La nature, sujet de droit ?

Marie-Angèle Hermitte

Où que nous soyons, indéniablement, l'ombre qui trotte derrière nous marche à quatre pattes.

Clarissa Pinkola Estès

Aux États-Unis, l'idée que les éléments constitutifs de la nature puissent être des sujets de droit et non des objets de droit [1] date d'un célèbre article de Christopher Stone qui, en 1972, posa la question : « Should trees have standing ? [2] ». Ce qui passa pour une « provocation » reste la référence originaire de mouvements de pensée divers, dont le point commun est de vouloir changer les règles du jeu des procès impliquant des questions environnementales. Confrontées à l'échec de leurs actions en justice, les associations constataient les obstacles techniques liés à la recevabilité de leur action, et une balance des intérêts jouant le plus souvent en faveur des activités économiques, des implantations humaines. Il semblait à C. Stone que, si l'on pouvait parler au nom des plantes, des animaux, de l'eau ou de l'air, les juges seraient peut-être plus sensibles à leur disparition.

1 - Je ne discuterai pas ici la manière dont le droit traite le concept de nature car c'est un immense sujet de recherche, en soi. J'utiliserai le mot dans son acception banale, y mettant l'ensemble de l'environnement et les éléments qui le composent en m'attachant presque exclusivement au moment vivant ; voir, toutefois, Alexandre ZABALZA, *La terre, le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, Pompignac, Éd. Bière, 2007.

2 - Christopher STONE, « Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects », *Southern California Law Review*, 45-2, 1972, p. 148-157 ; on peut citer aussi Tom Regan ou Peter Singer. Plus récemment, un groupe de recherche a repris la problématique : Lynda WARREN (dir.), *Wild law: Is there any evidence of earth jurisprudence in existing law and practice? An international research project*, Londres, UK Environmental Law Association/the Gaia Foundation, 2009, à la suite des travaux de Cormac CULLINAN, *Wild law: Protecting biological and cultural diversity*, Foxhole, Green Books, 2003.

Annales HSS, janvier-mars 2011, n° 1, p. 173-212.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

En France, Francis Caballero publiait en 1981 sa thèse sur la notion juridique de nuisance, qu'il terminait par une réflexion désabusée sur « l'indifférence au dommage écologique [3] ». Le dommage causé aux éléments non appropriés – air, eaux, faune et flore – n'entrait pas dans la définition des préjudices réparables, dont le droit exige qu'ils soient personnels et directs. Ici, point de personnes, donc point de préjudices : bêtes et plantes mouraient en dehors du principe de responsabilité. F. Caballero montrait que les solutions que l'on pouvait attendre du « droit à l'environnement » – qui n'était pas encore consacré [4] – seraient décevantes et, en s'appuyant sur C. Stone, affirmait que seule la reconnaissance de la capacité à agir en justice reconnue aux éléments de la nature pourrait un jour émouvoir le juge [5] ; il voyait dans la récente loi française de 1976, reconnaissant enfin l'animal comme « être sensible », un pas considérable en ce sens.

En droit, les choses vont lentement. René Demogue, grand civiliste du début du XX^e siècle, qui avait vu naître dans le chef des entreprises et des associations la « personnalité morale » combattue par tant de juristes de son temps, plaidait en 1909 pour que ses collègues reconnaissent enfin que le sujet de droit est un concept technique, pur point d'imputation de droits et d'obligations pouvant être défendus en justice [6]. Pourtant, cette approche technique qui fait l'unanimité des juristes si on l'énonce ainsi est tout aussitôt oubliée. Les étudiants apprennent que les « personnes », généralement sans autre précision, se divisent en personnes physiques ou humaines et personnes morales, que l'on qualifia longtemps de « fictives ». Tout aussitôt, l'enseignement sépare l'étude des personnes physiques, qui relève des droits civil et pénal, de l'étude des personnes morales qui relève essentiellement du droit commercial et du droit public [7]. Mais la qualité commune à ces deux catégories de personnes n'est jamais abordée.

Or, si l'on veut avoir une vision achevée du système juridique, il faut se représenter dans une position première le sujet de droit [8], dont les personnes

3 - Francis CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, 1981 ; la même année paraît un article de Caroline DAIGUEPERSE, « L'animal, sujet de droit, une réalité de demain », *Gazette du Palais*, 1, 1981, doctrine p. 60. F. Caballero revient un peu plus tard sur le comportement des juges dans un article célèbre, « Le Conseil d'État, ennemi de l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, 1, 1984, p. 3, avant que la même revue ne tente en 1995 un numéro spécial *Le juge administratif, juge vert ?* qui montre quelques progrès, encore peu convaincants.

4 - En France, il ne sera consacré qu'en 2005 par la Charte de l'environnement dont l'article premier énonce : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. »

5 - Le livre de Florence BURGAT, *Animal, mon prochain*, Paris, Odile Jacob, 1997, est à cet égard stimulant. En effet, assurant la déconstruction du discours sur le propre de l'homme, il facilite l'émotion liée à la proximité. On notera que l'émotion est centrale dans le concept « Earth Law », note 2.

6 - René DEMOGUE, « Le sujet de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 611 ; *Id.*, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Éd. La mémoire du droit, [1911] 2000.

7 - Ce sont ensuite des disciplines particulières qui vont aborder les spécificités des syndicats ou des associations.

8 - Ou ses synonymes que sont la personne juridique ou la personnalité juridique. Sur le sujet de droit, voir le numéro qui lui est consacré dans *Archives de philosophie du droit*,

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

physiques et morales ne sont que des modalités d'existence situées à un niveau logique inférieur. Dans le cadre de cette conception technique, la qualité de sujet de droit peut être conférée en tant que de besoin, particulièrement pour tout ce qui est vivant, donc porteur de besoins propres à assurer la survie de l'individu, de la population ou de l'espèce, ce qui n'implique pas de les satisfaire tous [9]. Mais dans des cas aussi divers que l'animal, la diversité biologique ou l'embryon humain, la reconnaissance d'une qualité de sujet de droit permettant de faire reconnaître par la justice des droits qui ne seraient évidemment pas tous ceux d'une personne humaine, dont l'eau, les poissons ou les orangs-outans auraient peu l'utilité, représenterait un enrichissement du monde juridique qui deviendrait plus chatoyant.

Actuellement, même si le propos paraît moins exotique que dans les années 1970, il reste extrêmement marginal. Pourtant, quand on y regarde de plus près, on voit à l'œuvre de subtils mécanismes de personnification, quand bien même animaux, végétaux, éléments divers de la nature restent des choses : personnification substantielle, lorsque les textes et la jurisprudence dotent certaines choses de caractères qui étaient jusque-là réservés aux personnes humaines ; personnification procédurale lorsque des mécanismes d'action en justice donnent une voix plus ou moins perceptible à des non-humains. Les deux mécanismes sont à l'œuvre et se renforcent mutuellement. Pour passer de l'un à l'autre, on observera un dispositif de protection des espèces et des habitats. Au lieu de nous en tenir à son apparence banale de protection du patrimoine biologique, on montrera qu'il aboutit à un véritable partage du territoire entre humains et non-humains – assignation territoriale qui est toujours au cœur des projets politiques. Peut-être, à l'issue de ce tour d'horizon, lirons-nous l'entrée en matière de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, avec un esprit neuf : parlant de « l'arme du droit », il se réfère à Machiavel affirmant qu'il n'y a « que deux manières de combattre, l'une par les lois, l'autre par la force : la première sorte est propre aux hommes, la seconde est propre aux bêtes [10] ». Le déploiement de force des hommes contre les bêtes et les plantes ne devrait-il pas nous inciter à passer, pour elles aussi, de la force bête à l'arme du droit ?

34, 1989. C'est surtout en droit international que les auteurs posent la question du sujet de droit, voir Francis-Amakoué Acakpo SATCHIVI, *Les sujets de droit. Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; Anne-Laure VAURS-CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Paris, A. Pedone, 2009.

9 - Même en poussant les choses très loin, on voit mal l'intérêt de faire d'une réserve pétrolière un sujet de droit. Au contraire, donner des droits sur ce patrimoine aux générations futures pourrait avoir un sens, pour renforcer l'idée de gestion de bon père de famille. Il reste que les droits des êtres vivants doivent être débattus au cas par cas. On peut donner comme exemple les débats autour du virus de la variole ; personne, à ma connaissance ne s'est jamais ému de l'éradication de la variole. Les seuls débats portent autour de l'opportunité de la destruction des stocks déclarés de virus, voir Erick DENAMUR, « Faut-il détruire les stocks de virus de la variole ? », *Médecine Sciences*, 10-2, 1994, p. 226-227, ici p. 226. En principe, les stocks devaient être maintenus jusqu'en 2002, mais cette période a été prolongée pour pouvoir rapidement relancer une production de vaccin en cas de menace terroriste : http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB109/feb10917.pdf, et http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63/A63_19-fr.pdf.

10 - http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=2097.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

La personnification substantielle

Je parle de *personnification substantielle* lorsque j'observe que des non-humains se voient reconnaître par un texte de nature juridique des attributs, des manières d'être, de sentir, de voir ou d'être vus qui ont été longtemps réservés aux humains. Si l'on s'en tient au langage de l'appareil normatif, on constate par exemple l'introduction des termes « stress », qui engage assez peu, mais aussi de « détresse », concept qui ne peut pas être limité à un phénomène biochimique. C'est par le truchement des règles applicables aux animaux que l'on cherchera à comprendre le cheminement des idées juridiques en matière de personnification des choses vivantes, car c'est le domaine où l'évolution est le plus nettement perceptible. Elle est lente et contradictoire, car jamais les animaux d'élevage n'ont été si maltraités, jamais les animaux sauvages si décimés [11]. Pour autant, il est évident que l'on cherche aussi à les faire sortir de leur condition de choses confondues avec de simples machines [12]. La personnification des animaux qui est utilisée à cet effet joue au moins sur trois éléments : leur capacité à souffrir, l'affection que nous leur portons et qu'ils nous portent, et la prise en compte de leur monde mental, c'est-à-dire d'une forme propre de subjectivité. Nous écarterons en revanche la tentative suisse de doter l'ensemble des « créatures » de formes propres de dignité.

