protection renforcée que la sanctuarisation de l'environnement est établie¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴³ GODARD O., SALLES J-M, *Entre nature et société, Préc.*, p. 252.

¹⁴⁴⁴ DUDLEY N., *Lignes directrices pour l'application des catégories de gestion aux aires protégées*, 2008, Gland, Suisse: IUCN, <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016-Fr.pdf>

¹⁴⁴⁵ « D'ici à 2020, au moins 17 % des zones terrestres et d'eaux intérieures et 10 % des zones marines et côtières, y compris les zones qui sont particulièrement importantes pour la diversité biologique et les services fournis par les écosystèmes, sont conservées au moyen de réseaux écologiquement représentatifs et bien reliés d'aires protégées gérées efficacement et équitablement et d'autres mesures de conservation efficaces par zone et intégrées dans l'ensemble du paysage terrestre et marin ».

¹⁴⁴⁶ IUCN, *Assurer la conservation grâce à la création d'aires protégées, comme base pour atteindre l'Objectif 11 du Plan stratégique pour la diversité biologique 2011–2020*, WCC-2012-Res-035.FR, Corée, Jéju, septembre 2012.

¹⁴⁴⁷ Dans une moindre mesure le réseau Natura 2000 mis en place par la directive Habitat (directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 du Conseil, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JOUE du 22 juillet 1992, p. 7), pourrait constituer une certaine irréversibilité juridique. Le zonage qu'elle crée par le biais des « zones spéciales de conservation » et les annexes recensant les espèces à protéger, permettent une conservation renforcée et un maillage du

762. Ces exemples de sanctuarisation sont bien évidemment relatifs. L'important est de comprendre cette volonté nouvelle des instances décisionnaires internationales de mettre en place une protection radicale proportionnelle à la gravité des atteintes à l'environnement. Le droit français, quelque fois sous l'influence du droit international, a mis en place des mécanismes pouvant s'apparenter à une sanctuarisation de l'environnement.

2) Les exemples nationaux de « sanctuarisation » de l'environnement

763. Ces dernières décennies, avec le renforcement de la réglementation environnementale, les gouvernements français successifs ont mis en place des modes de protection de l'environnement pouvant s'apparenter à de la sanctuarisation.

764. A titre d'exemple, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres est susceptible d'être considéré comme une institution au service de l'irréversibilité juridique. En effet, cet établissement public de l'Etat à caractère administratif a pour mission de « mener, après avis des conseils municipaux et en partenariat avec les collectivités territoriales intéressées, une politique foncière de sauvegarde de l'espace littoral et de respect des sites naturels et de l'équilibre écologique »¹⁴⁴⁸. Dans le cadre de cette mission, il ne peut procéder à des aliénations d'immeubles de son domaine propre qu'après autorisation donnée par « décret en Conseil d'Etat, pris sur proposition du conseil d'administration statuant à la majorité des trois quarts des membres présents ou représentés »¹⁴⁴⁹. L'irréversibilité juridique est ici instituée par le formalisme élevé de la sortie d'un bien du patrimoine du Conservatoire. Il s'agit en réalité d'éviter qu'un bien, faisant l'objet d'une protection particulière afin de prévenir sa dégradation, puisse facilement sortir de ce cadre de protection.

765. Les réserves naturelles et les parcs nationaux en droit français forment également des exemples de tentative de « sanctuarisation ». L'article L. 332-1 du Code de l'environnement

territoire. La directive définit la « zone spéciale de conservation » comme « un site d'importance (...) où sont appliquées les mesures de conservation nécessaires au maintien ou au rétablissement dans un état de conservation favorables des habitats naturels et/ou des populations des espèces pour lesquels le site est désigné ». Il est certain que l'irréversibilité est dans ce cadre très relative mais l'idée de sanctuarisation reste néanmoins présente.

¹⁴⁴⁸ Article L. 322-1 du Code de l'environnement.

¹⁴⁴⁹ Article L. 322-3 du Code de l'environnement.

prévoit que des parties du territoire peuvent être classées en réserve naturelle lorsque « la conservation de la faune, de la flore, du sol, des eaux, des gisements de minéraux et de fossiles et, en général, du milieu naturel, présente une importance particulière ou qu'il convient de les soustraire à toute intervention artificielle susceptible de les dégrader ». C'est dans cette idée de « soustraction » que les réserves en droit français constituent de la « sanctuarisation ». Concernant le parc national, sa création est justifiée par l'existence d'« espaces terrestres ou maritimes, lorsque le milieu naturel, particulièrement la faune, la flore, le sol, le sous-sol, l'atmosphère et les eaux, les paysages et, le cas échéant, le patrimoine culturel qu'ils comportent présentent un intérêt spécial et qu'il importe d'en assurer la protection en les préservant des dégradations et des atteintes susceptibles d'en altérer la diversité, la composition, l'aspect et l'évolution »¹⁴⁵⁰. La sanctuarisation se traduit par les diverses interdictions d'introduire et de sortir du territoire concerné, les différentes espèces concernées. Aux fins d'illustration, le décret n° 2012-507 du 18 avril 2012 portant création du Parc national des Calanques¹⁴⁵¹ précise, dans son article 3 qu'il est interdit « d'introduire à l'intérieur du cœur du parc national, des animaux non domestiques ou des végétaux, quel que soit leur stade de développement » ; ou encore « d'emporter en dehors du cœur du parc national, de mettre en vente, de vendre ou acheter des animaux non domestiques, des végétaux non cultivés (...), des minéraux, des fossiles, des éléments de constructions ou des objets appartenant ou susceptibles d'appartenir au patrimoine historique, architectural ou archéologique en provenance du cœur du parc national ». La « mise sous cloche » est nuancée par les activités possibles au sein du parc mais l'objectif reste la préservation des biens environnementaux présents.

766. Plus récemment, les lois Grenelle de l'environnement ont mis en place un certain nombre de mécanismes comme celui de la « trame verte et bleue ». Cette trame est l'outil principal des lois Grenelle et peut même être considérée comme « la figure de symbole pour l'ensemble des acteurs du Grenelle »¹⁴⁵². Issues de cette trame, les corridors écologiques, selon la loi du 10 juillet 2010¹⁴⁵³ sont des espaces « naturels ou semi-naturels ainsi que des

¹⁴⁵⁰ Article L331-1 du Code de l'environnement.

¹⁴⁵¹ Décret n° 2012-507 du 18 avril 2012 *portant création du Parc national des Calanques*, JO n°0093 du 19 avril 2012, p. 7048.

¹⁴⁵² CASSARA H., *L'appréhension de la biodiversité par le droit de l'urbanisme après les lois issues du « Grenelle de l'environnement »*, Gazette du Palais, 24 septembre 2011, n°267, p. 9.

¹⁴⁵³ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, loi Grenelle 2 - art. 121, JO n°0160 du 13 juillet 2010 p. 12905, article codifié à l'article L.371-1 du Code de l'environnement.

formations végétales linéaires ou ponctuelles, permettant de relier » les espaces protégés et les espaces naturels importants pour la préservation de la biodiversité. A. Van Lang souligne que cette obligation de prise en compte des voies de passage et d'échange entre zones naturelles constitue « un progrès indéniable du droit en faveur de la préservation de la diversité biologique ». En effet, elle traduit « un troisième temps du droit¹⁴⁵⁴ de la conservation de la nature, celui de la protection des réseaux écologiques, succédant au temps de la protection des espèces et à celui de la protection des habitats naturels »¹⁴⁵⁵. Les réservoirs de biodiversité sont définis quant à eux comme les « espaces dans lesquels la biodiversité est la plus riche ou la mieux représentée ; où les espèces peuvent effectuer tout ou partie de leur cycle de vie et où les habitats naturels peuvent assurer leur fonctionnement en ayant notamment une taille suffisante ; qui abritent des noyaux de populations d'espèces à partir desquels les individus se dispersent ou qui sont susceptibles de permettre l'accueil de nouvelles populations d'espèces »¹⁴⁵⁶. Il est vrai que ces instruments juridiques ne constituent pas de l'irréversibilité juridique absolue à proprement dite, mais ces dernières évolutions en matière de droit de l'environnement tendent à un retour à une protection plus stricte qui se rapproche de la notion de « sanctuarisation » de l'environnement.

767. Ces figures d'irréversibilité juridique forment un ensemble de normes, de prescriptions juridiques permettant de reconnaître l'existence du phénomène en droit de l'environnement ainsi que la dimension nouvelle de cet outil juridique, en plus de son volet traditionnel. En dehors de ces manifestations différenciées, la question est posée par la doctrine de la reconnaissance d'un « effet d'irréversibilité » attachée aux règles juridiques environnementales et de la possibilité d'un éventuel « principe de non-régression »¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵⁴ BONNIN M-A., Les aspects juridiques des corridors biologiques : vers un troisième temps de la conservation de la nature, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Nantes, 2003.

¹⁴⁵⁵ VAN LANG A., *La protection des continuités écologiques : avancées et limites du droit, À propos du décret n° 2012-1492 du 27 déc. 2012 relatif à la trame verte et bleue*, Revue de droit immobilier, 2013, p. 255.

¹⁴⁵⁶ <http://www.trameverteetbleue.fr/presentation-tvb/qu-est-ce-que-trame-verte-bleue/definitions-trame-verte-bleue>

¹⁴⁵⁷ Cf. Notamment. PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement, Préc.*

Section II. Le principe de non-régression en droit de l'environnement

« Le droit de l'environnement ne doit-il pas rentrer dans la catégorie des règles juridiques éternelles, irréversibles et donc non abrogeables au nom de l'intérêt de l'humanité ? »¹⁴⁵⁸

M. PRIEUR

768. De quelle manière convient-il d'appréhender un « principe de non-régression » ? Cette terminologie volontiers utilisée par la doctrine¹⁴⁵⁹, vise les normes juridiques interdisant une diminution de protection dans un domaine juridique donné. Cette étude du principe de non-régression en droit de l'environnement s'explique particulièrement par cette volonté croissante d'améliorer qualitativement le droit de l'environnement. Cette catégorie de normes impliquant une non-régression n'est pas propre au droit de l'environnement. Cependant, il s'avère que le domaine environnemental, comme le démontrent d'ailleurs les nombreux exemples d'irréversibilité juridique, soit propice à ces démonstrations juridiques de non-régression. La question première en matière de principe de non-régression en droit de l'environnement est celle qui consiste à se demander si ce droit comporte « des règles intangibles bénéficiant d'une clause d'éternité »¹⁴⁶⁰.

769. Afin d'appréhender le principe de non-régression en droit de l'environnement et de déterminer en quoi il constitue de l'irréversibilité juridique, il est nécessaire de le définir et d'étudier ses fondements (§1) avant d'en voir les manifestations et les consécutions (§2).

§1. La définition et les fondements du principe de non-régression

770. Au vu du caractère récent des réflexions relatives au principe de non-régression, ses acceptions sont encore fluctuantes et tâtonnantes (A). Ses fondements sont multiples tant en droit international qu'en droit national (B).

¹⁴⁵⁸ PRIEUR M., *De l'urgence de reconnaître le principe de non-régression en droit de l'environnement*, IUCN Academy of environmental Law, e-journal issue 2011.

¹⁴⁵⁹ PRIEUR M., *op.cit.*.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 124.

A) La définition du principe de non-régression

771. Il semble indispensable tout d'abord de déterminer ce qu'il faut entendre par régression. Elle peut être définie par un retour en arrière après un progrès, ou encore par une transformation en sens inverse du progrès. Il s'agit au sens large d'une diminution dans l'intensité et/ou dans la qualité¹⁴⁶¹. E. Naim-Gesbert précise que « c'est ce qui va à rebours d'une spirale ascendante »¹⁴⁶². Il s'avère que la définition même de la régression induit de la négativité dans la diminution. En droit, une régression peut intervenir soit suite à une abrogation, une modification ou une dérogation d'une règle de droit, soit suite à une interprétation nouvelle d'une règle par un juge, ou encore soit parce que l'administration n'applique pas une règle ou n'en sanctionne pas sa violation. La régression est une figure globale de la réversibilité juridique. En droit de l'environnement, cette régression s'avère extrêmement préjudiciable. Partant de ce constat, il convient de s'interroger sur l'existence en droit de l'environnement d'« obstacles juridiques garantissant la non régression »¹⁴⁶³. Un principe de non-régression signifierait un « non-retour sur l'acquis juridique (...) en une conception ouverte à l'adaptation de la norme »¹⁴⁶⁴. En conséquence, la place de l'irréversibilité est double dans la problématique juridique environnementale : l'irréversibilité de fait est condamnée par le corpus de règles existant, et ce même corpus porte en son sein une irréversibilité juridique ayant pour objet la garantie d'un non-retour en arrière. Cette boucle créée entre irréversibilité de fait et irréversibilité de droit permet une protection toujours en progression, du moins théoriquement, de l'environnement. A ce titre, le Professeur Prieur rappelle que « le changement de la règle (dans le sens de la régression, donc caractérisant une réversibilité de droit), va conduire alors à des régressions plus ou moins caractérisées conduisant éventuellement à terme à des situations irréversibles pour l'environnement (irréversibilité de fait) »¹⁴⁶⁵.

772. L'irréversibilité juridique potentiellement présente au sein du principe de non-régression se manifeste donc par l'obligation inhérente à la norme de ne pas consacrer un

¹⁴⁶¹ CNRTL, *Régression*.

¹⁴⁶² NAIM-GESBERT E., *La science et le principe de non-retour sur l'acquis juridique*, in *La non-régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 125-136.

¹⁴⁶³ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *Préc.*

¹⁴⁶⁴ NAIM-GESBERT E., *op.cit.*

¹⁴⁶⁵ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 135.

retour en arrière. Cette manifestation permet de considérer le principe de non-régression, tel qu'il est déduit par la doctrine, comme une figure de l'irréversibilité juridique à proprement dit. La question de la « non-régression » en droit ramène indubitablement au discours sur la nécessité d'équilibre entre immobilisme juridique et changements intempestifs du droit¹⁴⁶⁶. En effet, parler de non-régression peut paraître en opposition avec la nécessaire adaptabilité dont le droit doit faire preuve. Néanmoins, comme il a été précisé, les changements ne sont pas toujours synonymes de progrès et l'irréversibilité juridique peut s'avérer être un garant d'un droit meilleur.

773. L'obligation de non-régression peut se confondre avec l'obligation de standstill. M. Kamto écrivait d'ailleurs en 1988 que le « droit international de l'environnement affectionne les obligations de standstill »¹⁴⁶⁷. Dans l'optique d'un éclairage définitionnel de l'obligation de non-régression, il convient donc de déterminer ce qui la différencie de l'obligation de standstill. A propos de la non-régression, I. Hachez parle de « faux standstill »¹⁴⁶⁸. Elle affine ainsi la définition de l'obligation de non-régression en précisant qu'à la différence de l'obligation de standstill, elle est expressément consacrée. En effet, « l'interdiction de régresser est inscrite en toutes lettres dans le texte »¹⁴⁶⁹, en opposition à l'obligation de standstill qui est déduite d'une obligation positive. Une autre distinction qui sépare les deux obligations réside dans leur objectif respectif. L'obligation de standstill a vocation à « engranger les pas réalisés dans le sens d'un objectif déterminé »¹⁴⁷⁰ alors que l'obligation de non-régression se borne à interdire la diminution du niveau de protection établi à un moment donné. Le dynamisme engendré par l'obligation de standstill du fait de l'obligation positive à laquelle elle s'attache n'existe pas pour l'obligation de non-régression. Ce dynamisme est finalement créé par la « roue crantée » que représente l'obligation de standstill et qui oblige le créateur du droit à toujours avancer dans la protection. Malgré cela, même si l'obligation de non-régression ne porte pas en elle ce dynamisme, elle sert néanmoins un objectif particulier qui lui est propre : celui de ne pas diminuer une protection. En définitive, il serait possible de considérer que l'obligation de non-régression puisse constituer une partie de l'obligation de standstill. En effet,

¹⁴⁶⁶ Cf. *Supra*, Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁴⁶⁷ KAMTO M., *Singularité du droit international de l'environnement*, in *Les hommes et l'environnement*, en hommage à KISS A., Editions Frison Roche, 1998, p. 321.

¹⁴⁶⁸ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op.cit.*, p. 498.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 499.

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*.

l'obligation de standstill comporte à la fois l'obligation de ne pas descendre en dessous d'une protection établie (obligation de non-régression) et l'obligation positive d'améliorer cette protection. A propos de la terminologie à employer, M. Prieur nuance cette différence entre « standstill » et « non-régression » en retenant que l'expression même de « standstill » donne « l'impression de l'immobilisme contraire au progrès et à l'évolution des connaissances »¹⁴⁷¹ et que de ce fait le mot « non-régression » doit lui être préféré.

774. Dans tous les cas, le principe de non-régression induit de manière incontournable la notion de seuil. A la lumière du principe de non-régression, E. Naim-Gesbert définit le seuil comme l'instrument qui permet l'évaluation de « l'altération de l'ordre public écologique¹⁴⁷² en mesurant ce qui le trouble »¹⁴⁷³. Le seuil permet donc de donner le degré de l'altération par « la quantification » et de situer la menace à une certaine altitude. Partant de là, il « transcrit le soupçon (de l'altération) dans le système des normes »¹⁴⁷⁴. Finalement, « il crée une rupture dans la continuité »¹⁴⁷⁵. Ce seuil induit également le recours à la notion d'« anormalité du trouble écologique ». E. Naim-Gesbert explique que cette anormalité pour le droit de l'environnement, est ce qui « solidifie son état et évite son effritement »¹⁴⁷⁶. C'est notamment dans l'interprétation de cette anormalité par les pouvoirs publics, les juges, que le risque de régression est susceptible d'exister et que le principe de non-régression a vocation à s'appliquer.

775. Derrière la question du seuil, c'est également celle de la « norme de référence » qui se pose. En effet, le seuil est nécessaire pour établir s'il y a ou non régression dans la protection de l'environnement, et ce seuil est constitué par une norme déjà existante. Afin d'établir la régression, il convient de comparer la nouvelle norme à l'ancienne, ou d'identifier la « norme de référence » abrogée. C. Krolík soulève le cas problématique d'un ensemble de régressions modestes qui conduirait finalement à une régression significative. Il parle à ce sujet d'« intention dolosive de l'autorité administrative »¹⁴⁷⁷. La doctrine propose, afin d'éviter ce type de contournement du principe de non-régression, de retenir la

¹⁴⁷¹ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, op.cit.

¹⁴⁷² A ce sujet Cf. notamment CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Thèse de doctorat, Paris, Editions LGDJ, 1981.

¹⁴⁷³ NAIM-GESBERT E., *La science et le principe de non-retour sur l'acquis juridique*, op.cit.

¹⁴⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁷⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁷⁷ KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, op.cit.

norme « conférant le plus haut niveau de protection environnementale accordée par le droit positif depuis son entrée en vigueur »¹⁴⁷⁸.

776. En termes de champ d'application, le principe de non-régression aurait vocation à s'appliquer à toute norme générale et impersonnelle émanant d'une autorité publique, tant en droit interne (loi, règlement...) qu'en droit international¹⁴⁷⁹. Il semble plus difficile d'appliquer le principe de non-régression aux décisions individuelles. C. Krolik rappelle d'ailleurs à ce titre que le Conseil d'Etat belge refuse d'appliquer le principe de non-régression à l'encontre d'un acte de portée individuelle¹⁴⁸⁰. Cependant, la doctrine¹⁴⁸¹ propose de retenir une obligation positive de non-régression à la charge des pouvoirs publics permettant à un destinataire de décision individuelle de se prévaloir d'un manquement au principe de non-régression. Ce caractère d'obligation se justifierait par la qualité de droit fondamental du droit de l'environnement.

Quant aux fondements du principe de non-régression, ils sont de plusieurs ordres.

B) Les fondements du principe de non-régression

777. Comme le souligne M. Prieur, cette hypothèse d'un « droit non régressif de l'environnement »¹⁴⁸² trouve son fondement dans la consécration de l'environnement comme « nouveau droit de l'homme ». Cette qualité permet au droit de l'environnement de bénéficier des théories juridiques de la protection des droits de l'homme qui prescrivent toujours plus d'effectivité. Ainsi, M. Prieur retient que « l'obligation de progressivité ou de progrès continu attachée aux droits de l'homme se traduit juridiquement par une interdiction de régression qui se répercute sur le droit de l'environnement »¹⁴⁸³. Il rappelle que le droit de l'environnement implique une obligation de résultat et que de ce fait « tout recul du droit

¹⁴⁷⁸ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 125. KROLIK C., *op.cit.*

¹⁴⁷⁹ KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, *op.cit.*

¹⁴⁸⁰ Cf. Notamment. CE. Belge. 16 février 2005, *Comans et Nystem*, n° 140-730, KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, *op.cit.*

¹⁴⁸¹ Cf. Notamment : KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, *op.cit.* Ou encore I. Hachez qui considère que le principe de non-régression est un principe « général de droit déduit des obligations positives requises pour l'effectivité des droits fondamentaux », HACHEZ I., *Le principe de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels*, Administration publique trimestrielle, 2000, p. 30-57.