La souffrance animale

Que faire pour dégager l'animal de la condition horlogère à laquelle il avait été réduit ? L'acte primordial était de reconnaître sa capacité à souffrir. Les mots pour le dire vont varier significativement au fil du temps, et les motivations des juges, parfois étranges, méritent d'être scrutées. Les limites du progrès effectué sont multiples, économiques bien sûr, mais aussi ludiques puisqu'une « tradition locale ininterrompue » suffit à justifier les corridas, et religieuses puisque l'Europe a choisi d'abandonner les animaux au couteau des sacrificateurs sans exiger ni étourdissement ni endormissement. Il y a donc une distinction entre la souffrance dite inutile, plus ou moins réprimée, et la souffrance légitimée.

11 - En France, la chasse est autorisée pour un nombre d'espèces beaucoup plus important que dans les autres pays européens, particulièrement pour les oiseaux migrateurs. Selon les chiffres donnés par l'Office national de la chasse et de la faune sauvage d'après une enquête réalisée en 1998-1999 (la dernière apparemment) auprès d'un échantillon de chasseurs sur certaines des 91 espèces chassables, le bilan s'élèverait à 30 millions d'animaux tués au fusil, ce qui ne comprend pas les pièges, l'arc, la chasse à courre. Cela ne comprend pas non plus les nombreux animaux qui meurent de leurs blessures sans être retrouvés (environ 20 % du chiffre global). Pourtant, le nombre des chasseurs diminue.

12 - Cela me semble plus important que la modification du Code civil qui a consisté à distinguer à l'intérieur de la catégorie des biens meubles les animaux des autres objets, un pas symbolique important mais apparemment sans conséquence pratique : Suzanne ANTOINE, « La loi n° 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale », *Recueil Dalloz*, chron. 1999, p. 167-168.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Les mots de la souffrance

Une pierre peut être abîmée, une statue décapitée privant l'humanité d'une part de sa culture ; les hommes souffriront, pas la chose.

Les premiers mots [13] adressés à la souffrance animale sont ceux de la loi Grammont qui, en 1850, réprima les « mauvais traitements ». En 1963 fut introduite la « cruauté », qui renvoie aux humains. En 1976, la première loi sur la protection de la nature qualifia l'animal d'*être sensible* qui renvoie à la perception de l'animal [14]. La même loi donna aux associations de protection animale reconnues d'utilité publique la capacité d'exercer les droits reconnus à la partie civile et fit de l'abandon volontaire d'un animal « domestique ou apprivoisé ou tenu en captivité » une infraction pénale, ce qui signifie que l'animal puisse souffrir non seulement des conséquences physiologiques de l'abandon, mais aussi de la désorientation résultant du changement de son cadre de vie et, pour certaines espèces, de la peine liée à la rupture du lien affectif établi avec « son » humain.

Aujourd'hui, les textes ont multiplié les termes qui rapprochent les infractions contre les animaux de leur modèle humain : mauvais traitements volontaires [15], sévices graves et cruauté [16], mort ou blessures occasionnées par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements. Chacun de ces termes correspond à des situations que le juge doit précisément qualifier et cette opération manifeste la nature sensible de cette chose.

On peut citer, par exemple, une affaire ayant impliqué la condamnation d'un propriétaire de cirque présentant des animaux sauvages sans autorisation et sans certificat de capacité, infractions constituées du simple fait de n'avoir pas les documents demandés. Or le juge va certes relever ces infractions, mais sa décision comportera des motifs inutiles. C'est ainsi que la cour d'appel de Reims, le 11 mars 2008, a approuvé le tribunal d'avoir procédé à la *saisie* de « l'éléphant femelle d'Afrique » que son propriétaire n'avait le droit ni de détenir ni de montrer, faute des autorisations nécessaires. Or une saisie ne peut être opérée que sur une chose, les modalités de la saisie s'adaptant à la nature de cette chose : la fausse monnaie sera déposée à la Monnaie de Paris, les sceaux ou timbres divers à l'administration, les armes à

13 - Les mots sont importants : voir Jean-Luc GUICHET (dir.), *Douleur animale, douleur humaine. Données scientifiques, perspectives anthropologiques, questions éthiques*, Versailles, Éd. Quae, 2010.

14 - Cette qualité est aujourd'hui inscrite à l'article 6 ter du traité de Lisbonne : « Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique communautaire dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur et de la recherche et développement technologique et de l'espace, la Communauté et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux. »

15 - Article L. 214-3 du Code rural, article 521-1 du Code pénal.

16 - Article 521-1 du Code pénal.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

feu dans des salles très sécurisées du greffe, etc. Les animaux vivants posent donc toujours problème au juge [17]. Dans ce cas, les fourrières et refuges pour animaux seront inadaptés. L'éléphante a donc été sur ordre du tribunal, « fictivement saisie » dira la Cour, et laissée sur place faute d'endroit pour la mettre, son coupable propriétaire étant tout aussitôt requalifié « gardien » de la chose saisie. Alors qu'il suffisait de constater l'absence des autorisations nécessaires, le juge évoque la triste condition de l'animal qui « ne sort du camion que pour aller à la ménagerie ; que ces conditions de vie sont inadéquates à son *épanouissement* et peuvent entraîner des *troubles de comportement* ; que la confiscation de l'animal s'impose, non seulement pour faire cesser l'infraction mais également, tant pour la protection du public que pour la protection de l'animal lui-même ». La Cour s'attache donc à l'épanouissement de l'animal, concept forgé pour la personne humaine. Il doit bénéficier de conditions de vie qui soient propres à cet épanouissement, faute de quoi s'ensuivent des « troubles de comportement », concept également forgé pour les êtres humains quoique ces troubles soient très repérables chez l'animal. Flèche du Parthe, la Cour ordonne la publication de l'arrêt dans le magazine *30 millions d'Amis* aux frais du condamné.

Autre problème pour le juge, distinguer comme la loi l'y oblige entre mauvais traitements, sévices graves et cruauté. Grâce à la Société protectrice des animaux (SPA), qui collationne sur son site des fragments de décisions non publiées par ailleurs, on peut se faire une idée de la manière dont le juge s'oriente entre des catégories juridiques dont les frontières sont difficiles à tracer.

Est souvent qualifié de *« mauvais traitement »* par les juges du fond ce qui s'apparente à des abandons sans soin : le fait de laisser un chien enfermé dans un garage, amaigri, au milieu de ses excréments, sans eau ni nourriture [18] ; de laisser un chien à l'abandon, à bout de forces, avec des plaies aux quatre pattes, les oreilles couvertes de gale et une plaie purulente sous un œil [19] ; de laisser un chien dans une voiture sans aération pendant la canicule, ou sur un balcon pendant tout un week-end [20]. Procéder à du « piercing animalier [21] » fut également qualifié de mauvais traitement.

17 - Article 99-1 du Code de procédure pénale : lorsque, au cours d'une procédure judiciaire ou des contrôles mentionnés à l'article 283-5 du Code rural, il a été procédé à la saisie ou au retrait, à quelque titre que ce soit, d'un ou plusieurs animaux vivants, le procureur de la République près le tribunal de grande instance du lieu de l'infraction ou, lorsqu'il est saisi, le juge d'instruction peut placer l'animal dans un lieu de dépôt prévu à cet effet et qu'il désigne, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'infraction. En cas de saisie aux frontières, il existe des stations vétérinaires dans les postes d'inspection frontaliers, qui n'ont guère les moyens d'accueillir l'infinie diversité des animaux sauvages capturés. À l'aéroport de Roissy, une immense animalerie permet de recueillir les animaux saisis vivants : lions, singes, perroquets, lézards, crocodiles.

18 - J 805, Sarreguemines 5 mars 2002, 150 €, remise du chien à la SPA qui se voit accorder 160 € de dommages et intérêts.

19 - J 806, Puteaux 4 avril 2002, 550 € et 600 € de dommages et intérêts à la SPA.

20 - D 1230, Cherbourg 9 décembre 2003, 90 € et 1 € de dommages et intérêts à la SPA, mais pour la même infraction, 500 € d'amende et 700 € de dommages-intérêts à la SPA à St-Germain-en-Laye cette fois.

21 - J 1505, Nice 5 septembre 2005 : le tribunal a prononcé une peine d'amende de 150 € et a accordé 150 € de dommages et intérêts à la SPA.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Tous ces actes renvoient à des qualifications distinctes que les juges du fond maîtrisent plus ou moins bien. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu casser l'arrêt d'une cour d'appel qui condamnait pour actes de cruauté les propriétaires d'animaux abandonnés dans un pré par de grands froids sans rien à boire ni à manger, certains des animaux étant déjà morts : « faute d'avoir constaté l'existence de sévices ou actes de cruauté accomplis intentionnellement *dans le but de* provoquer la souffrance ou la mort, éléments constitutifs du délit visé par la prévention, ou l'abandon volontaire constitutif du délit de l'article 13 de la loi du 10 juillet 1976, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision [22] ». Mauvais traitements peut-être, actes de cruauté non.

En effet, la « cruauté » n'est pas l'oubli indifférent à ce que vit la bête isolée, malade, affamée, assoiffée et muselée [23], ni même la brutalité spontanée, mais un acte de « méchanceté réfléchie [24] », de « volonté perverse [25] » comme le fait de « laisser son chien agoniser pendant 48 heures après lui avoir donné un coup de fusil dans la gorge », « achever sa chienne à coups de planche [26] », « attacher un chien à un pylône et tenter de l'immoler par le feu [27] », mettre un chien dans la machine à laver en fonctionnement pendant 30 minutes, entraînant ainsi sa mort [28], donner des coups et claques à un chien et lui attacher le sexe [29], étrangler, dépouiller, faire cuire et manger un chat [30] – litanie infinie des contes de la cruauté ordinaire, qui évoque trait à trait « les traitements inhumains et dégradants » que se font subir les hommes entre eux. La condamnation de cette souffrance inutile peine à se mettre en cohérence avec la souffrance justifiée par des besoins humains.

La souffrance animale légitimée par les besoins humains

Les besoins humains sont divers : alimentation et science, mais aussi religion, jeu, vêtement [31], etc. Nous jetterons juste un regard sur la question la plus difficile, celle de la mise à mort des animaux d'élevage telle qu'elle est abordée dans le texte européen le plus récent, le règlement du 24 septembre 2009 sur « la protection des animaux au moment de leur mise à mort [32] ».

22 - Cour de cassation, chambre criminelle, 23 janvier 1989 : *Gazette du Palais*, 1989, II Somm. 287 ; Élément moral de l'infraction, intention de faire souffrir ou donner la mort, Cour de cassation, chambre criminelle, 13 janv. 2004 : *Gazette du Palais*, 2004, J 3198.
23 - Dans une affaire, le maître part un week-end, laissant sur le balcon le chien muselé pour qu'il n'aboie pas... devant une écuelle d'eau.
24 - Paris, 2 février 1977.
25 - Tribunal correctionnel de Nîmes, 1973.
26 - 13 mois de prison ferme le 29 janvier 2007 devant le tribunal correctionnel de Metz.
27 - J 809, Melun, 24 mai 2002.
28 - J 1217, Boulogne-sur-Mer, 13 janvier 2004.
29 - D 1245, Angers, 11 mars 2004.
30 - J 1797, Bourges, 3 mars 2006.
31 - Un point récent sur toutes ces justifications a été fait dans Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Olivier DUBOS, *Les animaux et les droits européens. Au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, Paris, A. Pedone, 2009. On trouvera dans la *Revue semestrielle de Droit Animalier*, 1, 2009, un dossier sur l'expérimentation animale et un sur la corrida, nº 2, 2009.
32 - Règlement CE 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 303/1

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Les mots parlent. Il est question de mise à mort et non d'abattage, et d'une palette de sentiments : « La mise à mort des animaux peut provoquer chez eux de la douleur, de la détresse, de la peur et d'autres formes de souffrance [33]. » Le « bien-être des animaux est une valeur communautaire qui est consacrée » (dans le traité de Lisbonne). « La protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort est une question d'intérêt public »... et cette chute de phrase extraordinaire rappelant que cette protection « améliore la qualité de la viande ».

Ce retour à la réalité du traitement des animaux rejoint la position du Conseil d'État qui, dans un arrêt du 30 décembre 1998, énonce à propos des animaux sauvages cette fois que, « si différentes dispositions législatives et réglementaires sont intervenues pour limiter les souffrances susceptibles d'être infligées aux animaux, *il n'en résulte pas un principe général du droit* qui ferait obstacle à ce que la chasse à l'arc soit autorisée dans le cadre d'une réglementation qu'il appartient au ministre chargé de la chasse d'édicter ». Autrement dit, le principe est l'indifférence du droit à la souffrance des animaux sauvages, indifférence qui ne cède que si les pouvoirs publics ont jugé bon d'établir une norme spéciale l'interdisant. Le principe est le même pour les animaux domestiques : la réglementation assurant une relative amélioration du sort des poules pondeuses ne protège pas les dindes.

D'étranges motivations : le viol du poney Junior...

Les pratiques zoophiles sont anciennes, Internet et les vidéos pornographiques des sex-shops leur ayant donné plus de visibilité. Depuis la loi Perben votée en 2004, elles sont spécifiquement réprimées, l'article 521-1 ayant ajouté aux sévices graves commis sur les animaux la notion de « sévices de nature sexuelle » qui n'est pas autrement explicitée. La question se posait donc de savoir quels actes de nature sexuelle étaient susceptibles de constituer des « sévices ». La Cour de cassation en a donné une interprétation claire dès 2007 [34] : « Des actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des sévices de nature sexuelle au sens de l'article 521-1 du Code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004. »

Elle avait préalablement précisé : « Attendu qu'en déclarant, *par les motifs reproduits au moyen*, Y... coupable de sévices de nature sexuelle envers un animal [...] la Cour d'appel a justifié sa décision. » Elle ne déclare donc pas les motifs de la cour d'appel surabondants, pas plus qu'elle n'opère de substitution de motifs [35]. Or quels étaient ces motifs ? Le prévenu, invoquant le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, reconnaissait avoir pratiqué des actes de sodomie sur le

du 18 novembre 2009 ; voir deux ans avant, les lignes directrices de l'Office international des épizooties (OIE) pour l'abattage.

33 - Étant précisé que la norme est fondée sur des « preuves scientifiques suffisantes démontrant que les animaux vertébrés sont des êtres sensibles », était-il bien nécessaire de convoquer la science ?

34 - Cour de cassation, chambre criminelle, 4 septembre 2007, n° pourvoi 06-82785 ; la condamnation est de 2 000 €, inscription au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

35 - C. ATIAS, « Moyens de dire le droit et 'façons de parler' de la Cour de cassation : une distinction nécessaire », *Recueil Dalloz*, 3, 2008, p. 177.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

poney Junior dont il était propriétaire mais plaidait l'absence de violence, de brutalité ou de mauvais traitements au sens de l'article 521-1 du Code pénal et demandait que soit reconnue une « excuse de jeu » [36]. Dans sa motivation, la cour d'appel de Dijon avait retenu que « ces actes, *subis* par l'animal qui ne pouvait exercer quelque *volonté* que ce fût, ni se soustraire à ce qui lui était imposé et était ainsi transformé en *objet sexuel*, étaient constitutifs de sévices au sens de l'article 521-1 du Code pénal ; que, les faits étant constants, l'excuse du jeu n'était pas recevable ». En principe, la cour d'appel aurait dû considérer que tout acte sexuel avec un animal constitue des sévices, ou au contraire que seuls les actes provoquant des blessures constituent de tels sévices. En suggérant nettement que le problème est celui de l'incapacité de la bête à faire valoir son consentement, y compris son consentement à un « jeu sexuel », – allusion qui renvoie clairement à l'indifférence du droit au sadomasochisme consenti –, le juge calque son raisonnement sur ceux que l'on tient pour les rapports sexuels entre humains. Or la Cour de cassation, sans reprendre ces motifs ne les écarte pas, forme implicite d'approbation ou à tout le moins d'indifférence.

Les affections réciproques

Plus encore que la souffrance qui peut toujours être rabattue sur une douleur sans conscience, l'affection est un sentiment que l'on réservait aux humains. Or les choses ont évolué : d'une part, la reconnaissance du lien d'affection entre l'homme et la bête est devenue banale, d'autre part certaines sources juridiques reconnaissent l'affection de la bête pour l'homme, ce qui est plus nouveau [37].

L'affection de l'homme pour la bête se manifeste particulièrement dans les contentieux de la réparation lorsque, un animal ayant été blessé ou tué, son maître demande et obtient réparation sur le fondement de la réparation du « préjudice d'affection », type de préjudice ajouté par la Cour de cassation à toute une série de dommages dans le cadre de contentieux concernant les personnes humaines : préjudice esthétique, déficit fonctionnel, préjudices d'agrément comme l'impossibilité de pratiquer un sport, préjudice sexuel [38]. Le préjudice d'affection vient alors

36 - Argument mis en évidence par Olivier Cayla à propos d'un séminaire de casuistique juridique du 10 mars 2009, non publié, CENJ-EHESS : « Pouce ! Analyse juridique du signe manifestant l'intention d'arrêter de jouer à travers l'étude de l'affaire KA et AD » (CEDH, 17 février 2005, affaire K. A. et A. D. contre Belgique).

37 - Françoise RINGEL et Emmanuel PUTMAN, « L'animal aimé par le droit », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 60-1, 1995, p. 45.

38 - Cour de cassation, 1re chambre civile, 16 janvier 1962, D. 1962, 199, Note R. Rodière ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 316, 1962, obsv. A. Tunc ; Jean-Pierre MARGUÉNAUD *et al.*, « La protection juridique du lien d'affection envers un animal », *Recueil Dalloz*, 2004, chron., p. 3009-3014. Toutefois, la reconnaissance de l'affection d'un humain pour un animal est reconnue, par exemple par l'interdiction faite à un bailleur potentiel de refuser de louer un logement en raison de la présence d'un animal domestique auprès du preneur : le législateur répute ainsi non écrite « toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier » : voir François PASQUALINI, « L'animal et la famille », *Recueil Dalloz*,

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

réparer « la douleur que provoque chez les proches de la victime immédiate la perte de celle-ci ou la vue des souffrances qu'elle endure ».

Conçu donc pour les relations entre personnes humaines, ce chef de préjudice est aujourd'hui reconnu en cas de perte d'un animal. Or cela n'a pas été le résultat d'un mouvement de passion, d'une pulsion qu'un juge n'aurait pas maîtrisée. En effet, lorsque le propriétaire du boxe où un cheval de course avait trouvé la mort par électrocution fut condamné à indemniser le propriétaire du cheval au titre du préjudice d'affection, il demanda la cassation de l'arrêt de la cour d'appel au motif que l'on ne saurait reconnaître un tel préjudice moral, celui-ci ne se concevant « qu'à l'occasion de la perte d'un être cher, et qu'il n'y a rien de commun entre le trouble causé par la disparition d'une personne et celle d'un animal ». Pourtant, la Cour de cassation jugea nettement que « la mort d'un animal peut être pour son propriétaire la cause d'un préjudice d'ordre subjectif et affectif susceptible de donner lieu à réparation ».

Toutefois, même lorsqu'il y a personnification, l'ombre de la chose reste visible. Autant, en cas de perte d'un être cher, lorsque cet être est humain, les tribunaux appliquent automatiquement des barèmes assez standardisés, autant en cas de perte d'un animal, le propriétaire doit apporter un minimum de preuves de cette affection qui n'a donc rien d'automatique. C'est ainsi qu'une société propriétaire d'un jeune cheval, mort lors d'une opération de castration sous anesthésie générale, recevra 30 000 F correspondant à la valeur marchande du cheval. Mais l'animal étant destiné à la vente, la cour d'appel de Lyon estime Monsieur Y « mal fondé à invoquer un préjudice moral, ce préjudice étant constitué par la douleur que représente la perte d'un animal auquel son maître est sentimentalement attaché ; que la demande de réparation du préjudice moral de Monsieur X... sera en conséquence rejetée [39] ». L'affection pour une bête est une particularité qui doit être précisément motivée, une exception, pas un standard.