¹⁴⁸² PRIEUR M., *op.cit.*, p. 125.

¹⁴⁸³ *Ibidem.*

de l'environnement serait alors immoral »¹⁴⁸⁴. Comme le définit I. Hachez la non-régression est « une obligation négative inhérente à toute obligation positive assortissant un droit fondamental »¹⁴⁸⁵.

778. En dehors même de l'idée que la reconnaissance du droit de l'environnement comme droit de l'homme puisse exiger une non-régression des normes juridiques, les principes du droit de l'environnement induisent, de manière plus ou moins directe une progression dans la protection de l'environnement. C'est ce que M. Prieur appelle « les fondements théoriques de la non-régression liés à la finalité du droit de l'environnement »¹⁴⁸⁶. En effet, le droit de l'environnement ne se limite plus depuis longtemps à une simple réglementation des activités mais s'engage dans la lutte contre les pollutions et la perte de biodiversité. Ainsi, au même titre que l'irréversibilité de fait qui doit être proscrite au nom du « droit » des générations futures, l'irréversibilité juridique permet, dans une dynamique de progressivité, d'éviter une régression des textes juridiques environnementaux au nom des générations futures. A ce sujet, M. Prieur rappelle que la modification à ce jour d'une loi protectrice de l'environnement pour réduire le degré de protection « impose aux générations futures un environnement plus dégradé du fait d'une loi au contenu dégressif »¹⁴⁸⁷. La génération actuelle « ne peut assujettir les générations futures à une loi qui ferait reculer la protection de l'environnement »¹⁴⁸⁸. Il ajoute que « la régression du droit de l'environnement décidée aujourd'hui est alors une violation des droits des générations futures »¹⁴⁸⁹. Il en est de même pour le principe de prévention qui empêche un retour en arrière juridique, ou pour le principe de précaution qui permet d'éviter les irréversibilités environnementales de fait.

779. G. Monédiaire apporte une autre justification à l'existence d'un principe de non-régression en droit de l'environnement. Partant du principe de développement durable, il

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 131.

¹⁴⁸⁵ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative, op.cit.*, p. 477.

¹⁴⁸⁶ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, in *La non-régression en droit de l'environnement, op.cit.*

¹⁴⁸⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁸⁹ *Ibidem.*

soulève le fait que les deux autres piliers sont pourvus d'un principe de non-régression¹⁴⁹⁰. Ainsi, « l'efficacité économique, au moins au stade des échanges commerciaux internationaux, bénéficie (...) du principe de non-régression ». Il rappelle également que « l'équité sociale (...) trouve un de ses fondements juridiques dans le Pacte International de 1966 (...) lequel institue le principe de progressivité des droits, rédaction analysable comme l'expression positive du principe de non-régression »¹⁴⁹¹.

780. Le droit international et le droit de l'Union Européenne étant prolixes en matière de réglementation environnementale, les Conventions internationales, les institutions européennes ainsi que la Cour de Justice de l'Union Européenne ont été amenées tout naturellement à se prononcer sur ce phénomène de non-régression. De manière générale, les institutions européennes reconnaissent le caractère finaliste du droit de l'environnement. Le Traité dans son article 3-3, vise un niveau élevé de protection et d'amélioration de l'environnement¹⁴⁹². Le juge de l'Union Européenne quant à lui, a fait de cet objectif une théorie d'interprétation jurisprudentielle¹⁴⁹³. Le droit international vient également étayer ce but sous-jacent du droit de l'environnement, ne serait-ce qu'à travers le principe 2 de la Déclaration de Stockholm de 1972 qui retient que « les ressources naturelles du globe y compris l'air, l'eau, la terre (...) doivent être préservées dans l'intérêt des générations présentes et à venir »¹⁴⁹⁴. De ce fait, le « contenu du droit de l'environnement ne peut-il être dissocié de l'intérêt collectif pour la survie de l'humanité et pour la préservation des biens communs » et « a par nature une essence tournée vers des fins de progrès continu des sociétés »¹⁴⁹⁵. La Cour de Justice de l'Union Européenne a consacré la non-régression en matière environnementale, même s'il s'agit le plus souvent de consécration implicite. Dans un arrêt *Commission c/ Danemark* en date du 20 septembre 1988¹⁴⁹⁶, les juges de l'Union

¹⁴⁹⁰ MONEDIAIRE G., *Le principe de non-régression en droit de l'environnement à la lumière de la théorie de l'institution*, in *La non-régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 47-64.

¹⁴⁹¹ *Ibidem*.

¹⁴⁹² TUE, article 3-3, C83/13, JOUE du 30 mars 2010.

¹⁴⁹³ Cf. Notamment. CJUE. 6 novembre 2008, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières TOS c/ MEDAD France*, Aff. C381/07. Pour un commentaire Cf. DROBENKO B., *Des exigences du droit communautaire et de la remise en cause du régime déclaratoire : des limites à la déréglementation*, REDE, 2-2009, p. 203.

¹⁴⁹⁴ Déclaration de Stockholm, Conférence des Nations Unies sur l'environnement, 16 juin 1972.

¹⁴⁹⁵ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *op.cit.*

¹⁴⁹⁶ CJUE. 20 septembre 1988, *Commission c/ Danemark*, Aff. 302/86, Rec. p. 4607, point 9 : « Au vu de ce qui précède, il y a donc lieu de constater que la protection de l'environnement constitue une exigence impérative pouvant limiter l'application de l'article 30 du Traité ».

européenne ont élevé l'objectif essentiel de la Communauté que représente l'environnement au rang « d'exigence impérative ». De manière plus explicite l'article 191-2 du Traité consolidé sur le fonctionnement de l'Union Européenne¹⁴⁹⁷ rappelle que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé ». L'obligation de non-régression se formalise de manière plus explicite dans l'existence de la possibilité pour les Etats membres de protéger davantage l'environnement au niveau national. L'article 193 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne permet aux Etats de mettre en œuvre des « mesures de protection renforcée ». *In fine*, il est permis aux Etats d'établir un niveau plus élevé de protection mais à l'inverse il leur est interdit de descendre en dessous du minimum communautaire¹⁴⁹⁸. Ce mécanisme constitue la condamnation d'une régression juridique environnementale. Plus spécifiquement, la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne de 2007¹⁴⁹⁹ intègre la protection de l'environnement dans le volet « solidarité » en énonçant qu'un « niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ». Depuis le Traité de Lisbonne du 31 décembre 2007, la Charte des droits fondamentaux a la même valeur juridique que les Traités¹⁵⁰⁰. Ce niveau de protection élevé de l'environnement et la recherche de son amélioration consacrent la non-régression. Cette non-régression est affirmée par les articles 53 et 54 de la Charte des droits fondamentaux. L'article 53 intitulé « niveau de protection » prévoit que les dispositions de la Charte ne limitent pas ou ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux reconnus dans les autres branches du droit (international, européen, national). L'article 54 relatif quant à lui à « l'interdiction de l'abus de droit », prévoit que la Charte ne doit pas être interprétée comme permettant la

¹⁴⁹⁷ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, 2012, JOUE C. 326 du 26 octobre 2012.

¹⁴⁹⁸ Cf. Notamment Directive 2006/60/CE du Parlement Européen et du Conseil établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, 23 octobre 2000, JOUE L. 327 du 22 décembre 2000, article 11-6 : « les États membres prennent toutes les dispositions nécessaires pour ne pas augmenter la pollution des eaux marines. Sans préjudice de la législation existante, l'application de mesures prises dans le cadre du paragraphe 3 ne peut en aucun cas causer, directement ou indirectement, un accroissement de la pollution des eaux de surface ».

¹⁴⁹⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, 2000/C364/01, 18 décembre 2000, JOUE, C364/1 à 364/22.

¹⁵⁰⁰ Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union Européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, JOUE C/306 du 17 décembre 2007. Article 6 du Traité sur l'Union Européenne : « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les Traités ».

destruction des droits et libertés présents dans la Charte ou la limitation plus large de ces derniers telle qu'elle est prévue dans ladite Charte.

781. Les fondements du principe de non-régression en droit de l'environnement permettent de justifier son existence, même si sa reconnaissance reste encore aujourd'hui principalement doctrinale. L'étude de ces fondements, qui sont ceux d'une figure d'irréversibilité juridique, amène à celle des manifestations de ce principe. Comme le rappelle J. Makowiak, les exemples de régressions en droit de l'environnement ne manquent pas : « Modifications procédurales, modifications de seuils, conciliation d'intérêts généraux antinomiques, recours à des standards tels que l'ordre public... »¹⁵⁰¹. Qu'en est-il des manifestations de non-régression ?

§2. Les manifestations et les limites du principe de non-régression en droit de l'environnement

782. Afin de clarifier ce qu'il faut entendre par principe de non-régression, il est nécessaire d'étudier de quelle manière la non-régression se manifeste (A), et les limites dont elle est porteuse (B).

A) Les manifestations du principe de non-régression

783. En droit international de l'environnement, M. Prieur retient trois modalités différentes de manifestation de la non-régression.

784. Tout d'abord, la volonté de non-régression peut se manifester par le biais d'une « proclamation expresse » énonçant la nécessité d'une protection plus importante. L'exemple de la Convention d'Helsinki de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux illustre cette modalité de « proclamation expresse ». Dans son article 2-7 la Convention énonce que « l'application de la présente Convention ne doit pas donner lieu à une *détérioration* de l'état de l'environnement ni à un *accroissement* de l'impact transfrontière ». De la même manière, le Traité de libre commerce entre les Etats-Unis, l'Amérique centrale et la République Dominicaine de

¹⁵⁰¹ MAKOWIAK J., *La concrétisation du principe de non-régression en droit comparé en Europe, en droit français*, in *La non-régression en droit de l'environnement* Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 259-276.

2005¹⁵⁰² énonce dans son article 17-2 que les parties « reconnaissent que la promotion du commerce et des investissements ne peut avoir pour effet d'affaiblir ou de réduire les protections existantes dans les droits de l'environnement de chaque pays ». La seconde modalité d'expression de la non-régression est celle qui consiste à prescrire une exigence de protection de l'environnement à un niveau au moins égal à celui existant en droit international, en laissant la possibilité aux Etats de protéger davantage. Il s'agit de clause de sauvegarde permettant une protection renforcée. Ainsi, la Convention sur le droit de la mer de 1982 dans ses articles 208, 209 et 210 concernant les pollutions marines imposent aux Etats nationaux que leurs règlementations « ne soient pas moins efficaces que les normes de caractère mondial »¹⁵⁰³. Le protocole de Cartagena de 2000 sur les risques biotechnologiques dans son article 2 permet aux Etats de prendre des « mesures plus rigoureuses pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique »¹⁵⁰⁴. La troisième modalité d'expression, plus indirecte, réside dans l'existence de clauses de compatibilité avec d'autres Conventions. Ces clauses de compatibilité permettent de régler des conflits de norme en cas de concurrence ou de contrariété entre plusieurs Conventions. Elles impliquent qu'en cas de conflits, la primauté du Traité qui propose la protection la plus grande de l'environnement sera assurée. La recherche est bien celle d'une plus grande protection de l'environnement. A titre d'exemple, le protocole de Cartagena ne permet l'existence d'accords régionaux qu'à la condition « qu'ils n'aboutissent pas à un *degré de protection moindre* que celui prévu par le protocole »¹⁵⁰⁵. Ces clauses ont pour objectif la garantie d'une non-régression, régression qui pourrait être contestée par une Partie au Traité devant la Cour de Justice Internationale ou soumise à un arbitrage. La procédure de l'amendement permettrait dans l'absolu la possibilité d'une régression des textes internationaux environnementaux. Cependant, le droit international s'avère moins prompt à la régression juridique environnementale que les droits nationaux.

¹⁵⁰² Traité de libre commerce entre les Etats-Unis, l'Amérique centrale et la république Dominicaine, *Dominican Republic and Central America Free Trade Agreement*, CAFTA-DR, 2005, entré en vigueur en 2006.

¹⁵⁰³ Convention sur le droit de la mer, Montegobay, 10 décembre 1982. A titre d'exemple : article 208 relatif aux pollutions résultant des activités relatives aux fonds marins relevant de la juridiction nationale : « Ces lois, règlements et mesures ne doivent pas être moins efficaces que les règles et les normes internationales ou les pratiques et procédures recommandées de caractère international ».

¹⁵⁰⁴ Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, Montréal, 29 janvier 2000, Article 2.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, Article 14-1.

785. En droit national, les manifestations du principe de non-régression existent dans les différents types de règles juridiques, Constitution, lois, règlements, jurisprudence. Les clauses d'éternité en sont une illustration¹⁵⁰⁶. La Charte de l'environnement pourra quant à elle être modifiée en respectant la procédure de révision constitutionnelle. Même si cela ne garantit aucune intangibilité, l'article 2 de cette même charte, impose à toute personne de « prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Ainsi, il pourrait être probable que le Conseil constitutionnel vienne à déclarer inconstitutionnelle une loi qui réduirait considérablement des devoirs environnementaux¹⁵⁰⁷.

786. En matière de loi et de règlement, les exemples nationaux et internationaux sont nombreux. A titre d'exemple, le Clean Water Act de 1989 impose aux Etats américains d'adopter une politique de lutte contre la dégradation de l'eau. En droit français, l'article L211-1 du Code de l'environnement impose de ne pas accroître la dégradation des eaux. En matière de jurisprudence, l'effet cliquet, qui se rapproche plus d'une obligation de standstill que de celle d'une non-régression, illustre cependant en partie une obligation de non-régression en droit français¹⁵⁰⁸.

787. Dans le cadre d'une vision plus globale et non plus uniquement environnementale, I. Hachez rappelle que les avancées même de l'intégration européenne deviennent « juridiquement irréversibles »¹⁵⁰⁹. Cet effet cliquet de la réglementation communautaire, véritable irréversibilité juridique au sens strict, se formalise à travers la notion d'intangibilité de l'acquis communautaire. L'acquis communautaire, ou comme le nomme M. Prieur « l'irréversibilité du temps communautaire »¹⁵¹⁰, trouve sa source dans les articles 2 et 3 du Traité de Maastricht de 1992 repris dans le Traité de Nice de 2001. Ces articles énonçaient ainsi l'objectif « de maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer ». Cette disposition a disparu du Traité de Lisbonne de 2007. Comme le rappelle M. Prieur, l'acquis communautaire ne pourra à l'avenir s'appuyer que sur le juge de l'Union Européenne¹⁵¹¹. Le principe de non-régression inhérent au droit de l'environnement pourrait

¹⁵⁰⁶ Cf. Partie II, Titre II, Chapitre I.

¹⁵⁰⁷ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 164.

¹⁵⁰⁸ Cf. *Supra*, Partie II, Titre II.

¹⁵⁰⁹ HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, *op.cit.*, p. 41.

¹⁵¹⁰ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, *op.cit.*, p. 147.

¹⁵¹¹ *Ibidem*.

donc être déduit tout à la fois des formulations des Traités en matière d'environnement et de l'acquis communautaire.

788. Dans le cadre du droit européen, la CEDH dans un arrêt *Tatar c/ Roumanie* en date du 27 juillet 2009¹⁵¹² intègre désormais le droit à la jouissance d'un environnement sain et protégé par le biais de l'article 8 de la Convention¹⁵¹³, et conduit ainsi à la reconnaissance de l'environnement comme droit fondamental. R. J. Cook énonce que « le principe de non-régression est implicite dans les Conventions sur les droits de l'homme »¹⁵¹⁴. La Déclaration universelle des droits de l'homme proclame que les peuples sont « résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de *meilleures* conditions de vie »¹⁵¹⁵. De même, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 impose aux Etats « d'*assurer progressivement le plein exercice* des droits reconnus »¹⁵¹⁶. Cette disposition peut être reconnue comme une « clause de progressivité » ou une « obligation de progressivité »¹⁵¹⁷. L'article 11-1 de ce même pacte reconnaît le droit de toute personne à « une amélioration constante de ses conditions d'existence ». L'article 5-2 du pacte va encore plus loin en spécifiant qu'il « ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout pays en vertu de lois, de Conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

¹⁵¹² CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c/ Roumanie*, req. n°67021/01. Cf. notamment considérant 87 : « L'article 8 peut donc trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement, que la pollution soit directement causée par l'État ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence d'une réglementation adéquate de l'activité du secteur privé. Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (...). Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État qui consisterait à adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins ».

¹⁵¹³ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés européennes, version amendée, juin 2010, article 8 : « Droit au respect de la vie privée et familiale ».

¹⁵¹⁴ COOK R. J. R., *Reservation to the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, V.J.I.L., vol. 30, 1990, p. 683, cite par FROUVILLE DE O., *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Editions Pedone, Paris, 2004, p. 360.

¹⁵¹⁵ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Nations Unies, 1948, Préambule, 5^e considérant.

¹⁵¹⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Nations-Unies, 1966, article 2-1.

¹⁵¹⁷ Cf. Notamment HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, op.cit., p. 26.

Il existe cependant des limites au principe de non-régression qu'il convient de soulever.

B) Les limites du principe de non-régression

789. Comme c'est le cas de manière globale pour le phénomène d'irréversibilité juridique, il est possible de reprocher au principe de non-régression de mener à un conservatisme et à un immobilisme juridique allant à l'encontre d'un droit adapté et en progrès. Cependant, comme l'énonce M. Prieur, le droit de l'environnement n'est pas un droit de l'homme comme les autres. Ainsi, « sauvegarder les acquis du droit de l'environnement, ce n'est pas un repli sur le passé, c'est au contraire une assurance sur l'avenir »¹⁵¹⁸. De même, la non-régression comme figure d'irréversibilité sous-entend bien évidemment qu'il ne s'agit pas de non-régression absolue et qu'une certaine relativité est nécessairement présente. En dehors du fait qu'il existe des degrés différents de non-régression (allant d'une simple recommandation à une interdiction formelle), une non-régression totale et irrévocable serait très difficile à mettre en place juridiquement et notamment par l'invocation même du « droit » des générations futures dont il ne faut pas limiter les choix et options. La régression peut être justifiée par des circonstances particulières à l'instar des droits de l'homme en temps de guerre. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit ainsi qu'en « cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». L'article 15 précise que le droit à la vie ne peut subir de dérogation sauf pour le cas de décès résultant d'acte licite de guerre. L'article F de la Charte sociale prévoit également des dérogations en cas « de guerre ou de danger public ». Les limites à la non-régression peuvent également provenir du juge qui va justifier la régression par « l'appréciation du caractère proportionnel du recul », la nécessité de « conciliation avec d'autres droits fondamentaux », « un intérêt supérieur général » ou des « motifs impérieux », ou encore « des exigences d'ordre public »¹⁵¹⁹. C. Krolik propose à cet effet de retenir deux cas de régression. La première serait une régression dite « modeste » qui serait fondée sur le principe d'équilibre et l'intérêt général¹⁵²⁰. Le droit de l'environnement doit

¹⁵¹⁸ PRIEUR M., *Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement*, op.cit., p. 182.

¹⁵¹⁹ *Ibidem*.

¹⁵²⁰ *Ibidem*. Cf. Notamment. BILLET P., *Le juste équilibre des droits au service de la protection de l'environnement*, Environnement, n°6, alerte 63, juin 2010.

parfois se concilier avec d'autres droits fondamentaux. La deuxième régression serait dite « significative ». En cas de motif impérieux d'intérêt général, il serait possible de procéder à une telle régression. C. Krolík reprend l'exemple de l'article 23 de la Constitution belge qui consacre la protection d'un environnement sain¹⁵²¹. Le Conseil d'Etat belge a indiqué que cet article s'oppose à l'adoption de mesures régressives « sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général »¹⁵²².

790. Ces limites à la non-régression bien que compréhensibles doivent cependant être encadrées et non privilégiées. La doctrine a même proposé de créer un « observatoire de la non-régression »¹⁵²³. M. Prieur retient à cet égard que « le recul d'un droit ne peut descendre en dessous d'un certain seuil sans dénaturer le droit en cause ». Il propose « qu'en matière d'environnement il existe un niveau d'obligations juridiques fondamentales de protection en dessous duquel toute mesure nouvelle devrait être considérée comme violant le droit à l'environnement »¹⁵²⁴.