L'affection se marque encore dans les contentieux de la séparation des couples, lorsque le juge aux affaires familiales est appelé pour fixer la résidence de l'animal disputé [40]. Certaines motivations sont intéressantes en ce qu'elles n'évoquent

1997, chron., p. 257-259 ; on notera une curiosité de la qualification de l'animal comme bien meuble. Comme tous ceux-ci, il est donc saisissable lors des procédures d'exécution des décisions de justice. Pour autant, le législateur a toujours prévu l'insaisissabilité de certains biens nécessaires à la vie quotidienne ou économique du débiteur. On ne s'étonnera donc pas de la présence des « animaux destinés à la subsistance du saisi » dans la liste des biens insaisissables – c'est vrai de beaucoup d'objets inanimés. En revanche, figurent aussi dans cette liste les « animaux d'appartement », qui sont pourtant une charge économique. C'est donc au titre de l'affection qu'ils échappent à la saisie. Comment mieux illustrer l'incertitude contemporaine sur la nature juridique de l'animal ?

39 - Cour d'appel de Lyon, 20 décembre 2001, nº de RG 1999/07446 ; cet arrêt avait été exploité par J.-P. Marguénaud dans une conférence inédite faite à l'INRA.

40 - Certains juges considèrent que leur office, strictement entendu, ne leur donne pas compétence pour déterminer « l'intérêt d'un animal de compagnie eu égard à sa résidence ou ses conditions de vie », cour d'appel de Nancy (3e ch. civ.), 30 novembre 2001, nº 02-41. *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, nº 552 du 15 mars 2002 ; dans une affaire du même type, la Cour de cassation avait censuré un juge ayant utilisé les règles

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

pas uniquement l'attachement des humains à l'égard de l'animal, mais aussi, comme au détour, l'affection de l'animal pour son humain préféré ou pour ses deux humains. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Douai, commenté par Jean-Pierre Marguénaud, attribuait aux époux demandant le divorce la jouissance partagée du même appartement, en raison de leur très grand âge qui rendait la séparation difficile [41]. Le chat, « déjà lui-même âgé, pourrait ainsi, allant de l'un à l'autre, répondre à l'égale affection de ses deux maîtres ». S'il est essentiellement un « répondant », il est tout de même un acteur capable de montrer son égal attachement en « allant » de l'un à l'autre [42]. Il en va de même dans une autre affaire où la Cour de Riom se fonde sur l'attachement *réciproque* du chien et de sa maîtresse pour confier la garde à cette dernière [43].

Le monde mental de l'animal

La loi de 1976 sur la protection de la nature ne se contenta pas d'affirmer la qualité d'être sensible de l'animal, mais poursuivit en liant cette qualité à l'obligation faite au propriétaire de le placer « dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce [44] ». Ces besoins juridiquement reconnus ouvraient *a minima* sur un territoire viable. Cela se rapprochait de la vision développée par certains biologistes, éthologues ou philosophes, soutenant que chaque espèce animale a un monde qui lui est propre [45], cet *Umwelt* que Jakob von Uexküll illustre à partir de l'exemple de la tique [46]. Cet animal sourd, sans yeux, ni goût, est sensible à trois stimuli venant de et constituant le tout de son environnement : un

relatives à la garde des enfants, voir A. COURET, note sous Cour de cassation 1re chambre civile, 8 octobre 1980, *Recueil Dalloz*, 1981, Juris., p. 361.

41 - Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'appréhension par le droit positif des relations complexes entre l'homme et l'animal », *in* J.-C. NOUËT et G. CHAPOUTIER, *Humanité, animalité, quelles frontières ?*, Paris, Connaissances et savoirs, 2006, p. 93.

42 - Sur la réciprocité de l'affection, voir Dominique LESTEL, « Portrait de l'animal comme sujet », *Revue de synthèse*, 1, 1999, p. 139-164, ici p. 151. L'auteur rappelle à cette occasion les apprentissages de communication très fins que développent les enfants adoptés par des animaux sauvages pour pouvoir vivre avec eux, de même que les chercheurs qui se font adopter par une meute de loups ou les autistes qui disent « adopter le point de vue d'une vache ».

43 - Conférence de J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.* En revanche, la cour d'appel de Bordeaux, 27 janvier 2009, se déclare incompétente sur ce point car aucun texte ne prévoit de statuer sur la garde d'un animal, voir Fabien MARCHADIER, « La chienne Sidonie en quête de son juge », *Revue semestrielle de Droit Animalier*, 1, 2009, p. 29.

44 - Repris à l'article L. 214-1 du Code rural.

45 - Voir les explications éclairantes de Florence BURGAT, *Liberté et inquiétude de la vie animale*, Paris, Éd. Kimé, 2005, particulièrement dans la quatrième partie de son livre.

46 - Jakob VON UEXKÜLL, *Mondes animaux et monde humain*, Paris, Denoël, 1984, p. 19 et 23-24 ; Giorgio AGAMBEN, *L'ouvert. De l'homme et de l'animal*, Paris, Payot & Rivages, 2002. Noter que l'*Umwelt* (monde extérieur) est complété par l'*Innenweilt* (monde intérieur) et le *Merkwelt* (monde tel que formé de l'ensemble des stimuli). Voir d'autre part le travail philologique intéressant de Wolf FEUERHAHN, « Du milieu à l'Umwelt. Enjeux d'un changement terminologique », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 4, 2009, p. 419-438.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

stimulus olfactif qui déclenche le fait de se laisser tomber sur le mammifère ; un stimulus tactile qui lui permet de se déplacer vers un emplacement propice à la piqûre ; un stimulus thermique qui la fera se gorger de sang et retomber sur le sol où elle pondra ses œufs et mourra. L'odeur, la branche, le mammifère et le sol sont le monde dont elle est le sujet, où elle naîtra, vivra, se reproduira et mourra avec une efficacité non prise en défaut à ce jour.

À partir du moment où une espèce est « protégée », le droit opère une certaine reconnaissance de son rapport au monde en reconnaissant ses besoins. Simple à saisir lorsqu'il s'agit du monde physiologique de l'animal, la reconnaissance de son monde mental, social, affectif implique plus d'efforts. De plus en plus de recherches tentent de se placer ainsi du point de vue de l'animal et non plus du point de vue, même bienveillant, de l'humain [47] : qui s'étonne aujourd'hui qu'une journaliste écrive : « À Londres où se réunissent les principaux experts mondiaux des grands singes, Jane Goodall représentera les chimpanzés, Biruté Galdikas les orangs-outans, Ian Redmond les gorilles... Chanee défendra les gibbons [48] » ? Pourtant, prendre au sérieux le monde de l'animal emporte des conséquences qui peuvent être très dérangeantes pour nous.

On commence à voir poindre le monde mental de l'animal avec la directive 98/58/CE adoptée par le Conseil européen le 20 juillet 1998 [49] à propos de la

47 - On peut citer un bel exemple de ce courant avec le livre de Vinciane DESPRET et Jocelyne PORCHER, *Être bête*, Arles, Actes Sud, 2007 ; plus récemment, V. DESPRET a écrit un livre étonnant : *Penser comme un rat*, Versailles, Éd. Quae, 2009. On doit noter aussi que même l'éthologie qui, pourtant, peut nous aider à comprendre le monde mental de l'animal, est encore souvent un obstacle : « À cet égard, la figure de l'animal comme sujet, point aveugle de l'éthologie contemporaine, constitue l'amorce d'un renouvellement possible de nos représentations de l'animal », voir Dominique LESTEL, « Portrait de l'animal comme sujet », *Revue de synthèse*, 1, 1999, p. 139-164, ici p. 139.

48 - Catherine VINCENT, « Aurélien Chanee Brulé, le sauveur en Asie des gibbons sauvages », *Le Monde*, 31 oct.-1er nov. 2010.

49 - *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 221/23 du 8 août 1998. Sur la question du bien-être, voir Florence BURGAT et Robert DANTZER (dir.), *Les animaux d'élevage ont-ils droit au bien-être ?*, Paris, Éd. INRA-Quae, 2001 ; voir particulièrement l'article de Florence BURGAT sur « Les revendications des associations de protection des animaux de ferme » qui fait un historique de la législation, p. 65. Voir dans le même ouvrage et du même auteur un article essentiel pour apprendre à déconstruire le concept de bien-être animal, p. 106. L'idée de « premier stade » caractéristique du droit européen, en pleine élaboration, oblige à s'interroger sur l'efficacité économique de la progressivité de l'évolution du droit en prenant l'exemple des cages des poules pondeuses. Dans les années 1980, l'enfermement des poules est maximal. C'est alors que, en 1988, une directive impose une première surface minimale de 450 cm^2 par poule ; puis en 1999, il s'agira de 550 cm^2 et en 2012, cette surface devra être portée à 750 cm^2. Or, on peut vraiment se demander si une approche plus raisonnable des besoins des poules n'aurait pas pu être décidée dès 1988, en laissant aux États membres une quinzaine d'années pour assurer progressivement la transformation des élevages. De plus, est-il « raisonnable » d'avoir des cages métalliques plutôt que des poulaillers ouverts sur l'extérieur ? A-t-on réfléchi à la distinction entre raison humaine et rationalité zootechnique ? Il est question aujourd'hui de sensibilité des poissons, sujet examiné par le Conseil de l'Europe, l'OIE préparant quant à elle des lignes directrices en matière de bien-être pour les poissons d'élevage, longtemps exclus de la sensibilité.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

protection des animaux dans les élevages, texte qui démontre à l'envi les contradictions inhérentes à la double nature juridique de l'animal [50]. Il y est question de commerce et de rationalité – *la marchandise* –, mais aussi de logement, de soins appropriés aux besoins physiologiques et éthologiques des animaux, compte tenu de leur espèce et de leur degré de développement, d'adaptation et de domestication – *l'être sensible présent dans son monde*. Dans les annexes, on trouve une première affirmation selon laquelle la « liberté de mouvement propre à l'animal [51], compte tenu de son espèce et conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques, ne doit pas être entravée de telle manière que cela lui cause des souffrances ou des dommages inutiles » ; et tout de suite après : « Lorsqu'un animal est continuellement ou habituellement attaché, enchaîné ou maintenu, il doit lui être laissé un espace approprié à ses besoins physiologiques et éthologiques, conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques. »

Or une poule adore sa précautionneuse liberté d'aller et venir, de se cacher, de monter sur une branche et de chasser les vers. L'état de misère physiologique et mentale qui est le sien lorsqu'elle est abattue après le cauchemar de l'élevage industriel montre clairement que son enfermement n'est pas conforme à ses besoins, sauf à admettre que ses besoins sont limités à ce qui est nécessaire pour qu'elle survive le temps nécessaire à la ponte du nombre suffisant d'œufs pour que sa naissance et son élevage aient été rentabilisés. Cela ne correspond pas à ses besoins mais à ceux des filières [52].