791. La reconnaissance de la non-régression en tant que principe peut donc être considérée comme « une réalité du droit international »¹⁵²⁵ qui tend à pénétrer le droit national. La résolution du Parlement européen du 29 septembre 2011¹⁵²⁶ en vue de la Conférence Rio+20 qui demandait que « le principe de non-régression soit reconnu dans le contexte de la protection de l'environnement et des droits fondamentaux » était déjà une première étape dans la reconnaissance de l'importance de ce principe. L'acte final « L'avenir que nous voulons » ne fait malheureusement pas état de ce principe de régression. Cependant, cette volonté d'améliorer la protection de l'environnement, de faire progresser l'état du droit, est présente dans certains énoncés. Ainsi, concernant le développement durable, les Etats prennent acte de la « nécessité d'intégrer davantage les aspects économiques, sociaux et environnementaux du développement durable à tous les niveaux, en tenant compte des liens qui existent entre ces divers aspects, de façon à assurer un développement durable dans

¹⁵²¹ KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, *op.cit.*

¹⁵²² CE. Belge. 29 avril 1999, *Jacobs*, n°80.018.

¹⁵²³ KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, *op.cit.* Cet observatoire a d'ailleurs été créé en décembre 2012 à travers le programme ECOS à Santa Fé, Argentine.

¹⁵²⁴ PRIEUR M., *Ibidem.*

¹⁵²⁵ *Ibidem.*

¹⁵²⁶ Résolution du Parlement européen du 29 septembre 2011 sur l'élaboration d'une position commune de l'Union dans la perspective de la conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio+20).

toutes ses dimensions »¹⁵²⁷. Le point 26 est encore plus explicite : « Nous exhortons les États à s'abstenir d'adopter ou d'appliquer toute mesure économique, financière ou commerciale unilatérale contraire au droit international et à la Charte qui viendrait entraver la pleine réalisation du potentiel de développement économique et social, notamment des pays en développement ».

792. Malgré les critiques possibles, le principe de non-régression est certainement la figure d'irréversibilité juridique en droit de l'environnement la plus pertinente et légitime. Elle illustre la place importante qui est, et doit être faite à la problématique de l'irréversibilité. Les termes mêmes de régression/réversibilité et non-régression/irréversibilité sont parfois substitués par la doctrine. J-P. Marguénaud, dans un propos concernant le principe de non-régression et la régression, parle de « réversibilités des droits de l'homme »¹⁵²⁸.

¹⁵²⁷ Organisation des Nations Unies, Rapport *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288.

¹⁵²⁸ MARGUENAUD J-P., *Le principe de non-régression et la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 183-196.

CONCLUSION CHAPITRE II

793. L'irréversibilité juridique environnementale n'est à ce jour pas entièrement finalisée. Les mécanismes existent au sein du droit de l'environnement mais ils ne sont pas identifiés en tant que tels. Néanmoins, ces figures radicalisées sont de plus en plus souhaitées, encouragées et finalement conçues. Cela démontre la nécessité et l'urgence de mettre en place des outils et des procédures plus contraignants en droit de l'environnement. Comme s'en inquiète N. Hervé-Fournereau le droit de l'environnement « serait-il confronté à une nouvelle fortune de mer ? Pris dans les remous de son ineffectivité préoccupante, irait-il aussi se heurter à des écueils propres à mettre en danger les acquis environnementaux durement conquis ? »¹⁵²⁹. Ainsi, « aguerris à la surveillance des risques qui jalonnent l'aventure du droit de l'environnement, les lanceurs d'alerte redoublent leurs mises en garde. Le péril est éminent, les premiers assauts auraient déjà eu lieu ». Le principe de non-régression nous démontre aujourd'hui la nécessité de l'évolution des réflexions en droit de l'environnement.

794. Même si certains pourraient objecter qu'il ne s'agit pas pour l'instant d'un véritable principe, il convient de rappeler que le droit de l'environnement a l'obligation, plus que tout autre, de s'adapter au changement. Paradoxalement, cette nécessité d'adaptation peut parfois conduire à préconiser de l'irréversibilité. Comme le souligne J-M. Lavieille à propos du principe de non-régression, « il y a ainsi dans l'élaboration de ces formes de verrous juridiques (...) une tentative pleine d'espoir et d'inquiétude, celle de combattre et d'éviter des retours en arrière. Il faut essayer de les rendre juridiquement impossibles ou très difficiles »¹⁵³⁰.

¹⁵²⁹ HERVE-FOURNEREAU N., *Le principe de non-régression environnemental en droit de l'Union Européenne, entre idéalité et réalité normative*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 197-220.

¹⁵³⁰ LAVIEILLE J-M., *Propositions voulant contribuer à rendre plus opérationnel le principe de non régression en droit de l'environnement*, Conclusions, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 523-528.

CONCLUSION TITRE II

795. A travers l'étude des manifestations de l'irréversibilité juridique, les deux volets principaux de ce phénomène apparaissent : le volet traditionnel se traduisant par une recherche d'irréversibilité dans le droit et le volet plus récent du souhait d'irréversibilité dans le droit de l'environnement. Lors de ces dernières décennies de réflexions juridiques, il apparaît que ces deux volets forment les questionnements premiers : la sécurité juridique et l'environnement, la stabilité et l'adaptabilité. L'irréversibilité met inévitablement en exergue ce paradoxe. Dans sa dimension traditionnelle, elle interroge la stabilité et la mutabilité juridique, dans sa dimension environnementale, elle intéresse l'adaptabilité du droit. L'irréversibilité se trouve finalement au cœur des enjeux actuels, difficilement conciliables, du droit.

CONCLUSION PARTIE II

796. L'irréversibilité recèle d'une profondeur qui épuise les tentatives de l'entendement. Cette richesse, puisqu'il s'agit bien de cela en définitive, fait de ce phénomène une notion juridique complète et transversale, d'autant plus avec l'avènement du droit de l'environnement. L'irréversibilité juridique semble sans cesse renouvelée, partant de principes historiquement ancrés dans le droit comme le principe de non-rétroactivité ou la théorie des droits acquis, réapparaissant avec les réflexions sur le principe de sécurité juridique et trouvant certainement sa consécration à travers sa dimension environnementale et le principe de non-régression. Quand dans le droit certains principes ou certaines notions s'essoufflent avec la mutabilité permanente de la société, l'irréversibilité mue en même temps qu'elle. Cette persistance s'explique certainement par le fait soulevé par V. Jankélévitch que l'irréversible « est la temporalité même du temps »¹⁵³¹ et que le droit ne peut s'abstraire de ce dernier.

¹⁵³¹ JANKÉLÉVITCH V., *op.cit.*, p. 5.

CONCLUSION GENERALE

*« Parier est une chose,
gagner en est une
autre... »*

N. BOBBIO¹⁵³²

797. Comme cela a pu être mis en évidence, l'irréversibilité existe en droit tant comme objet du droit que comme notion juridique permettant notamment de pallier les dérèglements environnementaux irréversibles. La présence même du terme irréversible dans la définition du principe de précaution est une preuve de l'importance de l'irréversibilité. Finalement, elle fonde les actions environnementales depuis l'émergence du droit de l'environnement. Serait-il envisageable dès lors de reconnaître l'existence d'un « concept d'irréversibilité » qui permettrait de donner une consécration juridique à ce phénomène ? La boucle de l'irréversibilité en droit serait donc bouclée. En effet, une irréversibilité de fait (environnementale) intègre la sphère du droit comme objet à régler. Afin, de prendre en compte cette irréversibilité, la réglementation est appliquée, consacrée par l'existence d'une norme juridique adaptée à l'irréversibilité environnementale, le concept d'irréversibilité. De plus, ce concept est susceptible de contenir en son sein des prescriptions irréversibles en vue de stopper l'irréversibilité environnementale.

798. Le droit de l'environnement ayant créé des mécanismes juridiques permettant de pallier les incertitudes de la science, la question se pose de l'existence d'un concept juridique d'irréversibilité, ou tout du moins de sa création et de son utilité, dans le but de renforcer l'efficacité du droit face aux situations environnementales potentiellement irréversibles. Il a été vu qu'il était possible de reconnaître l'existence d'un principe d'irréversibilité. Ce principe d'irréversibilité reste un principe commun à toutes les branches du droit. La reconnaissance d'un concept d'irréversibilité en droit de l'environnement aurait une finalité différente puisqu'elle a un objectif précis : celui de réduire et de limiter à l'avenir les atteintes irréversibles à l'environnement. Le terme de concept est ici préféré en ce qu'il induit une vision élargie de la norme. Le concept reste un contenant juridique, ramificateur de principes, une sorte de « panier juridique » dans lequel est rassemblé un ensemble de notions. À propos du développement durable, P-M. Dupuy

¹⁵³² BOBBIO N., *Le futur de la démocratie*, Editions du Seuil, Paris, 2007, p. 102-103, à propos de la victoire des droits de l'homme sur Big Brother.

parle de « matrice conceptuelle »¹⁵³³. Le concept est admis comme étant plus large que la notion de principe.

799. Dans le cas d'une reconnaissance d'un concept d'irréversibilité, l'objet serait l'irréversibilité. Dès lors, le concept d'irréversibilité traduirait la représentation générale et abstraite de l'irréversibilité environnementale. Cette représentation de l'irréversibilité est largement subjective et reste tributaire d'un choix des États. Ainsi, le concept d'irréversibilité peut être tout aussi bien un concept protecteur, si la représentation est orientée vers un souhait de protection de l'environnement, un concept neutre, dans ce dernier cas, l'irréversibilité ne fait l'objet que d'un constat, ou enfin un concept libéral dans le sens où l'irréversibilité serait vue comme un frein à la croissance économique. Concernant un éventuel concept d'irréversibilité, deux situations sont à retenir. Soit il s'agit d'une règle ou d'une norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Soit il s'agit d'une règle juridique, établie par un texte en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure, c'est-à-dire un « concept de droit positif ». En tout état de cause, l'autorité d'une norme est tributaire de son mode de production et il est possible de l'apprécier à partir de l'*instrumentum*. Ainsi, seuls les principes issus des Conventions, des Traités, des lois, auraient une force réelle immédiate.

800. Le concept d'irréversibilité environnementale n'est actuellement pas défini en tant que tel dans les Conventions internationales, en droit de l'Union Européenne ou même en droit français. Comme nous avons pu le constater, il n'existe que des renvois implicites à la notion d'irréversibilité. Un des problèmes fréquemment soulevé, et qui pourrait être reproché à un éventuel « concept d'irréversibilité », est celui qui concerne leur profusion en droit de l'environnement. Cependant, comme le souligne le professeur M. Kamto, il apparaît notoire aujourd'hui « qu'il n'y aura pas de nouvelles avancées significatives dans la protection de l'environnement sans l'élaboration de concepts juridiques nouveaux ou l'enrichissement des concepts anciens, voire sans un changement des logiques et modes de pensée propre au droit international classique »¹⁵³⁴.

¹⁵³³ DAILLER P., PELLET A., N'GUYEN QUOC DINH., *Droit international Public*, L.G.D.J, 7^e édition, 2002, p. 1305.

¹⁵³⁴ M.KAMTO, *Ibidem*.

801. Ce concept d'irréversibilité doit-il être entendu comme un « concept neutre » comme le sous-entend M. Rémond-Gouilloud dans un de ses articles¹⁵³⁵ ? Il semble qu'il faille plutôt se garder d'une conception « minimaliste » de l'irréversibilité comme le propose J. Thevenot¹⁵³⁶. Il est possible et souhaitable de faire de ce concept d'irréversibilité, un concept d'action, de fondement de la protection de l'environnement. Déterminer la signification d'un concept d'irréversibilité relève de la prospective juridique puisqu'aucune réelle définition n'a aujourd'hui été donnée en droit de l'environnement et comme le rappelle M. Rémond-Gouilloud « la mention d'un terme juridique (l'irréversibilité) dans un texte juridique ne suffit pas à lui conférer une efficacité juridique : dépourvu de toute définition légale, notre concept se signale par l'hétérogénéité des formules où il apparaît »¹⁵³⁷. Cependant au regard de ce qu'est l'irréversibilité environnementale, de ce que signifie un concept en droit, et avec l'aide du principe de précaution, il semble possible d'appréhender de manière globale les difficultés, et de proposer des directions et des orientations.

802. Le concept d'irréversibilité est nécessairement empreint de l'essence des autres concepts et principes environnementaux puisque la thématique de l'irréversibilité est intrinsèque au droit de l'environnement. Ainsi, le concept d'irréversibilité se positionne notamment en tant que déclinaison du concept de développement durable. En effet, le concept de développement durable se traduit par la mise en place d'une norme comportementale pour une gestion durable des ressources. De ce fait, il tend à éviter et à limiter les situations d'irréversibilité. A ce jour, cette notion peut paraître utopique. De plus en plus nombreux sont ceux qui sont convaincus que c'est « notre seule option rationnelle »¹⁵³⁸. Cette réflexion peut se voir appliquée au concept d'irréversibilité, les enjeux environnementaux évoluant chaque jour, et les mesures adéquates étant de plus en plus exigeantes. Au même titre que le principe de précaution, le concept d'irréversibilité se doit d'être anticipatif. Il convient de remarquer que le droit de l'environnement ne se satisfait plus de légiférer après coup, c'est-à-dire après l'apparition des pollutions, mais devient un véritable « droit d'anticipation »¹⁵³⁹. Il légifère sur ce qui risque de survenir afin

¹⁵³⁵ REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE, n° spécial, 1998.

¹⁵³⁶ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité*, *op.cit.*

¹⁵³⁷ REMOND-GOUILLOUD M., *Préc.*, p. 8.

¹⁵³⁸ Stratégie mondiale de la conservation, UICN, PNUE, WWF, 1980, in *Global Environment Outlook*, GEO 3.

¹⁵³⁹ KAMTO M., *Singularité du droit international de l'environnement*, *op.cit.*

que cela n'arrive pas. Le concept d'irréversibilité peut être également vu comme un concept sécuritaire. Pendant longtemps, le concept de sécurité en droit international n'a été appréhendé que dans son aspect militaire. À partir des années 1970, l'idée que la sécurité devait être entendue de manière plus globale est apparue. D'autres aspects se sont imposés : aspect politique, économique, social, culturel et environnemental. Ainsi, la déclaration du 31 janvier 1992 du Conseil de Sécurité affirme, que l'absence de guerre ou de conflit militaire entre les États, n'assure pas la paix et la sécurité internationale, et qu'il existe « des causes non militaires d'instabilité dans les sphères économiques, sociales, humanitaires et écologiques qui sont devenues des menaces pour la paix et la sécurité »¹⁵⁴⁰. Ce concept d'irréversibilité peut être conçu comme une application du concept de sécurité, l'irréversibilité mettant en danger à long terme de manière certaine l'humanité en la privant de ressources essentielles à sa survie.

803. Il convient de déterminer les enjeux d'un concept d'irréversibilité¹⁵⁴¹ et de contourner les éventuelles critiques qui pourraient être avancées. Une des premières critiques est qu'il relève plus de la construction philosophique du droit que du droit positif. A propos du concept de développement durable, P-M. Dupuy énonce que l'inventaire de ces principes fait penser à celui de Prévert¹⁵⁴². Ensuite, ce concept d'irréversibilité peut être mis sur le compte d'un protectionnisme environnemental empêchant et refusant tout progrès technique. A titre d'exemple, les relations entre environnement et commerce illustrent les peurs engendrées par la protection de l'environnement. L'article XX du GATT de 1994 qui prévoit la reconnaissance de préoccupations non commerciales comme justifications de restrictions au commerce appliquées par les États parties énonce que « les mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, lorsque de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation » sont possibles, mais ne doivent pas être arbitraires, discriminatoires, protectionnistes¹⁵⁴³.

804. La principale critique qui pourrait être avancée concernant le concept d'irréversibilité est la difficulté de détermination de son contenu et de sa signification. Il est difficile de

¹⁵⁴⁰ FUENTE DE LA A., *Protection de l'environnement et sécurité internationale*, in *Les hommes et l'environnement*, Mélanges A. Kiss, 1998.

¹⁵⁴¹ Un des premiers enjeux étant bien entendu d'en faire un concept actif de protection de l'environnement juridiquement déterminé.

¹⁵⁴² DUPUY P-M., *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?* RGDIP, 1997-4, p. 877-886.

¹⁵⁴³ BECHMANN P., MANSUY V., *Principe de Précaution, Préc.*

déterminer l'irréversibilité environnementale puisqu'il est mal aisé de déterminer le préjudice fait à l'environnement. P-M Dupuy suggère¹⁵⁴⁴, à propos du concept de développement durable, une réflexion qu'il est intéressant de transposer au concept d'irréversibilité. « Un principe énonçant de façon aussi générale l'orientation d'ensemble et les objectifs majeurs d'une politique de développement, doit recevoir au cas par cas un contenu circonstancié. Ceci ne veut cependant pas dire que la généralité de la règle l'empêche de présenter un caractère d'ores et déjà obligatoire ». Il ajoute que « la constance du renvoi à ce principe finalisé dans les instruments de tout ordre relatif à la protection internationale de l'environnement manifeste en effet clairement, l'universalité d'une *opinio juris* dont la pratique corrélative se concrétise au fil du temps ».

805. Une des possibilités qui permettrait de définir convenablement ce concept d'irréversibilité et de lui donner la place non contestable dont il a besoin, serait de le consacrer dans une norme juridique, telle une Convention internationale, et ainsi d'obliger une définition plus précise de la notion. Il serait alors encadré juridiquement. Son insertion dans la soft law permettrait également de lui donner une place en droit international. En effet, le droit mou permet aujourd'hui de pénétrer le droit dur. Le développement durable a trouvé une application directe en droit de l'environnement en tant que norme comportementale. Il est possible de penser que le concept d'irréversibilité, tendant à cette même nature de norme comportementale, puisse suivre le même chemin juridique.

806. Le contenu d'un concept peut-il être considéré comme incertain ? L'irréversibilité est un constat scientifique par rapport à une donnée écologique. Comment dès lors traduire ce constat de fait en un concept juridique ? On est à même de pouvoir définir ce que signifie l'irréversibilité environnementale en tant que telle. C'est l'impossibilité de revenir en arrière, le point de non-retour d'une situation environnementale dégradée. Mais en ce qui concerne un concept qui traduirait cette situation, la détermination de sa signification est beaucoup plus complexe. Le concept d'irréversibilité peut se concrétiser par le biais d'un simple concept de constatation ou d'un concept actif, moteur de l'action de lutte contre l'irréversibilité environnementale. Il est possible de se fonder sur les conceptions maximalistes et minimalistes du principe de précaution et de les transposer au concept d'irréversibilité afin d'examiner les effets juridiques potentiels.

¹⁵⁴⁴ DUPUY P-M., *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? Préc.*

807. La conception maximaliste reviendrait à envisager le plus grave risque possible dans une activité, dans une action. Ainsi, il conviendrait à l'auteur de l'action de prouver l'innocuité de son acte. Cette conception paraît irréaliste au regard de la société contemporaine et paralyserait qui plus est l'activité économique. Elle risque d'être malheureusement inapplicable. La conception minimaliste suppose que le risque soit le plus probable possible et de nature à entraîner des risques graves et irréversibles, l'abstention ou le moratoire environnemental étant de ce fait exclus. Ainsi, aucune gestion de l'irréversibilité ne peut être possible au regard des nombreuses incertitudes de la science et de la maîtrise partielle de la nature. Une conception intermédiaire existe, celle d'un risque suffisamment crédible et admis par une partie significative de l'opinion scientifique au moment de la prise de décision. Le concept d'irréversibilité peut donc revêtir une forme passive ou active. Il est nécessaire aujourd'hui de tendre vers un passage du passif à l'actif justifié par les situations d'irréversibilité de plus en plus présentes et importantes.

808. Une conception passive de l'irréversibilité peut être vue comme une première étape dans la prise en compte du concept d'irréversibilité environnementale. Ce concept a comme utilité de déterminer l'irréversibilité, et d'énoncer que « nous sommes en présence d'une irréversibilité ». Cela revient à établir la prise de conscience des situations d'irréversibilité et de faire un état des lieux. C'est la reconnaissance de l'existence du concept tout en n'allant pas plus loin dans la gestion de l'irréversibilité. Cette conception induit une protection passive de l'environnement. Elle paraît insuffisante à la vue du caractère dramatique que revêt l'irréversibilité. Il ne s'agit pas d'une simple atteinte mais bien d'une disparition. La protection passive de l'environnement ne suffit plus.

809. Il est possible également d'en faire un concept actif de protection. Nous serions alors en présence, sur le modèle du concept de développement durable, d'une norme comportementale. Dans l'hypothèse d'une irréversibilité certaine, il est procédé à une application principale du principe de prévention de la façon la plus légitime. Le principe y trouve son utilité absolue d'application. Dans l'hypothèse d'une irréversibilité incertaine, une application plus radicale est alors mise en place, celle d'une application absolue du principe de précaution. Cela induit une protection active de l'environnement. L'action est faite sur l'aléa, ce qui revient à éliminer ou réduire le risque. Elle reste plus lourde à mettre en place et plus chère. Cette protection passe par la mise en place de mesures, de politiques et en cas de nécessité, de solutions drastiques comme les moratoires ou les sanctuaires

environnementaux. Constaté l'irréversibilité sans procéder ensuite à la mise en place d'actions destinées à en éradiquer les effets, ne sert à rien, sinon à conforter les opposants du droit de l'environnement. Le concept d'irréversibilité ne trouvera une réelle utilité que dans son passage d'un concept de constatation à un concept actif de protection de l'environnement.