Pourtant, le texte dit s'inspirer des « Cinq libertés » – vocabulaire humanisé – adoptées par le Farm Animal Welfare Council britannique qui, outre la satisfaction des besoins fondamentaux, énonce aussi « la liberté d'exprimer des comportements normaux » grâce à la disponibilité d'espaces et d'équipements adéquats, aux contacts avec des animaux de la même espèce, et à une situation générale qui évite les troubles comportementaux.

La directive de 1999 qui applique ce texte aux poules pondeuses prévoit des améliorations, partant de l'aveu que « les conditions de bien-être [53] des poules élevées tant dans les cages en batterie telles qu'elles sont conçues actuellement

50 - Martine LEGUILLE BALLOU, « Évolution de la réglementation de protection des animaux dans les élevages en Europe », thèse, Nantes, 1999 ; Lucille BOISSEAU-SOWINSKI, « La désappropriation de l'animal », thèse, Limoges, 2008, http://www.unilim.fr/scd/theses/accesdoc.html.

51 - Évidemment, parler de liberté de mouvement évite de renvoyer à des formes plus nobles de liberté.

52 - « Il faut produire parce que les uns ont des aliments à vendre, les autres ont des abattoirs à faire tourner [...] nous, on n'a pas notre mot à dire [...] ils appellent ça un minerai, ils appellent plus ça des cochons » : Jocelyne PORCHER, « Le travail dans l'élevage industriel des porcs, souffrance des animaux, souffrance des hommes », *in* F. BURGAT et R. DANTZER (dir.), *Les animaux d'élevage ont-ils droit au bien-être ?*, *op. cit.*, p. 25-64, ici p. 58.

53 - Sur cette notion si ambivalente de bien-être, voir les travaux de Florence Burgat, Robert Dantzer et Jocelyne Porcher précités et d'un point de vue juridique, une analyse synthétique de Sonia DESMOULIN, *L'animal entre science et droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 742 *sq.*

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

que dans d'autres systèmes d'élevage sont insuffisantes et que certains de leurs besoins ne peuvent y être satisfaits ». Elle porte donc le pré carré de la poule de 450 cm^2 en 1988, à 550 en 1999 et 750 en 2012 [54]. À partir de 2012, seules des cages aménagées de 750 cm^2 avec une litière permettant le « picotage et le grattage » seront autorisées, outre les systèmes sans cages. Pour la première fois, le monde de la poule est évoqué, monde carcéral, mais monde tout de même. Il reste que l'on n'a toujours pas réussi à extraire la bête des cages où, conformément à la limitation de son être à une rationalité digestive [55], elle ne peut rien faire d'autre que manger, boire, déféquer et pondre dans le seul but de fournir sa contribution aux 14 milliards d'œufs que consomment chaque année les Français, sachant que 80 % d'entre eux viennent des élevages « spécialisés », entendez industriels [56]. Mais en 2012, elle aura donc droit à quelques menus gestes pour son propre compte.

Pourtant, les poules que l'on élève, pour sur-sélectionnées qu'elles soient, retournent facilement à l'état sauvage lorsqu'elles sont abandonnées. Or, à l'état sauvage, elles vivent en petites bandes, les jeunes mâles quittant la troupe au printemps pour dominer un nouveau territoire et de nouvelles poules. Très protecteurs et inquiets, les mâles mangent peu, gardent et protègent les femelles affairées à picorer et conduire leur progéniture qu'elles cachent sous leurs ailes à la moindre alerte. Tout ce petit monde aime les endroits boisés, plus sécurisés, où des nids sont faciles à construire. Aussi les Anglais, toujours en avance d'une révolution, ont conçu des élevages « forestiers » avec l'entreprise Sainsbury's qui incite les éleveurs à associer arbres et élevage [57].

La directive 2008/119 sur les veaux [58] désigne d'abord l'élevage du veau comme « partie intégrante de l'agriculture... source de revenus » (cdt. 4), sachant qu'il est « scientifiquement admis que les veaux devraient bénéficier d'un environnement répondant aux besoins de l'espèce, celle-ci vivant en troupeau », constat pour lequel il n'était peut-être pas utile de convoquer la science. « Pour cette raison, les veaux devraient être élevés en groupe », passage du fait au droit, et aussitôt à la dérogation : « Les veaux logés en case *individuelle* devraient disposer d'un espace suffisant pour prendre de l'exercice, avoir des contacts avec d'autres bovins et effectuer des mouvements normaux en position debout ou couchée » (cdt. 7). Mais tout de même, le texte précise que l'enfermement en case individuelle ne peut avoir lieu avant l'âge de huit semaines, que les parois doivent être « ajourées permettant un contact visuel et tactile direct entre les veaux ».

54 - Directive 1999/74/CE du Conseil du 19 juillet 1999 établissant les normes minimales relatives à la protection des poules pondeuses, *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 203 du 03 août 1999, p. 53, cdt. 7.
55 - Illustrée par Cloaca, la machine à merde de Wim Delvoye : http://www.wimdelvoye.be.
56 - Comité national pour la promotion de l'œuf ; site à peu près vide où les poules ne sont évoquées que par un dessin de leur utérus : http://www.oeufs-asso.com/.
57 - http://www.j-sainsbury.com/cr/index.asp?PageID=74&subsection=&Year=2009NewsID=1087.
58 - *Journal officiel de l'Union européenne*, nº L 10 du 15 janvier 2009, p. 7.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Même travail réalisé par la directive 2008/120 du Conseil européen du 18 décembre 2008 établissant les normes minimales relatives à la protection des porcs, et toujours l'ambiguïté de l'état actuel du droit : « Les porcs, en tant *qu'animaux vivants*, figurent dans la liste des *produits*[59] énumérés à l'annexe 1 du traité », produits vivants dont le régime juridique devra relever de deux pôles. Il n'est plus question *d'atelier* selon le vocabulaire habituel de l'élevage industriel mais de *logement* ; les porcs « doivent disposer d'un environnement correspondant à leur besoin d'exercice et à leur *nature d'animal fouisseur* » (cdt. 8) ; « les truies ont volontiers des *interactions sociales* avec d'autres porcs à condition de disposer de leur liberté de mouvement et de se trouver dans un environnement d'une certaine complexité. Il y a donc lieu d'interdire le confinement permanent des truies dans un espace restreint ». S'ensuivent à nouveau des normes de superficie minimale, l'interdiction d'attacher les animaux, le contrôle du niveau de bruit, de la lumière, l'accès à des matériaux permettant des activités de recherche et de manipulation suffisantes, tels que la paille, le foin, le bois, la sciure de bois, le compost de champignons, etc., et l'obligation de fournir aux verrats un endroit où ils puissent se retourner, percevoir le grognement, l'odeur et la silhouette des autres porcs.

Point n'est besoin de tendre l'oreille pour entendre les quolibets. Si réellement pourtant, on arrive à appliquer à l'élevage européen ces normes un peu moins effrayantes, c'est un monde plus riche qui apparaîtra, fait d'espace, de socialité, de goût pour le grognement, de plaisir de l'interaction, tout ceci sous la double influence d'associations et de chercheurs. Ces progrès, dont la mise en œuvre est encore douteuse, peuvent être constamment remis en cause par un nouveau besoin humain. Ainsi, Florence Burgat fait remarquer que si la décision était prise d'utiliser des animaux « humanisés » par les biotechnologies comme réserves d'organes, il faudrait les élever dans un isolement absolu tant vis-à-vis des humains (en combinaison étanche) que vis-à-vis de leurs congénères[60]. Dans le désir d'organes, la poésie du grognement n'aura plus cours.

La dignité de la créature en Suisse[61]

La pointe extrême de la personnification des non-humains est observée en Suisse où l'alinéa 1 de l'article 120 de la Constitution a pour finalité de protéger « L'être

59 - Les éleveurs en sont souvent conscients. Il faut dire que, pour ceux qui ont un certain âge, ils savent que le nombre moyen de porcelets sevrés par truie et par an est passé de 16,7 en 1971 à 24,6 en 1999. Il a fallu « ajouter » des mamelles aux truies et lutter contre les temps improductifs, donc réduire la durée de l'allaitement. L'intervalle entre le sevrage des porcelets et la saillie est passé de 20 jours en 1971 à 10 jours en 1999 : J. Porcher, « Le travail dans l'élevage industriel... », art. cit., p. 30.

60 - F. Burgat, *Liberté et inquiétude de la vie animale*, *op. cit.*, chap. 3.

61 - Le concept de créature qui renvoie au divin serait inopérant en France, mais il est assez normal en Suisse dont la Constitution comporte un préambule qui commence ainsi : « Au nom de *Dieu* Tout-Puissant ! Le peuple et les cantons suisses, conscients de leur responsabilité envers la *Création*. »

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

humain et son environnement [...] contre les abus en matière de génie génétique. » Puis l'alinéa 2 des versions allemande et italienne utilisent les concepts de « Würde der Kreatur » et « dignità della creatura », tandis que la version française ne garantit plus que le respect de *l'intégrité* des organismes vivants.

Cette référence à la dignité laisse perplexe [62]. Sur la dignité, disons *a minima* que, en droit, il s'agit d'un principe dit « indérogeable », en ce sens qu'il ne doit être affaibli par aucune tentative de conciliation avec un autre principe ou un autre droit. Il impose de reconnaître à toute personne humaine, quel que soit son état, l'intégralité de ses droits et, dans de rares hypothèses, il s'impose à la personne elle-même qui ne peut, même si elle le veut, adopter ou accepter des comportements qui dégraderaient l'image idéale que la société se fait de l'humanité. On voit donc mal comment on pourrait imposer à un coquelicot de se conduire en coquelicot idéal.

En fait, les Suisses tentent, à raison, de décider comment utiliser le génie génétique, mais le rapport avec l'idée de dignité est ténu [63]. Il est fait état du lien entre tous les êtres vivants, y compris les humains. Il est rappelé que les plantes agissent, interagissent, s'adaptent, les espèces migrent, elles « souffrent » même si l'on comprend mal le processus de cette souffrance en dehors des stress biochimiques déjà bien étudiés. Qu'il faille protéger l'environnement des non-humains, ne pas avoir une vision purement génétique des êtres vivants est bien banal. Plus intéressante est l'idée d'en tirer une attention à la manière dont on les sélectionne. On pourrait alors éviter les dérives de la sélection classique qui affectent aujourd'hui les races domestiques : culards ou poulets sans plumes. Certains rapports vont plus loin en recommandant d'interdire l'élevage d'animaux transgéniques de compagnie, ou d'animaux manipulés élevés à titre de hobby ou destinés à des compétitions sportives ou des produits de luxe. Dans ces deux secteurs, cela pourrait être intéressant car il y a sans doute beaucoup d'argent à gagner et beaucoup d'horreurs à imaginer. De même, l'idée d'une obligation pour l'homme de faire preuve de réserve lors de l'utilisation des animaux, mais aussi des plantes, est séduisante mais, comme le reste, n'a débouché sur rien de concret.

La personnification des non-humains s'est introduite subrepticement dans le paysage juridique, comme une première étape. La réservation de certains lieux aux besoins des végétaux et des animaux permet de comprendre comment fonctionne l'articulation entre les intérêts des uns et des autres, deuxième étape, plus difficile à franchir.

62 - Sans pour autant partager des désolations assez excessives, consulter : « Swiss 'dignity' law is threat to plant biology », *Nature*, 452, 2008, p. 919.

63 - La notion est travaillée par la Commission fédérale d'éthique pour le génie génétique dans le domaine non humain (CENH) instituée en 1998.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

De la substance à la procédure, le partage du territoire entre humains et non-humains [64]

Quel est le sens de ce mouvement qui, depuis la fin du XIXe siècle, a poussé les États à mettre de côté des portions de leurs territoires pour les dédier à des formes graduées de protection de la nature, des moins contraignantes aux réserves intégrales ? Pourquoi et comment a-t-on articulé protection des milieux et protection d'espèces-clés dont les besoins en termes de nourriture, espace, qualité de l'environnement, entraînent la protection de nombreux éléments nécessaires à leur vie ? On peut certes s'en tenir à un souci scientifique ou esthétique de protection d'objets menacés. J'y vois l'acceptation du partage de la terre et des mers avec des non-humains : l'exigence scientifique coexiste avec un acte politique puisqu'aussi bien, le territoire est au plus près du politique.

On le constate crûment avec la directive Habitats qui a pour objet d'obliger les États à choisir des zones de protection en fonction des spécificités de leurs territoires et de l'intérêt écologique particulier qu'ils peuvent offrir. Le milieu désigné doit être strictement respecté, quels que soient les intérêts humains, dit le texte. Pourtant, l'article 4 organise la défense des humains lorsque l'on peut constater une extension excessive des « espèces animales qui occupent de vastes territoires » : « Les États membres dont les sites [...] représentent plus de 5 % du territoire national peuvent en accord avec la Commission, demander que les critères [...] soient appliqués d'une manière plus souple en vue de la sélection de la totalité des sites d'importance communautaire sur leur territoire. » Autrement dit, même si les critères écologiques devaient conduire à conférer aux non-humains de vastes territoires, la concession maximale est fixée à 95 % pour nous, 5 % pour eux.

Cela peut être malgré tout non négligeable. La France y consacrait en 2007 6,8 millions d'hectares, soit 12,4 % du territoire terrestre métropolitain, avec 1 700 sites, 8 372 communes, ce qui concerne 14 millions d'habitants humains [65]. Mais la ponction peut être proportionnellement beaucoup plus importante au niveau local : 40 % du territoire de l'Aude par exemple.

Les habitats, patrimoine des peuples

Le texte fondateur de ce grand partage est la convention de Berne « relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel » signée en 1979 dans le cadre

64 - Marie-Angèle HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », *in* B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 238-286 ; Bruno LATOUR, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La Découverte, 1999.

65 - http://www.natura2000.fr/spip.php?article36. Cette idée de partage du territoire sera ici à peine effleurée et j'éviterai les problèmes spécifiques liés aux grands prédateurs, car ils impliquent une étude particulière au sein de l'étude générale. Jérôme DUBOIS et Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Natura 2000. De l'injonction européenne aux négociations locales*, Paris, La Documentation française, 2005.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

du Conseil de l'Europe. Ont suivi, dans le cadre de l'Union européenne, la directive Oiseaux qui date de la même année et la directive Habitats qui, en 1992, est contemporaine de la convention sur la diversité biologique, plus globale, qui a mobilisé la plus grande partie de la planète [66].

Dans ces textes, la vie sauvage et les milieux naturels utiles à la bonne tenue des « équilibres biologiques », constituent un « patrimoine naturel d'une valeur esthétique, scientifique, culturelle, récréative, économique et intrinsèque, qu'il importe de préserver et de transmettre aux générations futures » pour la convention de Berne, patrimoine des peuples européens pour la directive Oiseaux. Les espèces et les habitats protégés font donc partie du projet politique européen humain, en principe au même titre que ses politiques de concurrence et de libre-échange, sa zone euro et son espace Schengen [67]. Ils n'y sont ni au titre de sujets autonomes ni au titre d'objets marchands mais de patrimoine des peuples, notion qui n'a pas de sens précis. La manière dont ils sont décrits et certaines des règles qui leur sont appliquées évoquent tantôt une catégorie tantôt l'autre.

Les habitats, territoires des non-humains

Si ces trois textes posent le principe de la prise en compte des exigences économiques, récréationnelles, sociales, culturelles et régionales des humains [68], ils obligent aussi les États à tenir compte, « dans leurs politiques d'aménagement et de développement, des besoins de la conservation des zones protégées » ou des « besoins

66 - En 2010, 45 États ont signé et ratifié la convention de Berne : http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/104.doc. Directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 103 du 25 avril 1979, p. 1 ; Directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 206 du 22 juillet 1992, p. 7 ; 168 États sont signataires de la convention sur la diversité biologique.

67 - La formulation de la directive Habitats est aussi éclairante : « La conservation des espèces d'oiseaux vivant naturellement à l'état sauvage sur le territoire européen des États membres est nécessaire à la réalisation, dans le fonctionnement du marché commun, des objectifs de la Communauté dans les domaines de l'amélioration des conditions de vie, d'un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté et d'une expansion continue et équilibrée. »

68 - Ce sont autant de compromis permanents. C'est la directive Habitats qui a ajouté l'aspect culturel et régional dans l'article 2, alinéa 3 : « Les mesures prises en vertu de la présente directive tiennent compte des exigences économiques, sociales et culturelles, ainsi que des particularités régionales et locales », ce qui est conforme à la reconnaissance de la diversité des rapports à la nature que suggère Philippe Descola, *A qui appartient la nature ?* : http://www.laviedesidees.fr/A-qui-appartient-la-nature.html, lorsqu'il propose de construire des types divers de protection de la nature en fonction des rapports spécifiques à la nature et aux espèces que chaque région du monde a développés et, faudrait-il ajouter est en train ou continue de les développer. En effet, certaines cultures anciennement animistes peuvent se matérialiser tandis que les cultures mécanistes de l'Occident sont peut-être en train de re-personnifier les éléments de la nature, c'est le thème de cet article.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

des migrateurs » en termes « d'aires d'hivernage, de rassemblement, d'alimentation, de reproduction ou de mue ». Besoins des uns, besoins des autres.

L'ambition de la directive Habitats est de créer un « réseau écologique européen cohérent », le réseau Natura 2000. Il maille le territoire des humains en lui juxtaposant une cartographie spécifique, le projet actuel étant de réaliser autant de corridors que nécessaire pour former une « trame verte et bleue » permettant la circulation des non-humains. Il s'agit de leur fournir les résidences nécessaires et les chemins pour se déplacer de l'une à l'autre. Ces lieux imposent des contraintes : ne pas détruire ni perturber, encadrer ou interdire la chasse, encadrer ou interdire le commerce.

Comme on sait que les humains ne s'en tiendront pas forcément à leurs engagements initiaux, l'article 6 de la directive Habitats a prévu un mécanisme de mesures compensatoires dont les autorités publiques, maires, préfets et juges ne comprennent pas toujours qu'il peut constituer un utile compromis entre la destruction brute et la protection absolue.

C'est ainsi que l'on voit le tribunal administratif de Pau se montrer sourd à l'appel du crapaud amoureux que rien ne détournera de sa route au printemps, quitte à terminer sous les roues d'une voiture. Dans une affaire de permis de construire de quatre-vingt-un logements, les requérants demandaient la suspension du permis au nom de l'habitat du *crapaud accoucheur*, le lotissement aboutissant à la suppression d'un corridor utile à ses déplacements [69]. Dans son ordonnance de référé, le juge répond que la « noue paysagère [...] est en contact direct avec le fossé de la rue de Chaloche, site de reproduction maintenu, situé à la bordure est du terrain, proche du croisement des rues de Chaloche et de Caparits, vers lequel les crapauds nichés dans les jardins de la partie est de la rue de Caparits et dans ceux de la rue de Chaloche, lieux déjà urbanisés, ont toujours su se déplacer, malgré la circulation automobile ». Voilà un juge qui ne doit pas souvent sortir de sa voiture ; il constaterait le nombre de crapauds qui, allant au-devant de leurs amours, sont aplatis par les roues des voitures des humains vaquant à leurs occupations.