810. De même que le principe de précaution, le concept d'irréversibilité reste un principe politique. Le principe de précaution a parfois encore du mal à être accepté. L'acceptation du concept d'irréversibilité sera plus difficile encore puisqu'il entraîne des actions plus radicales en faveur de l'environnement. Le risque est de se heurter à une réticence des Etats et des acteurs économiques et sociaux.

811. Aujourd'hui, il est possible de considérer qu'implicitement le concept d'irréversibilité existe dans sa version passive. Les Conventions internationales proclament la nécessité d'actions plus radicales, et attestent de l'irréversibilité environnementale de fait. L'importance est de promulguer le concept actif d'irréversibilité, le concept de constatation n'engendrant aucune réelle action en faveur de cette protection. Accepter un concept actif d'irréversibilité revient à mettre en place des actions de réduction de l'irréversibilité environnementale, par le biais de politiques publiques et d'insertion de cette préoccupation dans les textes juridiques de protection de l'environnement.

812. Comme l'énonce M. Rémond-Gouilloud, « la noblesse d'une idée ne suffit pas à persuader le monde juridique de la valeur du concept dans l'ordre normatif »¹⁵⁴⁵. Cependant, certains auteurs utilisent déjà cette appellation de « concept d'irréversibilité ». Ainsi, J. Thevenot fait-il une tentative d'introduction au concept d'irréversibilité en droit international de l'environnement¹⁵⁴⁶. Il fait une approche du concept par notion, à travers l'obligation de préservation de biodiversité et d'utilisation durable des ressources, de générations futures, du concept de développement durable, et par critères à travers la responsabilité des activités humaines dans le phénomène d'irréversibilité, de durée, et de seuil. Ces approches regroupent ce qui a été vu comme potentielles significations et contenus d'un concept d'irréversibilité.

¹⁵⁴⁵ REMOND-GOUILLOUD M., *L'autre humanité, remarques sur une homonymie*, in *L'homme et l'environnement*, *op.cit.*

¹⁵⁴⁶ THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité, approche en droit international de l'environnement*, *Préc.*

813. Aux sceptiques du droit de l'environnement il serait possible d'opposer la question suivante : qu'est-ce que le droit de l'environnement sinon la manifestation la plus aboutie d'une évolution juridique créatrice adaptative ?

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages juridiques généraux

- AMSELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Editions LGDJ, Paris, 1964.
- ARDANT P., *Institution politique et droit constitutionnel*, Editions LGDJ, Paris, 23^e édition, 2011.
- AUBY J-M., *L'ouvrage public*, Editions CJEG, 1962.
- BARTHELEMY J., DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, Editions Economica, Paris, 1993.
- BOULOC. B., *Droit pénal général*, Editions Dalloz, Précis, 19^e édition, Paris, 2005.
- BRUHL H-L., *La Preuve judiciaire, Essai de sociologie juridique*, Editions Marcel Rivière, Paris, 1963.
- CARBAJO J., *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Editions LGDJ, Paris, 1980.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Editions PUF, Quadrige, Paris, 1978.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Editions Flammarion, Champs Essai, Paris, 1996.
- CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Editions LGDJ, 10^e édition, Paris, 2001.
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Editions Montchrestien, 13^e édition, Paris, 2008.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, 2 tomes, Editions Montchrestien, 15^e édition, Paris, 2001.

- CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souveraineté, Essai sur la fonction du droit international*, Editions la Découverte, 1995.
- DE BECHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Editions Odile Jacob, 1997.
- DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2006.
- DELMAS-MARTY M., *Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginantes du droit*, Editions du Seuil, Paris, 2011.
- EDELMAN B., HERMITTE M-A., *L'Homme, la nature et le droit*, Editions Christian Bourgeois, 1988.
- FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, Editions Dalloz, 10^e édition, Paris, 2007.
- FROUVILLE DE O., *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Editions Pédonne, Paris, 2004.
- GOYARD-FABRE S. et SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Editions PUF, Collection « Questions », Paris, 1993.
- HABERMAS J., *Théorie de l'agir communicationnel, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, Editions Fayard, 1997.
- HABERMAS J., *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Editions Gallimard, 1997.
- IMPERIALI C., *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des Conventions internationales*, Editions Economica, 1988.
- KELSEN H., *Théorie générale des normes*, Editions PUF, 1996.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Editions LGDJ, Montchrestien, collection La pensée juridique, Paris, 1999.
- LABEE X., *Les critères de la norme juridique*, Editions Presses Universitaires de Lille, 1994.

- LEVEL P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps, contribution à la théorie générale du droit transitoire*, Editions LGDJ, Paris, 1959.
- NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, Editions LGDJ, 8^e édition, Paris, 2009.
- ORIANNE P., *Introduction au système juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1982.
- PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Editions LGDJ, Paris, 2002.
- RADICA G., *La loi, textes choisis et présentés*, Editions GF Flammarion, Paris, 2000.
- ROBELIN J., *La petite fabrique du droit*, Editions Kimé, Paris, 1994.
- ROUBIER P., *Les conflits de lois dans le temps*, Editions Sirey, Tome I, 1929.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Editions Sirey, 2^e édition, 1951.
- ROUBIER P., *Le rôle de la volonté dans le droit*, Archives de Philosophie du droit, n°3, Editions Sirey, Paris, 1957.
- SCHWARZ-LIBERMANN VON WAHLENDORF H. A., *Les dimensions du droit, Etudes de Philosophie du Droit*, Editions LGDJ, Paris, 1978.
- SIMON P., *La main invisible et le droit*, Editions Les belles lettres, 1992.
- TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Editions Léviathan, Editions PUF, Paris, 2001.
- TROPER M., *La philosophie du droit*, Editions PUF, Collection Que sais-je ?, 3^e édition, Paris, 2011.
- VEDEL G., *Droit administratif*, Editions PUF, Thémis, 1964.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, Editions LGDJ Montchrestien, Paris, 1960.
- VLACHOS G., *Principes généraux du droit administratif*, Editions Ellipses, Paris, 1993.
- YANNAKOPOULOS Y., *La notion de droit acquis en droit administratif français*, Editions LGDJ, Paris, 1998.

Ouvrages juridiques spécialisés (environnement)

- DESPAX M., *Droit de l'environnement*, Editions Litec, 1980.
- EWALD F., *Le principe de précaution*, Editions Que-sais-je ?, 2001.
- FROMAGEAU J., GUTTINGER P., *Droit de l'environnement*, Editions Eyrolles, 1993.
- KISS A., BEURIER J-P., *Droit international de l'environnement*, Editions Pédonne, 4^e édition, 2010.
- LAVIEILLE J-M., *Convention de protection de l'environnement : secrétariats, conférence des parties, comités d'experts*, Editions PULIM, Limoges, 1999.
- LAVIEILLE J-M., *Droit international de l'environnement*, Editions Ellipse, 2^e édition, Paris, 2004.
- LITTMANN M.J., LAMBRECHTS Cl., *La spécificité du dommage, Le dommage écologique*, Editions SFDE, 1992.
- OST F., *La nature hors la loi*, Editions La découverte, 1995.
- PRIEUR M., DOUMBE-BILLE S., *Droit de l'environnement et du développement durable*, Editions PULIM, 1994.
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Editions Dalloz, Précis, 6^e édition, Paris, 2011.
- REMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, Editions PUF, Les voies du droit, Paris, 1989.
- ROMI R., *Droit et administration de l'environnement*, Editions LGDJ Montchrestien, Domat droit public, 7^e édition, Paris, 2010.

Ouvrages non juridiques

Ecologie

- BOURG D., *Pour une 6^e république écologique*, Editions Odile Jacob, 2011.

-JACQUARD A., *De l'angoisse à l'espoir, leçon d'écologie humaine*, Editions Calmann-Lévy, 2002.

-REAU L., *Histoire du vandalisme, les monuments détruits de l'art français*, Editions Robert Laffont, Paris, 1994.

-REEVES H., *Le Mal de Terre*, Editions du Seuil, Paris, 2005.

-SERRES M., *Le contrat naturel*, Editions Flammarion, 1992.

Science

-ADDE A., *Sur la nature du temps*, Editions PUF, Perspectives Critiques, Paris, 1998.

-ARROW K., *Choix collectifs et préférences individuelles*, Editions Calmann-Lévy, Paris, 1974.

-BARREAU H., *Le temps*, Editions Que-sais-je ? PUF, 1996.

-BOHR N., *Physique atomique et connaissance humaine*, Editions Gonthier, Paris, 1961.

-COSTA DE BEAUREGARD O., *Le second principe de la science du temps, Entropie, Information, irréversibilité*, Editions du Seuil, Paris, 1963.

-KLEIN E. et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, Paris, 1996.

-PRIGOGINE I., *La fin des certitudes, Temps, chaos et les lois de la nature*, Editions poches Odile Jacob, Paris, 2001.

-PRIGOGINE I, STENGERS I., *Entre le temps et l'éternité*, Editions Flammarion, Paris, 2009.

-VICO J-B., *La science nouvelle*, Editions Nagel, 1954.

Philosophie

-AGAMBEN G., *Etat d'exception, Homo sacer II, 1*, Editions du Seuil, Paris, 2003.

- ARENDRT H., *Condition de l'homme moderne*, Editions Calmann-Lévy, Paris, 1983.
- ARISTOTE., *Physique*, IV, 218, Paris, Editions Les Belles Lettres, 1990.
- ARISTOTE., *Politique*, Livre II, traduction par J. Aubonnet et M.-L. Desclos, Paris Editions Les Belles Lettres, 1998.
- AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Editions du Seuil, Essais Points, Paris, 1970.
- BERGSON H., *L'évolution créatrice*, in Œuvres, Editions PUF, 4^e édition, Paris, 1970.
- BERGSON H., *Durée et simultanéité*, Editions PUF, Collection Quadrige, 2^e édition, 1992.
- BERGSON H., *L'énergie spirituelle*, Edition Quadrige, PUF, 7^{ème} édition, 2003.
- BOURDIEU P., *Ce que parler veut dire, l'économie des échanges linguistiques*, Editions Fayard, 1982.
- CHESNEAUX J., *Habiter le temps*, Paris, Editions Bayard, 1996.
- CICERON., *De la nature des dieux*, Livre IIe, XXV.
- COMTE A., *Cours de philosophie positive*, Editions BookSurge Publishing, 2001.
- DESCARTES R., *Règles pour la direction de l'esprit*, Œuvres philosophiques I, Edition Classique Garnier, 1618-1637, Edition de F. Alquié, 1997.
- DUPUY J-P., *Pour un catastrophisme éclairé*, Editions du Seuil, Paris, 2002.
- DUPUY J.P., *Petite métaphysique des tsunamis*, Edition du Seuil, Paris, 2005.
- ELIADE M., *Le mythe de l'éternel retour*, Editions Gallimard, Folio essais, 1969.
- FEUERBACH L., *Pensées sur la mort et sur l'immortalité*, Edition Pocket, Agora, 1997.
- GIRARD R., *La violence et le sacré*, Editions Fayard, Collection Pluriel, Paris, 2011.
- HART H.L.A., *Le concept de droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2^e édition, Bruxelles, 2005.
- HEIDEGGER M., *Etre et Temps*, Section I, Ecrits publiés de 1914 à 1970, Bibliothèque de philosophie, Editions Gallimard, 1986.
- HUSSERL E., *L'idée de la phénoménologie, Cinq leçons*, Editions PUF, 4^e édition, 1990.

- HUSSERL E., *Leçon sur la phénoménologie de la conscience intime du temps*, Editions PUF, 1996.
- JANKÉLÉVITCH V., *L'irréversible et la nostalgie*, Editions Flammarion, 1974.
- JANKELEVITCH V., *La mort*, Editions Champs Flammarion, 3^e édition, 1977.
- JANKELEVITCH V., *Penser la mort ?* Editions Liana Levi, essai piccolo, 1994.
- JONAS H., *Le principe responsabilité*, Editions du Cerf, 3^e édition, 1995.
- KANT E., *La doctrine du droit*, Editions Librairie philosophiques J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1971.
- KANT E., *Critique de la raison pure*, Editions GF Flammarion, 3^e édition, 2006.
- KOJEVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Editions Gallimard, Bibliothèque des idées, 1981.
- LANGANEY A., *La philosophie...biologique*, Editions Belin, Paris, 1999.
- LAMARCK J-B., *Système analytique des connaissances positives de l'homme*, 1820, Editions PUF, Collections Quadrige, 1992.
- LARRERE C. et R., *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*, Editions Champs Flammarion, Essai, Paris, 1997.
- LEVINAS E., *La mort et le temps*, Edition de l'Herne, Biblio Essais, 1992.
- LOCKE J., *Essai sur l'entendement humain*, Editions Vrin, 2003.
- MORIN E., *L'homme et la mort*, Editions du Seuil, Points Essais, Paris, 1970.
- PARMENIDE., *Le poème*, V.
- PLATON., *Timée*, Les belles lettres, 37d-38a.
- POPPER K., *La connaissance objective*, Editions Aubier, Bibliothèque philosophique, 1991.
- RICOEUR P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Editions du Seuil, Points Essais, Paris, 2000.

-SAINT AUGUSTIN., *Confessions*, Livre XI, 14,17.

-SPINOZA B., *Ethique*, Editions Flammarion, 1993.

Economie - Sociologie

-BECK U., *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Editions Champs Flammarion, Paris, 2001.

-BOIRAL O., *Environnement et gestion, De la prévention à la mobilisation*, Editions Les presses de l'Université de Laval, 2007.

-BOYER R., CHAVANCE B., GODARD O., *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 1991.

-LATOUCHE S., *Le Pari de la décroissance*, Editions Fayard, Paris, 2006.

-MONTGOLFIER J. de, NATALI J-M., *Le patrimoine du futur. Approches pour une gestion patrimoniale des ressources naturelles*, Economica, Collection Economie agricole et agro-alimentaire, Paris, 1987.

-VALLEE A., *Économie de l'environnement*, Edition du Seuil, Point économie, Paris, 2002.

Autres

-BARJAVEL R., *Le voyageur imprudent*, Editions Gallimard, 1973.

-BOBBIO N., *Le futur de la démocratie*, Editions du Seuil, Paris, 2007.

-GAUDIN T., *La prospective*, Editions PUF, Collection Que sais-je ?, 2005.

-DU MAURIER D., *La maison sur le rivage*, Editions Lqf, 2003.

Mélanges

-Mélanges en l'honneur de HELIN J-C., *Perspectives du droit public*, Editions LexisNexis Litec Contributions rassemblées par Emmanuel Cadeau, Paris, 2004.

-Mélange en l'honneur de JEANNEAU B., *Les mutations contemporaines du droit public*, Editions Dalloz, Paris, 2002.

-Mélange en l'honneur de KISS A., *Les hommes et l'environnement*, Editions Frison Roche, Paris, 1998.

-Mélange en l'honneur de LACHAUME J-F., *Le droit administratif : permanences et convergences*, Editions Dalloz, Paris, 2007.

-Mélange en l'honneur de MODERNE F., *Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Editions Dalloz, Paris, 2004.

-Mélange en l'honneur de WALINE M., *Le juge et le droit public*, T. II, Editions LGDJ, Paris, 1974.

-WALINE JEAN., *Gouverner, administrer, juger*, Liber amicorum, Editions Dalloz, Paris, 2002.

Thèses

-BONNEL G., *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Limoges, 2005.

-BONNIN M-A., *Les aspects juridiques des corridors biologiques : vers un troisième temps de la conservation de la nature*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Nantes, 2003.

-BRETESCHE T., *L'introduction d'espèces exotiques et la protection de l'environnement : étude d'un système juridique*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Nantes, 2008.

-CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Thèse de doctorat, Paris, Editions LGDJ, 1981.

-CAIRE A-B., *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Droit privé, Université de Limoges, 2010.

-CAZALA J., *Le principe de précaution en droit international, Etude d'un mode conventionnelle de gestion de l'incertitude scientifique*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Editions LGDJ, Anthémis, Paris, 2006.

-CHEVREAU E., *Le temps et le droit : la réponse de Rome, l'approche du droit privé*, Thèse de doctorat, droit privé, Université Panthéon- Assas, 2001.

-DUPEYROUX O., *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Thèse de doctorat, droit administratif, Université de Toulouse, Editions LGDJ, Paris, 1953.

-EVEILLARD G., *Les dispositions transitoires en droit public français*, Editions Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, Paris, 2007, préface de Jacques Petit, Thèse de doctorat, droit public, Université de Rennes I, 2005.

-GROULIER C., *Normes permissives et droit public*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, 2006.

-HA DUONG M., *Comment tenir compte de l'irréversibilité dans l'évaluation intégrée du changement climatique ?* Thèse de doctorat de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 1998.

-HACHEZ I., *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2008.

-HERVOIS J., *La production de la norme juridique en matière scientifique et technologique*, Thèse de doctorat, droit public, Université de La Rochelle, 2011.

-JEAN-BAPTISTE W., *L'espérance légitime*, Thèse de doctorat, Université de Limoges, Editions LGDJ, Fondation Varenne, 2011.

-MAGNINY V., *Les réfugiés de l'environnement, Hypothèse juridique à propos d'une menace écologique*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 1999.

- MAILLOT J-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit, continuité et modernité*, Thèse pour le doctorat, droit administratif, Université Montpellier I, 2001, Editions Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2003.
- MAKOWIAK J., *Esthétique et droit*, Editions LGDJ, Collection Bibliothèque droit de l'urbanisme, Paris, 2004.
- MICHEL G., *La notion d'urgence en droit administratif de l'environnement*, Thèse de doctorat, Droit de l'Environnement, Université de Limoges, 2006.
- MILLARD E., *Famille et droit, recherche sur la construction d'un objet juridique*, Editions LGDJ, Collection Bibliothèque de droit public, Paris, 1995.
- NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement, Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Thèse de doctorat, Editions Bruylant, Bruxelles, 1999.
- NICAISE M., *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, droit privé, Université de Rennes I, 2000, Editions Atelier National De Reproduction Des Thèses, 2003.
- SOLEILHAC T., *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse de doctorat, droit de l'environnement, Université de Lyon, 2006.

Dictionnaires

- Lexique des termes juridiques, Edition Dalloz, 20^e édition, Paris, 2013.
- Dictionnaire de la langue philosophique, Editions Paul Foulquié, PUF, 6^e édition, 1992.
- Grand dictionnaire de la philosophie, Larousse, Editions CNRS, 2003.
- Dictionnaire Le petit Robert, édition 2013.
- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^e édition, Paris, 1993.

-CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Editions PUF, 9^e édition, Paris, 2011.

-CORNU G., *Linguistique juridique*, Editions Montchrestien, 3^e édition, Paris, 2005.

-HOTTOIS G., MISSA J-N., *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, Editions De Boeck Université, 2001.

-MORFAUX L.-M., *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Editions Armand Colin, Paris, 1980.

-PICOCHÉ J., *Dictionnaire étymologique du français*, Editions Le Robert, Collection Les Usuels, Paris, 2002.

-VEYRET Y., *Dictionnaire de l'environnement*, Editions Armand Colin, Paris, 2007.

Actes de colloque

-*L'ordre public écologique, Towards an ecological public order*, Colloque sous la direction de BOUTELET M., et FRITZ J-C., Editions Bruylant, 2005.

-KLEIN E., *Faut-il distinguer cours du temps et flèche du temps*, Conférence, Ecole Centrale de Nantes, Cérémonie des Doctorats Honoris Causa, 26 avril 2007.

-*Catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Limoges, 11, 12 et 13 mars 2009, Editions Bruylant, 2012.

-*La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012.

Articles juridiques

A

-ALEXY R., *Droit, discours et temps*, in Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ? Bibliothèque de l'académie européenne de théorie du droit FUSL et KUB, Bruxelles, Bruyant, 1998.

-AMSELEK P., *Philosophie du droit et théorie des actes du langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Editions PUF, Paris, 1986.

-AMSELEK P., *La part de la science dans les activités des juristes*, Recueil Dalloz, 1997, p. 337.

-ARNAUD A-J., *Crise contemporaine de nos sociétés, crise du droit et réflexion juridique*, Conférence prononcée le 23 novembre 1981 au Centre de philosophie du droit de l'Université del Zulia, Maracaïbo, Vénézuéla,

-ARNAUD A-J., *Du jeu fini au jeu ouvert, réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, Droit et société, 17/18-1991, p. 50.

<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/arnaud5.htm>

-ARNAUD A-J., *Une science sociale pour la pratique juridique ?*, Revue Droit et Société, 20/21-1992, p. 11-35, p. 14.

-ATIAS C., *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv, 2005, p. 298.

-AUBERT J-L., *Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute !*, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, RTDCiv. 2005, p. 300.