La cour administrative d'appel de Douai fut plus attentive lorsqu'elle approuva l'autorisation de défrichement de 33 hectares de bois destinés à installer

69 - Ord. du 28 octobre 2009, nº 0902029. Olivier DUBOS, « De l'intelligence comparée du crapaud et du conseiller de TA », *Revue semestrielle de Droit Animalier*, 2, 2009, p. 11. Sur le fondement de l'article R. 111-15 du Code de l'urbanisme qui indique que le permis doit respecter les « préoccupations d'environnement » et n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales si, par son importance, sa situation ou sa destination, il est de nature à avoir des conséquences dommageables pour l'environnement. Or l'article L. 411-1 du Code de l'environnement interdit « 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 » et en vertu de l'annexe IV de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, le crapaud accoucheur *(Alytes obstetricans)* figure parmi les espèces animales présentant un intérêt communautaire et nécessitant une protection stricte.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

un vaste centre de traitement de déchets, avec les nuisances, et les oppositions que l'on imagine de la part des communes avoisinantes [70]. Dérangés dans leur affection pour ce petit bois, certains humains s'associèrent pour soutenir les municipalités récalcitrantes, et demandèrent justice pour les crapauds. Le juge dont le souci essentiel était sans doute de ne pas mettre d'entraves à la construction du centre de déchets approuva la destruction du petit bois au motif que des mécanismes de compensation satisfaisants pour les animaux avaient bien été prévus : 66 hectares seraient replantés en remplacement des 33 hectares perdus ; de nouvelles mares destinées à remplacer celles qui seraient supprimées par le défrichement avaient déjà été créées dans la partie non défrichée du bois ; « que leur colonisation par les batraciens a été *organisée* et que les animaux de la partie du bois non défrichée peuvent *s'adapter* aux nuisances occasionnées par le chantier de défrichement ». On aurait aimé savoir comment on organise le déménagement des crapauds et comment on sait qu'ils sont ou ne sont pas trop gênés par les travaux.

En fait, le juge agit de trois manières différentes. Amené dans de nombreux cas à constater le conflit d'intérêts et à trancher entre les animaux ou les végétaux et le traitement des déchets humains, il tranchera le plus souvent en faveur des seconds. Dans certains cas toutefois, il pourra s'attacher à montrer la compatibilité des intérêts ; ainsi la cour administrative d'appel de Lyon confirmera l'illégalité d'un projet de carrière dans le parc naturel de la Chartreuse en constatant dans l'intérêt des non-humains la « rupture d'unité d'une zone ZNIEFF de type 2 » dont elle affirme la valeur en tant que « corridor biologique entre Préalpes et Jura ». Mais elle retient aussi que ce « projet en surplomb d'une zone aquifère à forte valeur patrimoniale pour les besoins actuels et futurs » menacerait la qualité de l'eau par les poussières et autres pollutions qu'elle entraînerait, ce qui serait contraire aux intérêts des humains. Enfin, dans des cas plus rares, les tribunaux disent clairement aux humains qu'ils ne sont que tolérés sur le territoire des animaux. Telle fut l'attitude de la cour d'appel de Pau jugeant le chasseur qui tua une ourse alors qu'il l'avait rencontrée plusieurs fois dans la journée sans renoncer à sa chasse [71]. Alors que le tribunal correctionnel avait retenu en sa faveur l'état de nécessité, ce qui dans le face à face entre l'homme et l'ours est compréhensible, la cour d'appel retient « la responsabilité civile du chasseur, en raison de *son comportement fautif, antérieurement au tir*... [NDA, ne pas avoir quitté le lieu alors qu'il avait vu l'ourse à plusieurs reprises], comportement fautif aggravé car le chasseur pyrénéen était expérimenté ». Il faut, certes, attendre l'arrêt de la Cour de cassation, mais le message envoyé est clair : en face d'une espèce protégée, dangereuse mais légitime sur le territoire qui lui est octroyé, l'homme doit partir s'il en a la possibilité et ce n'est que confronté brutalement à la bête qu'il pourra être reconnu en état de nécessité.

Qu'il s'agisse de confrontations ou de compatibilité des intérêts, ces procès nous habituent à penser les non-humains comme adversaires ou partenaires, donc

70 - Cour administrative d'appel de Douai, nº 05DA01507, 30 novembre 2006.
71 - Cour d'appel de Pau, 10 septembre 2009, nº 2009/622, *Revue semestrielle de Droit Animalier*, 2, 2009, p. 112.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

sujets. En appréciant les besoins végétaux ou animaux, on s'habitue également à penser le végétal et l'animal comme des êtres complexes évoluant dans un monde qui leur est propre d'une manière que nous pouvons comprendre. Anthropocentrisme pour les uns, acceptation tranquille de la théorie de l'évolution pour les autres. On en donnera un exemple (parmi d'autres) avec le droit des bêtes au calme.

Le droit des bêtes au calme...

Alors que certaines bêtes ne sont en rien dérangées par le vacarme, d'autres le fuient, entamant des migrations hasardeuses : quitter un riche habitat sous la pression du bruit conduit bien souvent à la mort sur une route ou face à un grillage. Même si un retour au calme est prévu, la migration mortelle aura été irréversible. La Commission, porte-parole des animaux protégés sous le contrôle de la Cour de justice de Luxembourg, essaye de veiller sur leur tranquillité avec des succès divers.

En 1991, la Cour eut ainsi à trancher un conflit entre la Commission des Communautés européennes et l'Allemagne à propos de travaux d'endiguement dans une zone de protection spéciale pour les oiseaux [72]. Ces travaux allaient déranger les bêtes le temps des travaux et diminuer leur territoire d'un côté (pt. 17), mais l'augmenter dans une autre zone. La Cour s'attache à montrer (pt. 25) que « la réalisation des travaux permettra la fermeture de deux chenaux de navigation qui traversent la Leybucht si bien que cette zone connaîtra un *calme absolu*... La digue qui protégeait antérieurement le site de la Hauener Hooge sera ouverte, exposant ainsi à nouveau une zone étendue au mouvement des marées et permettant de la sorte la formation de prés-salés, qui revêtent une valeur écologique considérable ». Certes, il est admis que des nuisances vont résulter des travaux de construction, mais qu'elles « ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour leur réalisation » (pt. 27).

La Cour reviendra sur le *calme* nécessaire aux oiseaux dans une affaire opposant la Commission à la France à propos des conséquences de l'ouverture d'une carrière sur un couple d'aigles de Bonelli [73]. La Commission estimait que l'ouverture des carrières entraînerait la disparition d'une partie de son territoire de chasse et « risquait de perturber sa reproduction en raison des *nuisances visuelles et sonores* liées à l'activité des carrières ». Dès lors, « En ne classant en ZPS aucun territoire du site des Basses Corbières et en omettant d'adopter pour ce site des mesures de conservation spéciale suffisantes quant à leur étendue géographique, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4-1 de la directive oiseaux. » Certes, la Cour n'a pas repris expressément à son compte l'inquiétude sur les nuisances visuelles et sonores dont souffrirait le couple, mais elle approuve la position de la Commission.

72 - Cour de justice des Communautés européennes, 28 février 1991, aff. C-57/89, Commission contre République Fédérale d'Allemagne.
73 - Cour de justice des Communautés européennes, 7 décembre 2000, Commission contre République française, aff. C-374/98.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Enfin, le 30 janvier 2002, c'est la Grèce qui sera condamnée pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires afin de mieux gérer l'île de Zante où la tortue *Caretta caretta* a l'habitude de venir pondre quand elle vit en Méditerranée : absence de surveillance du site, multiplication des accès à la mer, présence de pédalos et de bateaux, d'un nombre important de parasols et de chaises longues sur différentes plages et de constructions illégales, de vélomoteurs, kiosques et tentes, et d'éclairages perturbant l'animal. La Cour admettra d'abord que la circulation des vélomoteurs est, « notamment en raison des nuisances sonores, de nature à perturber cette espèce durant la ponte, l'incubation et l'éclosion des œufs ainsi que durant le déplacement vers la mer des jeunes tortues [74] » et ensuite que « la présence de constructions sur une plage de reproduction telle que celle de Daphni est de nature à entraîner une détérioration ou une destruction du site de reproduction [75] ».

On peut voir ces arguments comme des données scientifiques, mais le discours invinciblement humanisé en montre, comme en miroir, la nature politique.

La pesée des intérêts

C'est lors de la pesée des intérêts que l'on apprécie le mieux le potentiel révolutionnaire de ces textes. La Commission et les associations parlent au nom des non-humains, les États au nom du développement économique, la Cour au nom du traité qui impose la pesée des intérêts.

L'affaire précitée de l'endiguement d'une zone de protection spéciale en Allemagne effectuait cette pesée en des circonstances difficiles puisque la modification de la digue avait pour but d'assurer plus de facilité aux pêcheurs de la zone mais aussi, éventuellement, de protéger des vies humaines [76]. La Cour rappelle que, dans cette zone, « se trouvent réunies les *conditions de vie* les plus appropriées pour les espèces » protégées ; dans une telle hypothèse, l'État ne peut réduire le territoire des oiseaux que pour préserver un « intérêt général supérieur à celui auquel répond l'objectif écologique visé par la directive, ce que ne constituent pas les exigences économiques et récréatives [77] ». Lutter contre le danger d'inondations pour protéger des vies humaines constitue une *raison suffisamment sérieuse* « pour justifier les travaux d'endiguement et de renforcement des structures côtières tant que ces mesures se limitent au strict minimum et ne comportent que la réduction la plus petite possible de la zone de protection spéciale » (pt. 23). Toutefois, le souci d'améliorer l'accès des bateaux des pêcheurs a joué aussi un rôle dans la modification du tracé de la digue alors que « la prise en compte d'un tel intérêt est en principe incompatible avec les exigences posées par cette disposition » (pt. 24).

74 - Au sens de l'article 12, paragraphe 1, sous b), de la directive, pt. 34 et 36.
75 - Au sens de l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive, pt. 38.
76 - Cour de justice des Communautés européennes, 28 février 1991, aff. C-57/89, Commission contre RFA.
77 - Ce point avait été déjà jugé dans deux affaires jugées le 8 juillet 1987, ayant opposé la Commission à la Belgique et à l'Italie (aff. 247/85 et 262/85).