-AUBIN E., *Les conséquences juridiques des promesses non tenues faites aux agents contractuels de droit public*, AJDA, 2006, p. 158.

-AUBIN E., *Le personnel des collectivités locales*, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Introduction folio n°10050.

-AUBIN E., *Les pensions de retraite et la rétroactivité, laisser le temps au temps*, in Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Editions Dalloz, Paris, 2007.

B

-BACH L., *Conflits de loi dans le temps*, Répertoire Dalloz de droit civil, mai 2006, n° 117.

-BACHELIER X., JOBARD-BACHELIER M-N., *Les revirements de jurisprudence, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv., 2005, p. 304.

-BARANGER D., *Le temps du droit*, Revue Administrative, Numéro spécial, 2000.

-BATTIFOL H., *Note sur les revirements de jurisprudence*, APD, 1967, p. 335.

-BEAUVAIS P., *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes*, in Archives de politique criminelle, 2007/1, n° 29, p. 3-18.

-BESSIN M., *La temporalité de la pratique judiciaire : un point de vue sociologique*, Droit et société, 39-1998, p. 333.

-BLAEVOET Ch., *De l'intangibilité des ouvrages publics*, Dalloz Chr., 1965.

-BOBBIO N., *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in *La règle de droit*, sous la direction de PERELMAN Ch., Editions Bruylant, Bruxelles, 1971.

-BOUDOT M., *Moratoire*, Répertoire Dalloz Immobilier, Janvier 2012.

-BOYER-CAPELLE C., *L'« effet cliquet » à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité*, AJDA 2011, p. 1718.

-BRONDEL S., *Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, AJDA 2003, p. 761.

-BRUNET F., *De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, RFDA, janvier- février 2013, p. 113.

C

-CANIVET G., MOLFESSIS N., *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?*, La semaine juridique, Edition générale, 15 décembre 2004, p. 2296.

-CASSIA P. *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes*, Recueil Dalloz, 2006, p. 1190.

-CHALTIEL F., *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité*, AJDA, 2009, p. 1650.

-CHAUVRAUX D., STAHL J-H., *La décision de reprise des essais nucléaires est un acte de gouvernement*, AJDA, 1995, p. 684.

-CHAVRIER H., LEGAL H., BERGUES DE G., *Actualité du droit communautaire*, AJDA, 1998, p. 310.

-CHICOT P Y., *La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou*, RFDA, 2009, p. 419.

-COMMAILLE J., *La régularité des temporalités juridiques par le social et le politique*, in Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ? Bibliothèque de l'académie européenne de théorie du droit FUSL et KUB – Bruxelles, Bruyant, 1998.

D

-DAVID R., *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*, in *Le dépassement du droit*, APD n°8, Editions Sirey, Paris, 1963, p. 13.

-DE PAGE H., *De l'interprétation des lois*, Editions Payot, Bruxelles, 1978, II, p. 106-108, in GOYARD-FABRE S., SEVE R., *Les grandes questions de la philosophie du droit*, Editions PUF, 1986, p. 175.

-DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droit et risque*, LPA, 7 septembre 2009, n°178.

-DIEU F., *Du provisoire à l'irréversibles ou comment le juge de l'urgence pèse sur le comportement de l'Administration*, La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales, 12 novembre 2007, hebdomadaire, n°46, p. 2293.

-DOMINGO M., *Avis relatif à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 11 juin 2009*, La Gazette du Palais, 26 et 27 août 2009, p. 18.

-DOMINO X., *Principe de précaution et théorie du bilan : mille plateaux*, AJDA 2013, n°18, p.1046.

-DRAGO R., *Du bon usage du temps*, in *Le temps administratif*, Numéro spécial, Revue administrative, 2000, p. 7.

-DUBOS O., MELLEREY F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, Lexisnexis, droit administratif n°8, Etude n°15, Aout 2004.

-DWORKIN R., *La théorie du droit comme interprétation*, Droit et société, 1-1985, p. 109.

F

-FARDET C., *La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité*, Droit administratif, 2008, p. 37-38.

-FROMONT M., *Le principe de sécurité juridique*, AJDA juin 1996, n° spécial sur le droit administratif et le droit communautaire, p. 178-184, p. 178.

G

-GHESTIN J., *Les données positives du droit*, RTDciv, 2002.

-GIANFORMAGGIO L., *Temps de la constitution, temps de la consolidation*, in Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ? Bibliothèque de l'académie européenne de théorie du droit FUSL et KUB – Bruxelles, Bruyant, 1998.

H

-HALPERIN J-L., *La preuve judiciaire et la liberté du juge*, in *Figures de la preuve, Communications*, 84, 2009, p. 21-32.

-HERVE-FOURNEREAU N., *Le principe de non-régression environnemental en droit de l'Union Européenne, entre idéalité et réalité normative*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 197-220.

J

-JORION B., *La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle*, AJDA 1995, p. 455.

K

-KACZMAREK L., *Revirement de jurisprudence et sécurité juridique : la Cour de cassation module sa position*, note de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 2009, n°08-16914, LPA, Le quotidien juridique, 398^e année, 9 octobre 2009, n°202, p. 13.

L

-LAGARDE X., *Réforme de la prescription en matière civile : entre simplifications et incertitudes*, Gazette du Palais, 11 avril 2009, n°100 à 101, p. 2.

-LAMOUREUX S., *La codification ou la démocratisation du droit*, Revue française de droit constitutionnel, 2001/4, n°48, p. 801-824.

-LOSCHAK D., *Le droit, discours de pouvoir*, in Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon, Editions Economica, Paris, 1982.

M

-MIAILLE M., *La critique du droit*, Droit et société, 20/21-1992, p. 86.

-MAISANI P., WIENER F., *Réflexion autour de la conception post-moderne du droit*, Revue Droit et Société, 27/1994, p. 443-464.

-MAC LAUHLAN W., *La fonction communicationnelle de la loi*, in *L'amour des lois, la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Editions L'Harmattan, Les Presses de l'Université de Laval, 1996, p. 365.

-MAGNON X., *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ?*, RTDCiv, 2009, p. 269.

-MASQUELIN J., *La formation de la règle de droit*, in *La règle de droit*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1971.

-MAZAUD A., *Échanges de vœux à l'Élysée*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°18, 2005, p. 8.

-MATHIEU B., *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Constitution et environnement), Janvier 2004.

-MATHIEU B., *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, in Mélanges GELARD P., Editions Montchrestien, Paris, 2000, p. 301.

-MESSMER P., *Le temps administratif*, Allocution d'ouverture, Revue Administrative, Numéro spécial, 2000.

-MOLFESSIS N., *La distinction du normatif et du non-normatif*, RTDCiv, 1999.729, p. 734.

- MODERNE F., *Actualité des principes généraux du droit*, RFDA, 1998, p. 495-518.
- MODERNE F., *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*, RFDA, 1999, p. 722.
- MODERNE F., *La sanction administrative*, RFDA, 2002, p. 483.
- MODERNE F., *Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, RFDA, 2007, p. 917.
- MOLINIER J., *Principes généraux*, Répertoire Dalloz, Communautaire, Mars 2011, p. 82-101.
- MORAND-DEVILLER J., *Esthétique et patrimoine*, AJDA, 1993, p. 89.
- MORAND-DEVILLER J., *Pour une théorie micropolitique du droit*, LPA, 5 août 2005, n°155, p. 5.
- MOURY J., *Le droit confronté à l'omniprésence du risque*, Recueil Dalloz 2012, p. 1020.
- MOUZET P., *La désuétude en droit constitutionnel français, quelques cas tirés du droit français*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 septembre 2009, n°5, p. 1381.
- MUZNY P., *Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la CEDH*, Revue du droit politique en France et à l'étranger, 20 juin 2006, n°4, p. 977.

N

- NABLI B., SUTTER G., *L'instabilité sous la Ve République*, RDP, 20 septembre 2009, n°6, p. 1599.

P

-PEERBUX-BEAUGENDRE Z., *Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire*, RFDA, 2005, p. 473.

-PEPY G., *La réforme du régime juridique de la presse*, AJDA, 1986, p. 534.

-PFERSMANN O., *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, RFDA, 2000, p. 236.

-PINON S., *Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante*, Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 20 octobre 2010, n°2, p. 523.

-PLAYOUST O., *Normativité et légitimité du droit*, RRJ, 1993-1, p. 195.

-PLESSIX B., *Le caractère provisoire des mesures prononcées en référé*, RFDA, 2007, p. 76.

-PONTHOREAU M-C., *Constitutions européennes et identités constitutionnelles nationales*, VIIe congrès mondial de l'AIDC, Atelier 4, Athènes 11-15 juin 2007.

R

-RABAULT H., *La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle*, LPA, 30 août 2004, n°173, p. 3.

-RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Paris, 1955, p. 10.

-ROETS D., *De la résolution des conflits de lois pénales relatives à la récidive : la CEDH piégée par le temps ?*, Rec. Dalloz, 2005, p. 1203.

-ROUSSEAU D., SUDREL F., *L'interprétation de la Convention*, in *Le juge administratif français et la CEDH*, RUDH, 1991, p. 280.

S

-SCHMIDT-ASSMAN E., *Principes de bases d'une réforme du droit administratif*, AJDA, 2008, p. 427.

-SCHWARTZ R., Conclusions sur CE. Section. 3 novembre 1995, *Mme Velluet et a.*, AJDA 1996, p. 215.

-SOULAS DE RUSSEL J-M., RAIMBAULT P., *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, RIDC, 1-2003, p. 86-103.

T

-THIBIERGES C., *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, RTDCiv, Généralités 2009, p. 599.

-THOMAS Y., *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, Annales. Histoire, Sciences Sociales 2002/6, 57^e année, p. 1431-1462, p. 1432.

V

-VAN HOECKE M., *Time and law, is it the nature of law at last ? A Conclusion*, in Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ? Bibliothèque de l'académie européenne de théorie du droit FUSL et KUB – Bruxelles, Bruyant, 1998.

-VEDEL G., *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge*, in Mélanges WALINE M., *Le juge et le droit public*, T. II, LGDJ, Paris, 1974, p. 781.

-VINCENT P., *Le faible impact du principe de confiance légitime en droit administratif français*, Conclusions sur Cour administrative d'appel de Nancy, 17 juin 1999, *Ministre de l'Environnement c/ Entreprise Transports Freymuth*, RFDA, 2000, p. 254.

-VONSY M., *Le parlement constituant n'est pas souverain*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 juillet 0501 n°3, p. 793.

W

-WALINE M., *Impossibilité pour l'autorité judiciaire d'ordonner la destruction d'un ouvrage public, même si son édification a eu le caractère d'une voie de fait*, sous Cass. civ. 17 février 1965, *Commune de Manosque*, RDP. 1965, p. 991.

-WEBER M., *Désir d'éternité, nécessité de subsides ou la réserve administrative*, LPA, 24 avril 1996, n°50, p. 65.

-WROBLEWSKI J., *Les langages juridiques : une typologie*, Droit et Société, 8-1988, p. 17.

Droit de l'environnement

B

-BECHMANN P., MANSUY V., *Principe de Précaution*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 125, 2002.

-BEURIER J-P., NDENDE M., *Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL)*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 4860, n° 92, 1^{er} janvier 2007.

-BORN C-H., HAUMONT F., *Le principe de non régression en droit de l'environnement : la situation Belge*, in *La non régression en droit de l'environnement* Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 285-306.

-BOUVERESSE A., *Annulation attendue des arrêtés suspendant l'autorisation du maïs MON 810*, Revue trimestrielle de droit européen 2013, p. 932.

C

-CANS C., *Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences*, AJDA, 2003, p. 210.

-CASSARA H., *L'appréhension de la biodiversité par le droit de l'urbanisme après les lois issues du « Grenelle de l'environnement »*, Gazette du Palais, 24 septembre 2011, n°267, p. 9.

-CHARPENTIER J., *L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique*, in *Les hommes et l'environnement*, Etudes en l'honneur de KISS A., Editions Frison Roche, Paris, 1998, p. 17.

-CHASKALSON A., *L'Etat de droit et les objectifs de développement pour le millénaire*, in Magazine du Programme des Nations Unies pour l'environnement, Volume 15, n°3.

-COURTIEU D., *Troubles de voisinage*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 4995, point 35.

D

-DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Droit et risque*, LPA, Quotidien juridique, 398^e année, n°178, 7 septembre 2009.

-DE KLEMM C., MARTIN G., PRIEUR M., UNTERMAIER J., *Les qualifications des éléments de l'environnement*, sous la direction de KISS A., *L'écologie et la loi*, Editions L'Harmattan, 1989, p. 53.

-DRAGO G., *Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement*, AJDA 2004, p. 133.

-DUDLEY N., *Lignes directrices pour l'application des catégories de gestion aux aires protégées*, 2008, Gland, Suisse: IUCN, <http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAPS-016-Fr.pdf>

-DUPUY P.-M., *Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?*
RGDIP 1997-4, p. 877-886.

E

-ELLUL J., *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, in *Le dépassement du droit*,
Archives de Philosophie du Droit, Editions Sirey, Paris, 1963, p. 32.

F

-FEVRIER J.M., *Développement Durable*, J.-Cl Environnement et développement durable,
Fasc. 124.

-FRITZ-LEGENDRE M., *Biodiversité et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro
spécial, 1998, p. 79-100.

-FUENTE DE LA A., *Protection de l'environnement et sécurité internationale*, in *Les
hommes et l'environnement*, Mélanges en l'honneur de KISS A., *Les hommes et
l'environnement*, Editions Frison Roche, Paris, 1998.

G

-GOUGUET J.-J., *Le principe de précaution face à l'économie*, in *Incertitude juridique,
incertitude scientifique*, Les cahiers du CRIDEAU, 2000.

H

-HAARSCHER G. *Le temps du droit et l'expérience totalitaire* », in *Temps et droit, le droit
a-t-il pour vocation de durer ?*, Sous la direction de François Ost et Mark Van Hoecke,

Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles, 1998.

-HACHEZ I., *Le principe de standstill : le pari des droits économiques, sociaux et culturels*, Administration publique trimestrielle, 2000, p. 30-57.

-HACHEZ I., *Le principe de non-régression en droit de l'environnement : une irréversibilité relative ?*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 501-522.

-HAGEGE-RADUTA B., *Le décret du 24 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement : les contours d'un régime enfin précisés*, LPA, 14-15 juillet 2009, n°139-140.

-HERMITTE M.A., DAVID V., *Evaluation des risques et principe de précaution*, LPA, 30 novembre 2000, n°239.

-HERMITTE M.A., *Pour une deuxième révolution hygiéniste*, in *Les homme et l'environnement*, Etudes en l'honneur de KISS A., Editions Frison Roche, Paris, 1998.

-HUGLO C., *Environnement et droit de l'environnement*, J.-Cl Environnement, Fasc. 101, 1992.

-HUTEN N., *Quelques avancées du Conseil d'Etat sur les principes de précaution et de prévention*, Dalloz, Constitutions 2013, p. 651.

I

-INTZESSILOGLOU N., *Espace-temps et champs de relativité juridiques dans la galaxie du système ouvert* in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Sous la direction de François Ost et Mark Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles, 1998.

K

- KAMTO M., *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, RJE 1-1993, p. 11.
- KAMTO M., *Singularité du droit international de l'environnement*, in *Les hommes et l'environnement*, en hommage à KISS A., Editions Frison Roche, 1998, p. 321.
- KISS A., *Le droit à la conservation de l'environnement*, RUDH 1990, p. 445.
- KISS A., *Avant-propos*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998.
- KISS A., *L'irréversibilité et le droit des générations futures*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 5.
- KISS A., *Contentieux de l'environnement en droit international public*, J.-Cl Environnement et développement durable, Fasc. 4910, n°14
- KLEMM DE C., *La réglementation et l'irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial 1998, p. 59-78.
- KROLIK C., *Contribution à une méthodologie du principe de non-régression*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 137-149.

L

- LAUGIER S., *Performativité, normativité et droit*, Archives de Philosophie, 2004/4, Tome 67, p. 607-627.
- LAVIELLE J-M., *Propositions voulant contribuer à rendre plus opérationnel le principe de non régression en droit de l'environnement*, Conclusions, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 523-528.

-LEROUX E., *La sauvegarde de l'environnement antarctique quarante ans après le Traité originel ou l'émergence d'une conscience écologique*, RJE 2/2000, p. 179-196.

-LITTMANN-MARTIN M-J., *Droit pénal et prise en compte de la notion d'irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 143.

-LOBRY D., *Pour une définition juridique des réfugiés écologiques : réflexion autour de la qualification juridique de l'atteinte à l'environnement*, revue en ligne ASYLON(s), n°6, novembre 2008 : <http://terra.rezo.net/article846.html>

-LUCCHINI L., *Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumières*, Annuaire français de droit international, XLV, Editions CNRS, Paris, 1999, p. 710.

M

-MAKOWIAK J., *A quels temps se conjugue le droit de l'environnement ?*, in *Pour un droit commun de l'environnement*, Mélanges en l'honneur de PRIEUR M., Editions Dalloz, Paris, 2007, p. 263-295

-MAKOWIAK J., *La concrétisation du principe de non régression en droit comparé en Europe, en droit français*, in *La non régression en droit de l'environnement* Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 259-276.

-MARGUENAUD J.P., *Note sur l'arrêt Oneryildiz*, REDE, 2003, n°1, p. 67.

-MARGUENAUD J-P., *Le principe de non-régression et la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 183-196.

-MARTIN G., *Apparition et définition du principe de précaution*, LPA, 30 novembre 2000, n°239, p. 7.

-MARTIN G., *Rapport introductif*, in *Le dommage écologique*, SFDE, 2000.

-MICHELOT A., *Utilisation durable et irréversibilité*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 15-30.

-MONEDIAIRE G., *Qualification matérielle et qualification juridique des faits : expertise et droit de l'environnement*, in *Incertitude juridique, incertitude scientifique*, Les Cahiers du CRIDEAU, 2000.

-MONEDIAIRE G., *Le principe de non régression en droit de l'environnement à la lumière de la théorie de l'institution*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 47-64.

-MORAND-DEVILLER J., *La notion de seuil en droit administratif*, in *Mélanges en l'honneur de MODERNE F., Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits*, Editions Dalloz, Paris 2004, p. 301.

N

-NAIM-GESBERT E., *La science et le principe de non-retour sur l'acquis juridique*, in *La non régression en droit de l'environnement*, Ouvrage sous la direction de PRIEUR M., et SOZZO G., Editions Bruylant, 2012, p. 125-136.

-NOUZHA C., *Réflexions sur la contribution de la CIJ à la protection des ressources naturelles*, RJE, 2000, p. 391-420.

O

-OLOUMI Z., *Le principe de précaution, outil effectif du processus de décision publique*, Revue de l'actualité juridique française, juin 2004.

-ORAISON A., *Gestion ou cogestion des « réserves naturelles » créées sur les îles éparses de la zone sud-ouest de l'océan indien et du canal du Mozambique, le cas spécifique du*

récif de Tromelin, de l'archipel des Glorieuses et des îlots Juan de Nova, Europa et Bassas da India, RJE 1/2001, p. 5-30.

-OST F., *L'instantané ou l'institué ?* in *L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ?* in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Sous la direction de F. Ost et M. Van Hoecke, Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant, Bruxelles, 1998.

-OST F., *Conclusions générales : le temps, la justice et le droit*, in *Le temps, la justice et le droit*, Actes de colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003, en hommage au Doyen Jean Carbonnier, Entretiens d'Aguesseau, Editions PULIM, 2003.

-OST F., *Un héritage sans testament, Patrimoine et générations futures*,
www.fgf.be/pdf/heritage_sans_testament.doc

P

-PARANCE B., *A propos de loi relative à la responsabilité environnementale*, Revue de droit Civil, Lamy, Novembre 2008, p. 15-20.

-PETEV V., *Temps et transmutation des valeurs de droit*, in *Temps et droit, le droit a-t-il pour vocation de durer ?* » Sous la direction de OST F. et VAN HOECKE M., Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Editions Bruylant Bruxelles 1998.

-PRIEUR M., *La déréglementation en matière d'environnement*, RJE, 1987/3, p. 319.

-PRIEUR M., *L'irréversibilité et la gestion des déchets radioactifs dans la loi du 30 décembre 1991*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 125.

-PRIEUR M., *Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement*, in *Incertitude juridique, Incertitude scientifique*, Les cahiers du CRIDEAU, 2000.

-PRIEUR M., *Vers un droit de l'environnement renouvelé*, Cahier du Conseil constitutionnel n°15, Dossier Constitution et environnement, janvier 2004.
<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

-PRIEUR M., *Acto de investidura del grado de doctor honoris causa*, Editions Presses Universitaire de Zaragoza, 2010, p. 124.

-PRIEUR M., *De l'urgence de reconnaître le principe de non-régression en droit de l'environnement*, IUCN Academy of environmental Law, e-journal issue 2011.

-PRIEUR M., *Droit à l'environnement*, J.-CL Libertés, Fascicule n°1460, 21 mai 2007, 10 janvier 2013.

R

-REMOND-GOUILLOUD M., *L'irréversibilité : de l'optimisme dans l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 7-13.

-REMOND-GOUILLOUD M., *La réparation du préjudice écologique*, J.-Cl Environnement Fascicule 1060.

-REMOND-GOUILLOUD M., *A la recherche du futur : la prise en compte du long terme par le droit de l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 5.

-REMOND-GOUILLOUD M., *L'autre humanité, remarques sur une homonymie*, in *L'homme et l'environnement*, Mélanges en l'honneur de KISS A., *Les hommes et l'environnement*, Editions Frison Roche, Paris, 1998.

-ROANY DE C., *Des principes de précaution, analyse de critères communs et interprétation différenciée*, RJE 2/2004, p. 143-156.

-ROUYERE A., *Responsabilité et principe de précaution*, Acte de colloque, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 11 et 12 mai 2001, Paris.

http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publicue/colloque_responsabilite_publicue13.html

-ROUYERE A., *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques*,
Rec. Dalloz, 2007, p. 1537.

S

-SHELTON D., *Certitude et incertitude scientifiques*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro
spécial, 1998, p. 39-47.

-SOHNLE J., *Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ :
l'affaire Gacikovo-Nagymaros*, R.G.D.I.P, 1998-1, p. 85-119.

T

-THEVENOT J., *Introduction au concept d'irréversibilité en droit international de
l'environnement*, in *L'irréversibilité*, RJE numéro spécial, 1998, p. 31-38.

-THIBIERGE C., *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, Recueil Dalloz
2004, p. 577.

-TREBULLE F-G., *Les techniques contentieuses au service de l'environnement, Le
contentieux civil*,

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._trebulle_8133.html

U

-UNTERMAIER J., *Droit de l'Homme à l'environnement et libertés publiques, Droit
individuel ou droit collectif, Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat*, RJE 1978-4,
p. 329 et s.

-UNTERMAIER J., *De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé*, à propos de l'arrêt Commune de Chamonix - Mont-Blanc, RJE n°4/1986, p. 381-412.

-UNTERMAIER J., *La Convention de Rio sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique*, in *Droit de l'environnement et du développement durable*, PRIEUR M., DOUMBE-BILLE S., PULIM, 1994.

V

-VAN LANG A., *La protection des continuités écologiques : avancées et limites du droit*, À propos du décret n° 2012-1492 du 27 déc. 2012 relatif à la trame verte et bleue, *Revue de droit immobilier*, 2013, p. 255.

Articles non juridiques

Economie

A

-ALFRED J., *Climate change uncertainty, irreversibility and the precautionary principle*, *Cambridge Journal of Economics*, 2012, 36, p.1051-1072.

B

-BARTHELEMY D., NIEDDU M., VIVIEN F-D., *Externalités ou production de patrimoines? Les enseignements de travaux récents sur l'agriculture et l'environnement*, *Géographie Economie Société* 2004/3, Vol. 6, p. 331-352.

-BOYER R., GODARD O., CHAVANCE B., « *La dialectique réversibilité-irréversibilité* » in « *Les figures de l'irréversibilité en économie* », Editions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris, 1991.

D

-DOSI G., STANLEY METCALFE J., *Approche de l'irréversibilité en théorie économique*, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991.

F

-FISHER A., NARAIN U., *Irreversibility and catastrophic global warming*, <http://siti.feem.it/gnee/pap-abs/narain.pdf>, 1998.

-FISHER A., *Reflections on irreversibility : environmental science and environmental economics*, California agricultural experiment station, Giannini foundation of agricultural economics, May 2000, Working paper n°910.

-FISHER A., *Uncertainty, irreversibility, and the timing of climate policy*, Conference « Timing of climate change policies », Pew center on global climate change, Octobre 2001.

G

-GODARD O., SALLES J.M., *Entre nature et société, les jeux de l'irréversibilité dans la construction économique et sociale du champ de l'environnement*, *Les figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1991.

-GODARD O., *Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes*, LPA, 30 novembre 2000, n°239, p. 58.

-GODARD O., *Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question*, in *Revue Economique*, vol.54, n°6, novembre 2003, p. 1245-1276.

H

-HANSSON S., *Les incertitudes de la société du savoir*, *Revue internationale des Sciences Sociales*, 2002/1 n°171, p. 43-51.

-HOURCADE J-C., *La construction sociale des irréversibilités*, in *Figure de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'école des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 1991, p. 303.

-HUGON P., *Droit, droits et économie du développement, Illustrations à propos de l'alimentation*, in *Mondes en développement*, Vol. 33-2005/1, n°129.

I

-INGHAM A., ULPH A., *Uncertainty, irreversibility, precaution and the social cost of carbon*, Tyndall centre for climate change research, Working paper 37.

-INGNACY S., *Stratégie du développement*, Paris Les éditions ouvrières, 1980, in *Les figures de l'irréversibilité en économie*. Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1991.

J

-JOUVET P-A., ROTILLON G., *Ressources renouvelables et quotas d'exploitation dans un modèle à générations imbriquées*, *Recherches Economiques de Louvain*, 71/1, 2005.

K

-KAST R., *Calcul d'un coût économiquement acceptable pour la mise en pratique du principe de précaution*, in *Revue économique*, vol. 54, n°6, novembre 2003, p. 1307-1334.

L

-LATOUCHE S., *Nature, écologie et économie : une approche anti-utilitariste*, in *Revue du MAUSS*, 2008/2, n°32, p. 64.

-LOFFLER C., PFEIFFER T., SCHNEIDER G., *The irreversibility effect and agency conflicts*, Springer Science, Theory Dec. 3 octobre 2012.

-LOSAY J. E., VAUGHAN M., *The economic value of ecological services provided by insects*, *Revue Bioscience*, April 2006, Vol. 56, n°4, p. 311.

M

-MASLOW A., *Motivation and Personality*, Boston, Addison-Wesley, 1943.

N

-NARAIN U., HANEMANN M., FISHER A., *The irreversibility effect in environmental decisionmaking*, International Conference on Risk and Uncertainty in Environmental and Resource Economics, Wageningen, Pays-Bas.

P

-PIMENTEL D., WILSON C., McCULLUM C., HUANG R., DWEN P., FLACK J., TRAN Q., SALTMAN T., CLIFF B., *Economic and environmental benefits of biodiversity*, Revue Bioscience, December 1997, Vol. 47, n°11, p. 747.

R

-RAMANI S., RICHARD A., TROMMETTER M., *Une approche élargie de l'effet irréversibilité, application au cas de la conservation de la biodiversité*, Revue économique, Volume 43, n°4, 1992, p. 769-784.

-ROUILLON S., *Catastrophe climatique irréversible, incertitude et progrès de la connaissance*, in Revue Economique, vol. 52, n°1, 01/01/01, p. 61-90.

V

-VENTELOU B., *Johannesburg 2002, Peut-on résoudre la question environnementale par une alliance des experts et du marché*, Revue de l'OFCE, n° 84, Janvier 2003.

-VIVIEN F-D, *Jalons pour une histoire de la notion de développement durable*, in Mondes en Développement, Vol.31-2003/1-n°121.

Philosophie

A

-AGACINSKI S., *La fécondité du temps*, in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003.

-ALLIX L., *Espace, temps, objet et causalité : thèmes et variations*, *Philosophia Scientiæ*, mis en ligne le 01 octobre 2014, <http://philosophiascientiae.revues.org/677>.

C

-COMTE SPONVILLE A., *L'être-Temps*, in KLEIN E., et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, 1996.

-CORDERO N-L, « *Du non-être à l'autre* », *la découverte de l'altérité dans le Sophiste de Platon*, Revue philosophique de la France et de l'étranger, 2005/2 Tome 130, p. 175-189.

D

-DUPUY J-P., *Les rêves de la raison*, Revue Européenne des Sciences Sociales, XLII130, 2004, <http://ress.revues.org/337>.

-DUPUY J-P., *Temps du projet et temps de l'histoire*, in *Figures de l'irréversibilité en économie*, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, 1991.

E

-ENGELHARD P., *La violence de l'histoire : peut-on la conjurer ?* in *Figures du temps* Editions Parenthèses, 2003.

G

-GOHAU G., *Le mythe de l'éternel recommencement*, Etudes sur la mort, 2003/2, n°124, p. 121-130.

-GOURINAT J-B., *Eternel retour et temps périodique dans la philosophie stoïcienne*, Revue philosophique de la France et de l'étranger, 2002/2, Tome 127, p. 213-227.

L

-LAIDI Z., *Le sacre du présent* in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003.

-LUMINET J-P., *Matière, Espace, Temps*, in KLEIN E. et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, 1996.

M

-MOREAU J., *Le temps selon Aristote*, Revue Philosophique de Louvain, Troisième série, Tome 46, n°11, 1948, p. 245-274.

O

-OST F., *Pour une temporalité citoyenne* in *Figures du temps*, Editions Parenthèse, 2003, p. 129.

P

-PATY M., *Sur l'histoire du problème du temps, le temps physique et les phénomènes*, in KLEIN E. et SPIRO M., *Le temps et sa flèche*, Editions Champs Flammarion, 2^e édition, 1996.

R

-RECANATI F., *Du positivisme logique à la philosophie du langage ordinaire : naissance de la pragmatique*, Postface de *Quand dire, c'est faire*, AUSTIN J. L., Editions du Seuil, Essais Points, Paris, 1970.

T

-THÉODOROU S., *Figures du temps, figures de l'infigurable*, in *Les figures du temps*, Editions Parenthèses, 2003, p. 5.

Science

B

-BLANDIN P., *De l'écosystème à l'éco-complexe*, in *Sciences de la nature, Sciences de la société*, Editions M. Jollivet, 1992, p. 267-280.

J

-JAY GOULD S., *Dollo's law : Irreversibility and the statuts of evolutionary laws*, *Journal of history of biology*, vol. 3, n°2, p. 189-212.

L

-LEBOWITZ L J., *Boltzmann's entropy and time's arrow*, *Physics today*, American Institute of Physics, 1993.

-LOFFLER C., PFEIFFER T., SCHNEIDER G., *The irreversibility effect and agency conflicts*, Springer Science, *Theory Dec.*, 3 octobre 2012.

T

-TANSLEY A. G., *The use and abuse of vegetational concepts and terms*, in *Ecology*, 16, 1935, p. 284-307, <http://karljaspers.org/files/tansley.pdf>

-M. TAYLOR C., G. DAVIS H., C. CIVILLE J., S. GREVSTAD F., HASTINGS A.,
Consequences of an Allee effect in the invasion of a pacific estuary by Spartina Alterniflora,
Ecology, 85(12), 2004, p. 3254-3266.

V

-VERBRUGGEN A., *Revocability and reversibility in societal decision-making*, Ecological
economics, Elsevier, 17 novembre 2012.

W

-WAITE A., *The quest for environmental law equilibrium*, in Environmental law
review, 2005, p. 34.

Autres

-BENVISTE E., *Problèmes de linguistique générale*, Tome 1, N.R.F., Editions Gallimard,
Paris, 1966, p. 270.

-CLERE J-J., *L'abolition des droits féodaux en France*, Cahier d'Histoire, Revue d'Histoire
critique, 2005, p. 135-157.

-DENIS J., *Préface : les nouveaux visages de la performativité*, Etudes de communication,
29-2006.

Rapports

- Rapport Conseil d'Etat., *De la sécurité juridique*, Rapport public pour 1991, EDCE 1992, n° 43.
- Rapport Conseil d'Etat., *Sur le droit communautaire*, Editions La Documentation Française, Rapport public 1992, EDCE, 1993.
- Rapport KOURILSKY P., VINEY G., *Le principe de précaution*, Rapport au 1^{er} ministre, 15 octobre 1999, Editions Odile Jacob, La documentation française, 2000.
- Rapport ZMIROU, *Les téléphonies mobiles, leurs stations de base et la santé*, du 16 janvier 2001.
- Rapport de la commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement, Ministère de l'écologie et du développement durable, 2002.
- Rapport Cour de cassation., *Incertitude et sécurité juridique*, Rapport général, Rapport du groupe de travail n°1, 2005.
- Rapport Conseil d'Etat., *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, Editions La Documentation française, Paris, 2006.
- Rapport du Parlement Européen du 28 juin 2007, *sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants, (soft law) (2007/2028(INI))*, Résolution du Parlement européen adoptée le 4 septembre 2007, JOUE C.187/E /75 du 24 juillet 2008.
- ONERC, *Stratégie nationale d'adaptation aux changements climatiques*, Editions La Documentation française, 2007.
- Rapport du Sénat, *La qualité de la loi*, Service des Etudes juridiques, 1^{er} octobre 2007.
- OCDE Rapport, *Mieux légiférer en France*, 2010.
- Rapport de l'Organisation des Nations Unies, *L'avenir que nous voulons*, 27 juillet 2012, Résolution A/RES/66/288.

INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES CITEES

Conseil constitutionnel

- CC. 6 novembre 1962, *Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, décision n°62-20 DC, JO du 7 novembre 1962, p. 10778.
- CC. 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, décision n°80-119 DC, JO du 24 juillet 1980, p. 1868.
- CC. 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, décision n° 84-18 DC, JO du 13 octobre 1984, p. 3200.
- CC. 24 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, décision n°85-192 DC, JO du 26 juillet, p. 8510.
- CC. 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, décision n°86-210 DC, Rec. CC, 1986, p. 110, JO du 30 juillet 1986, p. 9393.
- CC. 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication*, décision n°88-248 DC, JO du 18 janvier 1989, p. 754.
- CC. 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, décision n°89-254 DC, JO du 5 juillet 1989, p. 8382.
- CC. 2 septembre 1992, *Maastricht II*, décision n°92-312 DC, JO du 3 septembre 1992, p. 12095.
- CC. 11 janvier 1995, *loi relative au financement de la vie politique*, décision n°95-363 DC, JO du 14 janvier 1995, p. 733.
- CC. 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, décision n°94-359 DC, JO du 21 janvier 1995, p. 1166.
- CC. 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, décision n°98-404 DC, JO du 27 décembre 1998, p. 19663.
- CC. 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, décision n°99-421 DC, JO du 22 décembre 1999, p. 19041.
- CC. 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, décision n°99-422 DC, JO du 30 décembre 1999, p. 19730.
- CC. 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, décision n°2001-446 DC, Rec. p. 76, JO du 7 juillet 2001, p. 10828.

- CC. 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, décision n°2003-469 DC, JO du 29 mars 2003, p. 5570.
- CC. 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, décision n°2005-514 DC, JO du 4 mai 2005, p. 7702.
- CC. 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, décision n°2006-540 DC, JO du 3 août 2006, p. 11541.
- CC. 30 novembre 2006, *La loi relative au secteur de l'énergie*, décision n°2006-543 DC, JO du 8 décembre 2006, p. 18544.
- CC. 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, décision n°2008-564 DC, JO du 26 juin 2008, p. 10228.
- CC. 29 décembre 2009, *Loi de finance pour 2010*, décision n°2009-599 DC, JO du 31 décembre 2009, p. 22995.
- CC. 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, décision n°2010-605 DC, JO du 13 mai 2010, p. 8897.
- CC. 8 avril 2011, *M. Ismaël A. - Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*, décision n°2011-116 DC, JO du 9 avril 2011, p. 6361.
- CC. 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement*, décision n°2011-183/184, JO du 15 octobre 2011, p. 17466.

Tribunal des conflits

- TC. 6 mai 2002, *M. et Mme Binet c/ EDF*, AJDA, 2002, p. 1229.

Cour de cassation

- Cass. 1^{ère} Civ. 17 juillet 1866, *Grimardias c/E*, DP, I, p. 391.
- Cass. 15 novembre 1904, *Rambaux et Marceaux*, Dalloz 1907, 3-346.
- Cass. 3 novembre 1909, DP 1910, 1, p. 366.
- Cass. 20 janvier 1920, DP 1921, 1, p. 129.
- Cass. 2^e civ. 24 novembre 1955, DS 1956-94.
- Cass. 29 avril 1960, D1960, 294.
- Cass. civ. 17 février 1965, *Commune de Manosque*, RDP. 1965, p. 991.
- Cass. 3^e Civ., 21 janvier 1971, JCP 1971 II. 16776, note Level.

- Cass. crim. 26 janvier 1984, *Barbie*, Bull. crim., n°34, JCP 1984. II. 20197, conclusions.
- Cass. Crim. 30 octobre 1984, Bull. crim n°326
- Cass. Civ. 2^e, 25 mars 1991, pourvoi n°89-21186.
- Cass. plén., 6 janvier 1994, *Baudon de Mony*, JCP 1994.
- Cass. crim. 29 février 2000, Bull. crim, n°95, D. 2000, IR p. 107. Revue science crim. 2001, p. 167, os. J-P. Delmas Saint Hilaire.
- Cass. 1^{ère} civ. 21 mars 2000, Bull. civ. n°97
- Cass. 2^e civ. 7 mai 2003, *Mellal c/fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme*, La Semaine Juridique Edition Générale, 25 Juin 2003, n°26.
- Cass. 2^e civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. n°361
- Cass. 2^e civ. 8 juillet 2004, n°01-10426.
- Cass. 1^{ère} civ. 11 juin 2009, *M. X c/ Mme Y et CPAM de la Gironde*, n°07-14932.
- Cass. Crim. 25 septembre 2012, n°10-82938.

Conseil d'Etat

- CE. 7 juillet 1853, *Robin de la Grimaudière*, Rec. p. 693.
- CE. 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.
- CE. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 210, note M. Hauriou.
- CE. 22 novembre 1929, *Compagnie des mines de Siguiri*, Rec. p. 22
- CE. Section. 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, Rec. p. 508.
- CE. Section. 28 juin 1946, *Société Le Polo et autres*, Rec. p. 184.
- CE. 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, Rec. p. 83.
- CE. 13 février 1948, *Syndicat national des statistiques*, Rec. p. 74.
- CE. 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, Rec. p. 289.
- CE. 16 juillet 1948, *Société de filature et tissage de Madagascar*, Rec. p. 334.
- CE. Ass. 27 mai 1949, *Véron-Réville*, conclusions ODENT R., Rec. p. 35.
- CE. 26 mai 1950, *Carrel*.
- CE. 1^{er} décembre 1950, *EDF*, Sirey 1951 III p. 61.
- CE. 31 janvier 1951, *Sieur Guillou*, Rec. p. 53.
- CE. 9 mars 1951, *Société des Concerts du conservatoire*, Dr. Soc. 1951, R. 368.

- CE. Sect. 9 janvier 1953, *Desfour*, req. n°7562.
- CE. Ass. 7 février 1958, *Groslières*, Rec. p. 77.
- CE. sect. 3 octobre 1958, *Société Autocars garonnais*, req. n°37051.
- CE. 14 novembre 1958, *Ponard*, req. n°35.399.
- CE. 19 novembre 1975, req. n°92877
- CE. 5 décembre 1980, req. n°06389
- CE. 2 février 1983, *Union transports publics urbains et régionaux*, Rec. p. 33, RFDA. 1984, p. 45, note F. Llorens.
- CE. Section. 9 décembre 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*, Rec. p. 498.
- CE. Ass. 8 avril 1987, *Procopio.*, Rec. p. 136.
- CE. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, RFDA 1989.391, conclusion. NOURAL. C, note BEAUD et DUBOUIS.
- CE. 19 avril 1991, *Epoux Denard*, Rec. p. 148, AJDA 1991, p. 563.
- CE. 29 septembre 1995, req. n°171277
- CE. Section. 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, RFDA 1997, p. 585-596, p. 593.
- CE. 14 novembre 1997, *Communauté urbaine Lyon*, req. n°165540.
- CE. Belge. 29 avril 1999, *Jacobs*, req. n°80.018.
- CE. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, Rec. p. 37.
- CE. 10 avril 2001, *Nasser Merzouk*, Rec. tables, p. 1135.
- CE. 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*, req. n°211162.
- CE. Ass. 11 juillet 2001, *FNSEA et autres*, req. n°219494, 221573.
- CE. 1^{er} octobre 2001, *Assoc. Greenpeace France et Société Coordination rural, Union Nationale*, req. n°225008.
- CE. *Ternon*, 26 octobre 2001, Rec. p. 497.
- CE. réf., 19 août 2002, *Front National et a.*, req. n°249666.
- CE. Section. 29 janvier 2003, *Syndicat départementale de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, req. n° 245239, RFDA, note LAVIALLE C., *La « tangibilité » de l'ouvrage public*, 2003, p. 484.
- CE. Section. 6 février 2004, *Masier*, conclusions STAHL J-H.

- CE. 14 mai 2004, *Association AC ! et autres*, req. n°255886.
- CE. 20 oct. 2004, *Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales c/ Consorts Jaboulet*, Rec. tables, p. 824.
- CE. Ass. 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, req. n°288460 et s.
- CE. Ass. 8 fév. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n°287110.
- CE. 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco*, req. n° 298293.
- CE. Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, req. n°291545.
- CE. 6 novembre 2009, 3^e et 8^e sous-sections réunies, *Société Monsanto SA*, req. n°313605.
- CE. Ordonnance. Réf., 30 mars 2007, *Ville Lyon*, req. n°304053.
- CE. 19 juillet 2010, *Association Quartier « les Hauts de Choiseul »*, req. n°328687.
- CE. 28 novembre 2011, *Société Monsanto SAS*, req. n°313605, AJDA 2011, p. 2324.
- CE. 30 janvier 2012, *Société Orange France*, req. n°344992.
- CE. 8 juin 2012, *Association France Nature Environnement*, req. n°359570.
- CE. 24 septembre 2012, *Commune de Valence*, req. n°342990.
- CE. 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale Stop THT et autres*, req. n°342409.
- CE. 1^{er} août 2013, *Association générale des producteurs de maïs (AGPM) et autres*, req. n°358103, 358615, 359078, AJDA 2013, p. 1656.

Cours d'appel

- CAA. Nancy. 7 avril 2005, *SELARL SOLER-COUTEAUX – LLORENS*, n°00NC00649, inédit au Recueil Lebon.
- CA. Lyon. 25 novembre 1997, 4^e chambre.
- CA. Paris, 14^e Ch. B, 23 mai 2003, arrêt n°272, R.G. 2002/19257, *SA Clinique Ker Yonnec*.
- CA. d'Aix en Provence, 4^e Ch. B, 8 juin 2004
- CA. Douai, 3^e ch., 29 juin 2006, Jurisdata n°2006-327108.
- CA. Versailles. 14^e ch., 4 février 2009, RG n°08/08775.
- CA. Paris. 30 mars 2010, chambre 4-11.

Juridiction de 1^{ère} instance

-TA de Chalons en Champagne, 29 avril 2009, *Conservatoire du patrimoine naturel, Ligue de protection des oiseaux, Fédération des conservatoires d'espaces naturels c/ Préfet de la Marne*, n° 0500828, 05008829 et 0500830.

-TGI. Bastia, 8 déc. 1976, D. 1977

-TGI de Grasse. 1^{ère} Ch. A, 17 juin 2003, *Commune de Roquette sur Siagne c/ SFR*, n°02003-221749.

-TGI de Paris, 16 janvier 2008, 11^e chambre, 4^e section, n°9934895010.

-TGI Nanterre. 8^e ch., 18 septembre 2008, n°07/02173.

-TGI Carpentras. 16 février 2009, n°08/00707.

-TGI Angers. *Collectif de riverains de Notre Dame d'Alençon c/ Orange France SA*, 5 mars 2009, n°08/00765.

Cour européenne des droits de l'homme

-CEDH. 13 juillet 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74.

-CEDH. 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n°8777/79.

-CEDH. 22 novembre 1995, *S. W./Royaume-Uni et C. R./Royaume-Uni*, série A, n°335-B.

-CEDH. 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. a c/ France*, req. jointes n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

-CEDH. 28 octobre 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, req. n°28342/95, Rec. 1999-VII.

-CEDH. 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. n°27238/95.

-CEDH. 21 mai 2002, *Hodos et alii c/Roumanie, Surpaceanu c/Roumanie et Vasiliu c/Roumanie*, req. n°29968/96.

-CEDH. 18 juin 2002, *Öneryıldız c. Turquie*, req. n°48939/99.

-CEDH. 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/Ukraine*, req. n°48553/99.

-CEDH. 24 juin 2004, *Freimann c/ Croatie*, req. n°5266/02.

-CEDH. 2 novembre 2004, *Treguebenko c/Ukraine*, **req.** n°61333/00.

-CEDH. 29 mars 2006, *Achour c/France*, req. n° 67335/01 et 10 novembre 2004.

-CEDH. 18 décembre 2008, *Unedic c/France*, req. n°20153-04.

-CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c/ Roumanie*, req. n°67021/01.

-CEDH. Grande Chambre, 20 mars 2009, *Gorou*, req. n°12686/03.

Cour de justice et tribunal de première instance de l'Union Européenne

-TPI. (Première chambre élargie), 19 juillet 1999, *Rothmans International BV contre Commission des Communautés européennes*, Décision 94/90/CECA.

-CJUE. 12 juillet 1957, *Algéra c/ Assemblée commune de la CECA*, Aff. 7/56, Rec. 1957, p. 81.

-CJUE. 13 juillet 1961, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA*, Aff. Jtes. 14-16-17-20-24-26-27-60 et 1-61, Rec. p. 319.

-CJUE. 6 avril 1962, *Bosch*, Aff. 13-61, Rec. p. 98.

-CJUE. 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, Rec. 1963, p. 1.

-CJUE. 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, Aff. 81/72, Rec. 1973, p. 575.

-CJUE. 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*, Aff. 74/74, Rec. 1975, p. 533.

-CJUE. 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*, Aff. 112/77, Rec. 1978, p. 1019.

-CJUE. 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denavit italiana Srl*, Aff. 112/80, Rec. 1981, p. 1095.

-CJUE. 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, Aff. 289/81, Rec. 1983, p. 1731.

-CJUE. 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor c/ RFA*, Aff. Jtes. 205 à 215/82, Rec. p. 2633, spéc. p. 2665.

-CJUE. 22 février 1984, *Gerda Kloppenburg c/ Finanzamt Leer*, Aff. 70/83, Rec. p. 1075.

-CJUE. 10 juillet 1984, *Regina c. Kirk*, Aff. 63/83, Rec. 2689.

-CJUE. 26 février 1987, *Consorzio cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, Aff. 15/85, Rec. p. 1005.

-CJUE. 20 septembre 1988, *Commission c/ Danemark*, Aff. 302/86, Rec. p. 4607.

-CJUE. 7 mai 1992, *Pesquerias De Bermeo et Naviera Laida c/ Commission*, Aff. jointes, C-258 et C-259/90, Rec. p. I-2901.

-CJUE. 17 avril 1997, *De Compte c/ Parlement*, Aff. 90/95, Rec. p. 1999.

- CJUE. 19 novembre 1998, *Espagne c/ Conseil*, soutenu par Commission, Aff. C -284/94, Rec. I. p. 7309.
- CJUE. 1^{er} juin 1999, *Kapferer*, C-234/04, Rec. p. I.2585.
- CJUE. 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c. République française*, Aff. C-1/00, Rec. I-9989.
- CJUE. 22 octobre 2002, *National's Farmers Union*, C-241/01, Rec. p. I. 9079.
- CJUE. 13 janv. 2004, *Kühne & Heitz NV et Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Aff. 453/00, Rec. p. I. 837.
- CJUE. 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri et autres c. Commission*, Aff. jointes C-189/02, 202/02, 205 à 208/02, 213/02, Rec. p. I-5425.
- CJUE. 3 avril 2008, *Commission c/Espagne*, Aff. C-444/06, Rec. p. I-2045.
- CJUE. 6 novembre 2008, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières TOS c/ MEDAD France*, Aff. C381/07.
- CJUE. 8 septembre 2011, *Monsanto SAS e.a.*, C-58/10 à C-68/10, AJDA 2011, p. 2339, chron. AUBERT M.

CIJ

- CIJ 25 sept.1997, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros – Hongrie-Slovaquie*, article de SOHNLE J., RGDIP 1998, 1, p. 85-119,

Autres

- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 1970, *Ecoutes téléphoniques*, tome 30, pp. 1-33, FROMONT M., Chronique, RDP, 1971, p. 1419 et s.
- United States Court of Appeals for the First Circuit, COMMONWEALTH OF PUERTO RICO Vs. The SS ZOE COLOCOTRONI, 10 juillet 1979.
- Cour suprême des Philippines, *Minors Oposa c/ Secretary of the departement of Environnement and Natural Resources*, International Legal Materials, vol. 33, 1994, p. 173. http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/jul1993/gr_101083_1993.html
- CE. Belge. 16 février 2005, *Comans et Nystem*, N° 140-730.

Site internet

- ASSEMBLEE NATIONALE : www.assemblee-nationale.fr
- CAIRN INFO : www.cairn.info
- CEPEJ : www.coe.int/cepej
- CNRTL, CNRS, www.cnrtl.fr
- CONSEIL DE L'EUROPE : www.coe.int
- CONSTITUTION FINDER : www.confunder.richmond.edu
- CONSEIL CONSTITUTIONNEL : www.conseil-constitutionnel.fr
- CONSEIL D'ETAT : www.conseil-etat.fr
- COUR DE CASSATION : www.courdecassation.fr
- DICTIONNAIRE DES SYNONYMES : www.crisco.unicaen.fr/des
- JURISPRUDENCE CEDH : www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc
- LA DOCUMENTATION FRANÇAISE : www.ladocumentationfrancaise.fr
- LEGIFRANCE : www.legifrance.gouv.fr
- MINISTERE DE LA JUSTICE : www.justice.gouv.fr
- PERSEE : www.persee.fr
- SENAT : www.senat.fr

INDEX

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes ou aux numéros des notes de bas de page lorsque cela est précisé)

Abrogation : 517, 596, 673, 706, 771.

Adaptabilité du droit : 261, 420, 424, 453, 501, 541, 607, 611-612, 614, 626-627, 636, 772, 795.

Artificialisation :

De l'environnement : 231-232.

Du droit : 473-474.

Atteinte environnementale : 103, 162, 324.

Autonomie de la technique : 143.

Autorisation (régime) : 350, 362, 367, 369, 378, 601 (n.), 671 (n.), 673 (n.), 703 (n.).

Autorité de la chose jugée : 679, 680, 682-683, 840 (n.).

Biodiversité : 89, 92-94, 106, 113, 124, 132, 236, 243, 766, 778, 812, 226 (n.), 428 (n.), 431 (n.), 520 (n.), 763 (n.).

Caducité : 673.

Capacité de résilience : 56, 126, 226 (n.).

Capital :

Capital artificiel : 231-232, 285.

Capital naturel : 231-233, 285.

Catastrophe écologique : 108, 117-118, 120, 409.

Causalité (principe) : 20, 47, 50, 54-55.

Charte de l'environnement : 91, 139, 273, 277, 297, 316, 319, 341, 465, 524, 558, 563, 609, 629, 666-667, 780, 785, 586 (n.), 640 (n.), 1125 (n.).

Clause d'éternité : 649, 651-655, 768.

Compensation :

Compensation économique : 222, 234, 692, 1301 (n.).

Mécanisme de compensation : 246, 357, 375, 377, 380-381, 391, 395.

Confiance légitime : 492, 505-507, 509, 510-518, 520, 524, 537, 602, 618, 633, 725, 731, 903(n.), 907 (n.), 932 (n.), 939 (n.), 954 (n.).

Conservation ex situ et in situ : 393, 728 (n.)

Conservatoire : 740, 764.

Constitution :

Constitution française : 464, 468, 494, 563, 591, 609, 630, 649, 650, 653-655, 666, 667, 673, 679, 699, 785, 485 (n.), 900 (n.), 902 (n.), 1025 (n.).

Constitutions étrangères : 272, 273, 649, 656, 663, 789, 1119 (n.), 1218 (n.), 1221 (n.).

Règle de droit : 572, 574, 590-591, 603, 612, 614, 650- 653, 786 (n.), 1092 (n.).

Déchets : 233, 345, 364, 367, 378, 755, 482 (n.), 544 (n.), 644 (n.), 684 (n.), 703 (n.), 704 (n.), 763 (n.).

Déchets nucléaires : 158, 214, 287, 337, 396, 1025 (n.).

Déclaration (régime) : 350, 367, 369, 378.

Destruction : 72, 79-81, 114-115, 117-120, 136, 138, 141, 148, 157, 179, 222, 235, 253-254, 346, 349, 376, 402, 693, 129 (n.), 132 (n.), 179 (n.), 195 (n.), 264 (n.), 544 (n.), 593 (n.), 623 (n.), 1309 (n.).

Détérioration : 81, 111, 113, 146, 148, 271, 276, 325, 359, 376, 404, 410-411, 518, 738, 784, 547 (n.).

Développement durable : 74, 193, 228, 237, 243, 246-247, 249, 250, 268, 295, 296-301, 354, 545, 629, 779-780, 791, 798, 802-805, 809, 812, 166 (n.), 283 (n.), 449 (n.), 521 (n.), 547 (n.), 1026 (n.).

Devenir (conception philosophique) : 10, 19, 24, 59, 129, 133, 155, 171, 172, 40 (n.).

Discours juridique : 464, 474, 477-480, 484.

Disparition : 72, 75, 79-81, 85, 96, 103, 106-107, 111, 113-115, 120, 124, 131-132, 136-137, 146, 148, 151, 179, 234, 277, 279-280, 282, 294, 296, 302, 325, 327-328, 333, 346, 385, 394, 405, 808, 121 (n.), 380 (n.).

Dompage :

De pollution : 302.

Dompage écologique : 117, 211, 268, 301-308, 354, 376, 378, 388, 408-409, 411, 413, 416.

Dompage écologique pur : 302-303, 306, 308, 376, 408.

Droits acquis (théorie) : 67, 423, 426, 433, 444, 475, 483, 486, 492, 505, 509, 520, 526-527, 530, 535-539, 541, 544, 563, 565, 593, 600, 633, 636, 645, 704, 796.

Droits de l'homme (droit de l'environnement) : 777-778, 789.

Droit post-moderne : 210, 614, 617, 619, 620-621, 624, 626-627, 629, 632-633, 693, 1236 (n.).

Ecosystème : 92-94, 97, 111, 113, 117, 120, 124-126, 148, 157, 176, 179, 180, 206, 243, 246, 251, 256, 283, 296, 299, 303, 328, 376, 387, 393-395, 405, 756, 758-759, 154 (n.), 169 (n.), 215 (n.), 226 (n.), 283 (n.), 380 (n.), 428 (n.), 531 (n.), 726 (n.), 728 (n.), 1445 (n.).

Effet artichaut : 647, 664, 666, 669.

Effet cliquet : 647, 664-668, 786-787.

Enregistrement (régime) : 350, 367, 369, 378.

Entropie : 46, 50-53, 58, 111, 256, 452, 28 (n.), 182 (n.).

Eternité (acception philosophique) : 19, 21, 22, 58, 133-134, 452, 649, 652, 720.

Etude d'impact : 341, 348, 651 (n.), 653 (n.).

Evaluation :

Du risque : 191, 196, 198, 201, 204, 211-213, 215-216, 319, 326-327, 329, 335, 348, 747-749, 164 (n.), 171 (n.), 573 (n.), 578 (n.), 1040 (n.).

Des dommages : 361, 377, 387-388, 755.

Evaluation économique : 230, 236, 374, 379, 389.

Evolution (théorie) : 85, 130-131.

Expérience :

Connaissance empirique : 2-4, 9, 17, 23, 28-29, 35-44, 65, 75, 133, 154, 67 (n.), 69 (n.), 70 (n.), 73 (n.), 305 (n.), 307 (n.), 609 (n.), 615 (n.).

Expérience scientifique : 198, 202, 207, 210, 327, 420, 613, 270 (n.), 816 (n.).

Extinction (espèce, ressources) : 112-114, 137, 140-141, 179, 328, 345, 364, 370, 395, 673.

Extinction (délais, action) : 685, 687, 690.

Facteurs déclenchants : 329.

Flexibilité : 61, 63, 224, 282, 451, 513, 515, 525, 618, 1236 (n.).

Forclusion : 672.

Génération futures : 74, 215, 217, 231, 233, 270, 279, 280-290, 293, 294-295, 297-298, 305, 354, 385, 404, 451-452, 778, 789, 812.

Gouvernance : 242, 531 (n.), 763 (n.).

Imprescriptibilité : 687-689.

Incertitude scientifique : 200-201, 206-207, 210, 212-217, 224, 246, 318, 326, 328-329, 333-336, 353, 420, 346 (n.), 355 (n.), 578 (n.), 579 (n.).

Indemnisation (mécanisme) : 318, 357, 375, 380-385, 387-390, 692, 544 (n.), 547 (n.), 722 (n.).

Inertie : 61-63, 167 (n.).

Instant (conception philosophique et scientifique) : 16, 23, 47, 59, 129, 133, 169, 171, 35 (n.).

Intangibilité : 81, 588, 608, 649-651, 655-656, 692, 693, 785, 787, 1301 (n.), 1309 (n.), 1312 (n.).

Espèce (introduction, invasion) : 80, 111, 136, 350, 740, 755, 184 (n.), 195 (n.), 729 (n.).

Irrévocabilité : 120, 151, 157, 159, 170-171, 173, 192, 223, 442, 480-482, 596, 598, 600, 643, 646, 671-672, 674, 676-680, 684-685, 687, 689-690, 298 (n.), 302 (n.).

Loi :

Application immédiate : 423, 433, 464, 475, 498, 522, 526, 528, 530-534, 539, 544, 563, 568, 593, 636, 727, 986 (n.).

Grenelle : 406, 766.

Loi de validation : 701-702.

Loi interprétative : 700.

Loi pénale : 81, 522, 560, 586, 702.

Loi rétroactive : 699.

Mémoire (Acception philosophique et juridique) : 28, 30, 31, 42, 452, 469, 50 (n.), 52 (n.).

Mesure sanitaire et phytosanitaire : 748.

Meurtre : 81, 114, 128 (n.).

Moratoires environnementaux : 329, 336, 740, 744-751, 807, 809, 1418 (n.).

Mutabilité :

Du droit : 500, 515, 523, 525, 549-550, 632, 655, 795, 1236 (n.).

Des contrats administratifs : 697, 705-706, 709, 710, 711-712.

Non-rétroactivité (principe) : 25, 67, 423, 426, 428, 433, 444-446, 475, 480, 482-483, 486, 492, 498, 505, 509, 511, 516, 520, 526-528, 530, 535-536, 538, 539-544, 560, 563, 568, 585-586, 593, 595, 609, 633, 636, 691, 702, 796, 954 (n.).

Norme :

Primaire : 566-567, 577, 588-589, 590, 618, 650, 655, 657.

Secondaire : 566, 650.

Nouveau (émergence) : 85, 123, 131, 133-134.

Organisme génétiquement modifié : 209, 212, 217, 329, 334-335, 337, 396, 747, 749, 617 (n.), 621 (n.), 622 (n.).

Parc : 393, 744, 765, 646 (n.).

Patrimoine commun de l'humanité : 281, 289, 291, 292, 293, 394.

Performativité (du droit) : 423, 427, 436, 455-458, 460-466, 467, 469, 470, 473-475, 477, 483-484.

Perte :

D'une chance : 115, 120, 385-386, 714 (n.).

De l'objet unique : 226, 114, 226.

Phénoménologie : 9, 40, 41, 67 (n.), 69 (n.), 84 (n.),

Pollution : 69, 73, 89, 91, 102, 106, 138, 177, 181, 233, 246, 272, 302, 306, 345, 347, 363, 364, 372, 384, 387, 388, 395, 405, 408, 757, 778, 784, 802, 174 (n.), 290 (n.), 475 (n.), 544 (n.), 547 (n.), 550 (n.), 671 (n.), 678 (n.), 706 (n.), 767 (n.), 1498 (n.), 1512 (n.).

Préjudice écologique : 106, 302, 109.

Prescription :

Principe de précaution : 321-322, 324, 328.

Droit privé : 687-689.

Prévisibilité :

Science : 126, 143.

Prévisibilité du droit : 489, 492-493, 497, 503, 505, 509, 519, 520-523, 527, 629, 633, 723, 725, 731, 282 (n.), 824 (n.).

Principe d'équilibre : 742, 789.

Processualité : 34, 94, 120, 147, 166, 168-169, 171, 173-174, 176-177, 181, 183-184, 203, 278, 327, 359, 389, 413, 416.

Processus écologiques : 93, 176-177, 179, 296, 303, 395, 753.

Quotas (mécanisme) : 235, 742, 412 (n.).

Réalité :

Conception philosophique : 9, 29, 36, 38, 75.

Réalité juridique de l'irréversibilité : 423, 426-427, 429, 433, 440-441, 443, 545, 552, 555, 559, 638.

Référé (procédure) : 275, 715-718, 720-721, 678 (n.), 1348 (n.), 1353 (n.).

Remise en état : 84, 124, 245, 259, 297, 353, 355, 357-378, 380, 384, 387-388, 392, 692, 544 (n.), 703 (n.), 704 (n.).

Remise en état in integrum : 374-378.

Renouvellement : 84, 100, 114, 121-125, 177, 233, 296.

Réserve naturelle : 296, 388, 395, 755-759, 765, 393 (n.), 646 (n.).

Responsabilité environnementale : 259, 399, 403, 407-409, 413, 751 (n.).

Ressource :

Ressources non renouvelables : 112, 124, 380 (n.).

Ressources renouvelables : 124, 231, 233, 174 (n.).

Épuisement des ressources : 108, 112, 231, 296, 803, 593 (n.).

Ressources naturelles : 90-91, 112, 120, 124, 141, 219, 226, 231, 233, 246, 250, 266, 273, 276, 283, 292, 296, 299, 303, 324, 364-365, 383, 410, 780, 803, 164 (n.), 393 (n.), 428 (n.), 475 (n.).

Retour d'expérience : 328.

Retrait des actes administratifs : 510, 512, 517, 633, 697, 705-708, 907 (n.).

Réversibilité :

Réversibilité économique : 225.

Réversibilité scientifique : 26, 32, 50, 55-59, 63, 97, 120, 126, 144, 374-375, 383, 389, 412.

Réversibilité juridique : 21, 63, 158, 246, 284, 425, 438, 442, 449, 451, 474, 513, 515, 521, 522, 541-543, 603, 612, 614, 623-626, 632-634, 653, 659, 665, 687, 690, 693-701, 703, 705, 707-709, 712, 714-716, 721, 723, 733, 741, 750, 771, 792.

Reviement de jurisprudence : 715, 721, 723, 725-733.

Risque :

Risque acceptable : 190, 329, 332, 335, 336.

Risque naturel : 119, 152, 162-163, 165.

Risque technologique : 119, 162, 164-165.

Sanctuaire : 744-745, 752, 755, 757, 759, 809, 456 (n.), 1438 (n.).

Santé humaine : 138, 140, 194, 203, 271-272, 285-287, 297, 316,-317, 319, 326, 362, 376, 410-412, 747, 750, 171 (n.), 283 (n.), 290 (n.), 478 (n.), 482 (n.), 485 (n.), 579 (n.), 584 (n.), 640 (n.), 700 (n.), 763 (n.), 770 (n.).

Sécurité juridique (définition) : 485, 489, 492-499.

Seuil :

Mécanisme : 179, 202, 233, 256, 259, 304, 328, 338, 353, 355, 357-373, 740, 756, 774-775, 781, 790, 812, 655 (n.), 656 (n.), 659 (n.), 665 (n.).

Seuil d'irréversibilité : 165, 328, 347, 372, 666, 668, 168 (n.).

Seuil de gravité : 234, 372.

Soutenabilité : 232-233.

Standstill (Clause, obligation) : 566, 596, 647, 685, 659-666, 669, 773, 786, 1236 (n.), 1244 (n.).

Substituabilité : 225, 232-233.

Temps :

Flèche du temps : 12, 20, 24-25, 49, 52, 58, 482, 534, 541, 40 (n.), 84 (n.).

Temps futur (avenir): 17, 24-25, 28, 47, 52, 55, 58, 97, 119, 153-155, 169, 171, 173, 223-224, 261, 280, 283, 288, 296, 320, 327, 331, 417, 451-452, 481-482, 485, 508, 531, 534, 596, 598-599, 608, 622, 634, 706, 52 (n.), 270 (n.), 274 (n.), 282 (n.).

Temps passé : 13, 17, 19, 20, 23-25, 28, 47, 52, 55, 58, 155, 171, 290-291, 416, 445, 452-453, 469, 481-482, 495, 534, 585, 598,-599, 622, 789, 50 (n.), 52 (n.), 273 (n.), 274 (n.), 282 (n.), 305 (n.), 815 (n.), 816 (n.).

Temps cyclique : 19, 21-22, 26-27, 34.

Temps juridique : 427, 438, 447-448, 450, 452-453, 547, 622.

Temps linéaire : 19, 21, 23-24, 26-27, 34, 54.

Temps objectif : 19, 31-33.

Temps subjectif : 19, 28-31, 33.

Thermodynamique (science) : 20, 46, 48, 50-53, 58, 72, 320, 558, 28 (n.).

Troubles anormaux du voisinage (théorie) : 317-318, 387, 578 (n.).

Transfrontalier (pollution) : 120, 348, 171 (n.).

Urgence : 32, 141, 450, 451, 452, 622, 716, 721.722, 747, 757, 793, 900 (n.), 902 (n.).

Usure : 111-112, 114, 120, 124, 146, 169, 226, 182 (n.).

Vandalisme : 81, 134, 129 (n.), 132 (n.).

Vulnérabilité : 121-122, 125-126, 148, 151, 245, 247, 284, 384, 761, 435 (n.).

Zones humides : 113, 138, 346.

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION	15
I. La définition générale de l'irréversibilité	17
A) La signification de l'irréversibilité	17
B) Les caractéristiques de l'irréversibilité	19
1) L'irréversibilité comme caractéristique intrinsèque du temps	20
a) La dualité du « cours du temps » : une appréhension différenciée de l'irréversibilité	23
b) Les perceptions de l'irréversibilité dans une approche plurielle du temps	27
2) Les conséquences du caractère temporel de l'irréversibilité : la complexification du concept.....	32
a) L'abstraction de l'irréversibilité	33
b) L'absence d'une conception unique de l'irréversibilité empirique	34
II. La définition scientifique de l'irréversibilité.....	38
A) Le constat de l'irréversibilité à travers les lois de la thermodynamique	40
B) La réversibilité microscopique et le principe de causalité, entre postulat et réfutation de l'irréversibilité	41
C) L'inertie et la flexibilité dans la définition de l'irréversibilité.....	45
III. La dimension duale de l'irréversibilité en droit	47
 PARTIE I - L'IRREVERSIBILITE COMME OBJET DU DROIT	51
 TITRE I - LES IRREVERSIBILITES SUSCEPTIBLES D'ETRE SAISIES PAR LE DROIT	55
 <i>CHAPITRE I - La détermination de l'irréversibilité factuelle</i>	<i>57</i>
 Section I. La définition des irréversibilités environnementales	60
§ 1. L'objet de l'irréversibilité	61
A) L'objet matériel de l'irréversibilité.....	61
B) L'objet spatio-temporel de l'irréversibilité.....	65
§2. Les manifestations de l'irréversibilité.....	68
A) Les figures de l'irréversibilité.....	69

1) Les figures conceptuelles de l'irréversibilité	69
2) Les figures matérielles de l'irréversibilité.....	72
3) Le phénomène de catastrophe en tant que figure de l'irréversibilité	76
B) Les phénomènes de renouvellement et de vulnérabilité dans les figures de l'irréversibilité	80
§3. Les causalités de l'irréversibilité	84
A) Les causalités positives de l'irréversibilité.....	84
B) Les causalités humaines de l'irréversibilité.....	88
Section II. Les caractéristiques de l'irréversibilité environnementale	92
§1. Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité.....	93
A) Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité factuelle.....	93
B) Le risque comme caractéristique de l'irréversibilité environnementale	100
§2. La processualité : caractéristique essentielle de l'irréversibilité.....	103
A) La détermination de l'irréversibilité en tant que processus	103
B) L'irréversibilité : un processus écologique dommageable	106
<i>CONCLUSION CHAPITRE I.....</i>	<i>111</i>
<i>CHAPITRE II - Les contraintes de la saisie juridique de l'irréversibilité</i>	<i>113</i>
Section I. La détermination scientifique de l'irréversibilité	114
§1. La détermination de l'irréversibilité : la science au secours du droit	114
A) Les méthodes scientifiques de détermination de l'irréversibilité	115
B) L'incertitude de la détermination scientifique de l'irréversibilité	119
§2. La détermination de l'irréversibilité : le droit au secours de la science.....	123
Section II. Les enjeux externes de la saisie juridique de l'irréversibilité	130
§1. Les enjeux économiques de l'irréversibilité	131
A) La place de l'irréversibilité en économie	131
B) Les outils économiques de prise en compte de l'irréversibilité.....	136
§2. Les enjeux politiques, sociaux et culturels de l'irréversibilité.....	141
A) Les enjeux politico-sociaux de l'irréversibilité	141
B) Les enjeux culturels de l'irréversibilité	149
<i>CONCLUSION CHAPITRE II</i>	<i>151</i>
<i>CONCLUSION TITRE I.....</i>	<i>152</i>

TITRE II - LA SAISIE JURIDIQUE DE L'IRREVERSIBILITE ENVIRONNEMENTALE	153
<i>CHAPITRE I - Les fondements juridiques de la saisie de l'irréversibilité</i>	<i>155</i>
Section I. Les fondements juridiques « conceptuels »	157
§1. Les droits environnementaux permettant la saisie de l'irréversibilité	158
A) La reconnaissance d'un droit à l'environnement condamnant l'irréversibilité	159
B) La reconnaissance d'un « droit » des générations futures condamnant l'irréversibilité	164
1) Le refus d'irréversibilité justifié par le contenu du « droit » des générations futures	165
2) Le concept de patrimoine commun de l'humanité dans le « droit » des générations futures.....	170
§2. Le concept de développement durable permettant la saisie de l'irréversibilité	173
§3. Le concept de dommage écologique permettant la saisie de l'irréversibilité ..	177
Section II. Les fondements juridiques d' « application ».....	182
§1. Le principe de précaution comme fondement juridique de l'irréversibilité.....	183
A) La réactualisation de l'irréversibilité : l'émergence du principe de précaution	184
B) La prescription de précaution fondée sur une hypothèse d'irréversibilité....	191
1) L'hypothèse d'atteinte environnementale irréversible	192
2) La décision de précaution limitée en matière de risque d'irréversibilité...	196
§2. Le principe de prévention comme fondement juridique de l'irréversibilité	203
A) La détermination du principe de prévention comme fondement juridique de l'irréversibilité	203
B) La saisie de l'irréversibilité à travers les mécanismes du principe de prévention	205
<i>CONCLUSION CHAPITRE I.....</i>	<i>210</i>
<i>CHAPITRE II - Les mécanismes juridiques de la saisie de l'irréversibilité.....</i>	<i>211</i>
Section I. Les constructions juridiques de l'irréversibilité.....	212
§1. La notion de seuil d'irréversibilité	212
A) La notion de seuil en droit de l'environnement.....	212

B) L'identification du seuil d'irréversibilité.....	219
§2. La remise en état initial de l'environnement : l'utopie de la réversibilité	221
A) La remise en état <i>in integrum</i> de l'environnement : une réversibilité contestable	222
B) Les mécanismes d'indemnisation et de compensation de l'irréversibilité environnementale.....	225
1) Les mécanismes d'indemnisation de l'irréversibilité environnementale ...	226
2) Les mécanismes de compensation de l'irréversibilité environnementale ..	231
Section II. Vers un nouveau modèle de responsabilité environnementale	236
§1. L'évolution du modèle de régulation environnementale	236
§2. Les avancées du modèle de responsabilité environnementale	242
§3. La proposition du modèle de responsabilité « universelle ».....	246
<i>CONCLUSION CHAPITRE II</i>	249
<i>CONCLUSION TITRE II</i>	250
<i>CONCLUSION PARTIE I</i>	251
PARTIE II - L'IRREVERSIBILITE JURIDIQUE	253
TITRE I - L'IRREVERSIBILITE COMME REALITE JURIDIQUE	255
<i>CHAPITRE I -L'appréhension de l'irréversibilité par le droit</i>	259
Section I. L'encodage juridique de l'irréversibilité	259
§1. La conception juridique du temps comme préalable à l'irréversibilité juridique	260
A) L'appréhension de la conception juridique du temps.....	260
B) Le dilemme du temps juridique : entre recherche d'irréversibilité et de réversibilité	265
§2. La capacité performative du droit comme outil d'encodage juridique de l'irréversibilité	270
A) La notion de « capacité performative » comme postulat à l'encodage juridique de l'irréversibilité.....	270
B) La performativité du discours juridique comme préalable juridique à l'irréversibilité juridique.....	273
C) Le vocabulaire juridique de l'irréversibilité	281

Section II. Les fondements juridiques de l'irréversibilité	284
§1. Le principe de sécurité juridique comme fondement premier de l'irréversibilité juridique	285
A) L'appréhension du principe de sécurité juridique comme fondement premier de l'irréversibilité juridique	286
1) La définition du principe de sécurité juridique	287
2) Les limites du principe de sécurité juridique.....	292
B) L'axe temporel du principe de sécurité juridique comme origine du fondement de l'irréversibilité juridique	294
1) La stabilité du droit : le principe de confiance légitime comme fondement de l'irréversibilité juridique.....	294
a) L'appréhension du principe de confiance légitime	295
b) La relativité de la stabilité juridique.....	298
2) La prévisibilité du droit : l'exigence limitée d'irréversibilité juridique	301
§2. Le principe de non-rétroactivité, l'application immédiate de la loi et la théorie des droits acquis comme fondements dérivés de l'irréversibilité juridique.....	305
A) L'application immédiate de la loi comme fondement de l'irréversibilité juridique.....	308
B) La théorie des droits acquis et le principe de non-rétroactivité comme fondements de l'irréversibilité juridique.....	310
 <i>CONCLUSION CHAPITRE I</i>	 318
 <i>CHAPITRE II - L'irréversibilité juridique comme outil du droit</i>	 319
 Section I. La définition de l'irréversibilité juridique	 321
§1. Les formes de l'irréversibilité juridique.....	322
A) Les différentes formes de l'irréversibilité juridique	322
B) Le principe d'irréversibilité juridique.....	327
C) L'obligation d'irréversibilité juridique	329
§2. L'irréversibilité comme caractéristique de la règle de droit	331
A) La détermination de l'irréversibilité comme caractéristique de la règle de droit	334
1) Une irréversibilité caractérisant l'application temporelle de la règle de droit	335

2) L'irréversibilité comme caractéristique non systématique de la règle de droit	337
3) Une irréversibilité affectant principalement les normes dites « primaires »	340
B) Les conséquences principales de l'irréversibilité de la règle de droit	343
1) Les différents degrés de l'obligation d'irréversibilité juridique.....	343
2) La conséquence intentionnelle de l'irréversibilité juridique : la permanence de la règle de droit	345
Section II. La mission d'irréversibilité juridique	348
§1. La mission d'irréversibilité en tant que nécessité juridique.....	348
A) La mission d'irréversibilité dans les conceptions classiques et modernes du droit.....	349
B) La nécessaire adaptation du droit : une réversibilité juridique souhaitable ...	353
§2. La mission d'irréversibilité en tant que facteur d'amélioration du droit	357
A) L'irréversibilité juridique dans la conception post-moderne du droit	359
B) La mission d'irréversibilité juridique en tant que facteur d'amélioration dans la conception post-moderne du droit	364
<i>CONCLUSION CHAPITRE II</i>	369
<i>CONCLUSION TITRE I</i>	370
TITRE II - LES MANIFESTATIONS DE L'IRREVERSIBILITE JURIDIQUE	373
<i>CHAPITRE I - Les manifestations traditionnelles de l'irréversibilité juridique</i>	375
Section I. Les manifestations positives de l'irréversibilité juridique.....	375
§1. Les figures d'irréversibilités juridiques attachées à l'exercice des droits.....	376
A) Les figures d'irréversibilités juridiques en vue de la conservation des droits et l'imposition des devoirs.....	376
1) Les clauses d'éternité constitutionnelles	376
2) La notion de standstill	385
3) L'effet cliquet et l'effet artichaut	390
B) Les figures d'irréversibilités juridiques en vue de l'irrévocabilité du non-exercice des droits.....	394
§2. Les figures d'irréversibilités juridiques processuelles.....	396
A) L'irrévocabilité processuelle « quasi-absolue »	396

1) L'irrévocabilité de la chose jugée	397
2) Les autres figures d'irrévocabilités processuelles « quasi-absolues ».....	400
B) L'irrévocabilité processuelle relative.....	402
Section II. Les manifestations négatives de l'irréversibilité juridique.....	406
§1. Les figures législatives, règlementaires et contractuelles de la réversibilité juridique	406
A) La rétroactivité législative	406
B) Le retrait des actes administratifs et la mutabilité des contrats administratifs	409
1) Le retrait des actes administratifs	409
2) La mutabilité des contrats administratifs.....	412
§2. Les figures processuelles de la réversibilité juridique	414
A) Les mesures d'urgence du juge des référés : entre réversibilité et irréversibilité	414
B) La réversibilité juridique des revirements de jurisprudence	418
 <i>CONCLUSION CHAPITRE I</i>	 426
 <i>CHAPITRE II - Les manifestations de l'irréversibilité juridique environnementale</i>	 427
Section I. L'irréversibilité juridique en droit de l'environnement	428
§1. La définition des irréversibilités juridiques environnementales	428
§2. Les figures principales d'irréversibilités juridiques en droit de l'environnement	431
A) Les moratoires environnementaux.....	432
B) La « sanctuarisation » de l'environnement	435
1) Les exemples internationaux de « sanctuarisation » de l'environnement	437
2) Les exemples nationaux de « sanctuarisation » de l'environnement	442
Section II. Le principe de non-régression en droit de l'environnement.....	445
§1. La définition et les fondements du principe de non-régression	445
A) La définition du principe de non-régression	446
B) Les fondements du principe de non-régression	449
§2. Les manifestations et les limites du principe de non-régression en droit de l'environnement	453
A) Les manifestations du principe de non-régression.....	453

B) Les limites du principe de non-régression	457
<i>CONCLUSION CHAPITRE II</i>	460
<i>CONCLUSION TITRE II</i>	461
<i>CONCLUSION PARTIE II</i>	462
CONCLUSION GENERALE	463
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	473
Ouvrages juridiques généraux.....	473
Ouvrages juridiques spécialisés (environnement)	476
Ouvrages non juridiques	476
Ecologie	476
Science.....	477
Philosophie	477
Economie - Sociologie.....	480
Autres.....	480
Mélanges.....	480
Thèses	481
Dictionnaires.....	483
Actes de colloque.....	484
Articles juridiques.....	485
Droit de l'environnement.....	494
Articles non juridiques.....	504
Economie	504
Philosophie	508
Science.....	511
Autres.....	512
Rapports.....	513
INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES CITEES	515
Conseil constitutionnel	515
Tribunal des conflits	516
Cour de cassation.....	516
Conseil d'Etat	517
Cours d'appel.....	519

Juridiction de 1 ^{ère} instance	520
Cour européenne des droits de l'homme	520
Cour de justice et tribunal de première instance de l'Union Européenne.....	521
CIJ	522
Autres.....	522
Site internet	523
<i>INDEX</i>	525

Résumé

Qu'il s'agisse de l'écoulement irréversible du temps ou des conséquences des choix juridiques, politiques, sociaux, économiques ou environnementaux, l'irréversibilité est au cœur du quotidien de l'homme et des enjeux actuels des sociétés contemporaines. Le droit, par nature, est un cadre privilégié de manifestation de l'irréversibilité. Deux axes d'étude sont à retenir afin d'identifier les rapports entre l'irréversibilité et le droit. Tout d'abord, l'irréversibilité peut être comprise comme « un objet du droit ». L'irréversibilité constitue alors un phénomène dont le droit va être amené à se saisir. L'environnement est le domaine de prédilection dans lequel le droit à vocation à régler l'irréversibilité. Ces dernières années, il s'agit d'un enjeu juridique primordial. Ensuite, l'irréversibilité peut être entendue comme un « objet de droit », c'est-à-dire comme une notion juridique à part entière. Il s'agit de comprendre comment ce phénomène se manifeste juridiquement. L'irréversibilité en droit est multiple et complexe. Ces deux angles d'approche permettent de mieux appréhender une notion à la fois abstraite et omniprésente au sein du droit. L'irréversibilité juridique peut être étudiée de manière très théorique, voire philosophique mais également comme un nouvel outil du droit permettant d'intervenir sur les irréversibilités factuelles. Ainsi, une boucle se forme entre irréversibilité factuelle environnementale et irréversibilité juridique.

Mots clés

Irréversibilité ; irrévocabilité ; principe de précaution ; principe de non-régression ; principe de non-rétroactivité ; sécurité juridique ; sanctuaire ; droit de l'environnement.

Abstract

Whether it concerns the irreversible passing of time or the consequences of legal, political, social, economic or environmental choices, irreversibility is at the heart of human existence as well as a crucial challenge to our contemporary society. The law, by its nature, is a crucial domain for the study of irreversibility. Two paths of study are followed to identify the relationship between irreversibility and the law. Firstly, irreversibility can be understood as an "object of law". In this respect, irreversibility constitutes a phenomenon, which the law aims to consider and regulate. In the environmental realm, the regulation of irreversibility is of particular importance and in recent years has become a significant challenge. Secondly, irreversibility can be seen as an "legal object". Studying irreversibility within the juridical domain means looking at it as a complex and multifaceted legal notion. The two approaches serve to draw a clearer picture of a concept that is at the same time abstract and omnipresent in the domain of the law. Juridical irreversibility can be studied from a theoretical or even a philosophical perspective, but also serves as an emerging tool of the law, helping to intervene in factual irreversibilities. In this context, factual environmental irreversibility and juridical irreversibility meet within the realm of the law.

Keywords

Irreversibility ; irrevocability ; precautionary principle ; non-regression principle ; principle of non-retroactivity ; juridical security ; sanctuary ; environmental law.