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Sur ce point, la volonté d'assurer la survie du port de pêche de Greetsiel n'était susceptible d'être prise en compte qu'en raison des « compensations écologiques susmentionnées, et seulement pour cette raison » (pt. 26). La Cour se tire donc habilement de l'intrication des intérêts humains, les uns supérieurs aux intérêts des oiseaux lorsqu'il s'agit d'inondations, les autres inférieurs lorsqu'il s'agit d'intérêts économiques, mais que l'on peut quand même prendre en compte grâce au mécanisme des compensations [78].

L'affaire qui opposa la Commission à l'Espagne à propos des « *impératifs* écologiques des habitats » dans les *Marismas de Santoña* est particulièrement topique de l'affrontement des intérêts [79] : route de désenclavement, projet de zone industrielle, structures d'aquaculture, dépôts de déchets solides, déversement d'eaux non épurées en provenance d'une zone d'habitations, carrières, tout cela impliquait la destruction d'une partie non négligeable des marais. Au gouvernement espagnol qui, reconnaissant la valeur écologique de ce territoire, demandait que lui soit reconnue une « marge d'appréciation » dans la mise en œuvre de la directive Oiseaux, la Cour répondit en plusieurs points :

> *La directive oblige les États membres à maintenir ou rétablir les habitats «* en tant que tels, *en raison de leur valeur écologique », avant même « qu'un risque de disparition d'une espèce protégée se soit concrétisé » (pt. 15).*
> *Elle impose aux États « d'assurer une diversité et une superficie suffisantes d'habitats pour tous les oiseaux visés par la directive », particulièrement les espèces migratrices.*
> *« Le classement de ces zones obéit à certains critères ornithologiques... tels que la présence d'oiseaux... et la qualification d'un habitat comme zone humide », critères objectifs qui échappent à la volonté politique (pt. 26). Ces Marismas sont objectivement des lieux d'hibernation ou d'escale, des endroits où certains oiseaux se nourrissent et se reposent. Or le classement fait par le gouvernement espagnol a omis une superficie de quatre hectares d'autant plus nécessaire que, autour, on assiste à la réduction progressive des espaces disponibles pour la nidification.*

Dès lors le tracé de la route et la construction d'édifices qui en résulte feraient disparaître des zones de refuge, repos et nidification, occasionneraient des perturbations liées aux travaux et altéreraient le flux de la marée, ce qui constitue des manquements aux obligations de l'État espagnol. L'Espagne est donc condamnée

78 - En 2002, la Cour condamne l'Irlande pour avoir laissé les éleveurs de mouton pratiquer le surpâturage dans des landes où vivent des populations de lagopèdes fragilisées par la raréfaction des bruyères, broutées par les moutons alors qu'elles sont nécessaires pour nourrir l'oiseau et lui permettre de faire son nid. D'après une étude, la population aurait diminué de plus de 50 % dans les vingt dernières années. La solution doit être recherchée dans un plan de gestion passant par le rachat des landes dégradées par l'État et la gestion beaucoup plus restrictive du pâturage par les éleveurs, Cour de justice des Communautés européennes, 13 juin 2002, Commission contre Irlande, aff. C-117/00.

79 - Cour de justice des Communautés européennes, 2 août 1993, Commission contre Royaume d'Espagne, aff. C-355/90.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

à prendre les mesures appropriées pour remédier à cet état de fait, ce qui est assez imprécis au regard de ce qui est déjà irréversible, mais n'est condamnée à aucune amende. Arrêt intéressant sur le plan des principes donc, mais s'agit-il d'autre chose que des mots ?

Que faire quand, si souvent, la décision de justice intervient lorsque les travaux ont été réalisés depuis longtemps comme le montre un arrêt récent de la cour administrative d'appel de Bordeaux à propos de l'autorisation de l'extension d'une carrière de calcaire et de l'augmentation de sa production [80] ? Les études avaient montré que la mésange charbonnière, le pipit des arbres, le rouge-gorge, le pouillot véloce, le pinson des arbres, le verdier, le pic-vert, le pic épeiche, la buse variable, ainsi que le crapaud commun, le lézard vert, le lézard des murailles, la couleuvre verte et jaune et la vipère aspic présents sur le site figuraient au catalogue des espèces protégées, le site étant lui-même en zone naturelle d'intérêt faunistique et floristique. Or l'étude d'impact n'avait soufflé mot de tout ce petit peuple, ce qui laissa magnifiquement indifférent le tribunal administratif. La cour administrative d'appel s'y montre attentive, annulant le jugement. Pour autant, « la présente décision n'implique pas qu'il soit enjoint au préfet de la Dordogne d'ordonner à la SARL Carrières de Bontemps la remise en état du site tel qu'il était avant l'autorisation litigieuse ; que la demande présentée en ce sens par l'ACAPEC ne peut qu'être rejetée ». L'arrêté est annulé, apparente victoire [81].

Ce mouvement de personnification substantielle des espèces vivantes et des zones qui les abritent est donc à la fois puissant et limité. Les non-humains ne sont pas encore des sujets de droit acceptés comme tels, mais ils empruntent de plus en plus souvent des traits de caractère réservés aux humains, ce qui était difficilement pensable, et inquiète nombre de philosophes et de juristes [82]. Cela se comprend car le droit moderne fait deux propositions simultanées : donner à

80 - Cour administrative d'appel de Bordeaux, 14 décembre 2009, nº 08BX01333.

81 - Cela souligne l'importance de pouvoir prendre des mesures d'urgence pour arrêter les travaux destructeurs. C'est ainsi que l'Italie avait retiré une autorisation de dragage et entreposage à une entreprise devant agir dans une zone proposée à la protection communautaire mais non encore classée. L'entreprise fit un recours qui lui fut défavorable et le tribunal saisi posa une question préjudicielle à la Cour de justice. Celle-ci reconnut que la protection ne commençait effectivement qu'à la date du classement. Pour autant : « s'agissant des sites susceptibles d'être identifiés comme sites d'importance communautaire, mentionnés sur les listes nationales transmises à la Commission, parmi lesquels peuvent figurer notamment des sites abritant des types d'habitats naturels prioritaires ou des espèces prioritaires, les États membres sont, en vertu de la directive, tenus de prendre des mesures de protection aptes à sauvegarder ledit intérêt écologique ». Autrement dit, c'est à l'État membre de trouver la solution de droit interne apte à protéger cet intérêt, Cour de justice des Communautés européennes, 13 janvier 2005, aff. 117/03, pt. 29 ; voir les propositions d'Isabelle VEILLARD, « Prévenir les nouveaux risques », thèse Paris 1, septembre 2010.

82 - Pour n'en citer que deux, Catherine LARRÈRE et Raphaël LARRÈRE, *Du bon usage de la nature. Pour une philosophie de l'environnement*, Paris, Flammarion, [1997] 2009 et François OST, *La nature hors-la-loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

tous les humains la qualité de sujets de droit, conquête précieuse dont il convient de ne rien perdre ; réserver cette qualité aux seules personnes humaines, les entreprises et les associations étant bizarrement assimilées à des personnes humaines. La personne humaine ne pourrait être assurée de sa dignité que si elle est seule sujet de droit [83]. Or la vision technique du sujet de droit ne dit rien du sujet, hormis sa capacité à ester en justice. Ce n'est qu'à un niveau logique second que l'on attache à ce support des attributs propres à chaque type de sujet. La personne morale n'a, à ce titre, pas les mêmes attributs que la personne physique. Si le régime juridique distinct des personnes physiques et morales est une simple construction juridique comme on le pense le plus souvent aujourd'hui, une institution résultant d'actes de volonté du souverain et non pas le résultat d'une nature humaine, alors on peut reconnaître aux non-humains la qualité de sujets de droit, même si leurs droits peuvent être profondément différents des nôtres. Pour construire ces droits, l'intervention du législateur est essentielle, mais le procès ne l'est pas moins, qui permet de parler au nom des non-humains. Après la personnification substantielle, c'est alors de personnification procédurale qu'il s'agit.

La personnification procédurale de la nature et de ses éléments

On a vu à l'œuvre les engrenages de pensée auxquels conduit le constat de l'effondrement des espèces. Qui veut le limiter pensera protection des espèces, détermination de leurs besoins, connaissance de leurs modes d'existence, donc protection de leurs habitats puis établissement de corridors pour leurs déplacements ; mais aussi maintien d'une certaine qualité de l'eau, de l'air, etc., bref, la protection de l'environnement. Qu'en est-il sur la scène juridique ? Tous ces « êtres-choses » que l'on a vu, dans une telle proximité avec nous, désirer, migrer, souffrir, mourir, se reposer, se nourrir, avoir besoin de calme, s'appeler, lancer l'alerte, se pavaner, se reproduire, vivre leur vie solitaire ou sociale, sont-ils des sujets au sens du droit ? La réponse est pour le moment presque exclusivement négative. Pourtant, les idées évoluent lentement et la doctrine y est moins universellement opposée qu'autrefois. De plus en plus de nombreux textes dont la base est scientifique conduisent le juge, dans ce monde très particulier qu'est le droit [84], à faire « comme si » il avait des sujets en face de lui ; à côté des multiples occurrences dont on a déjà été témoins, les progrès du préjudice écologique dit pur renouvellent la question. Enfin, l'Équateur a fait de la nature un sujet de droit reconnu par la Constitution.

83 - On peut lire à cet égard le livre de Pierre LECOMTE DU NOÜY, *La dignité humaine*, Paris, Éd. du Champ-de-Mars, 1947. Ce concept est le rempart qu'il choisit pour mener sa reconquête passionnée de l'isolement humain mis en péril par la théorie de l'évolution au profit de ce qu'il appelle le téléfinalisme. On trouvera des proximités avec les mouvements actuels du dessein intelligent.

84 - Marie-Angèle HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête, anthropologie, histoire, sociologie*, 7, 1999, p. 17-37.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

L'évolution des idées

Mais quel est donc l'intérêt de cette personnification procédurale qui divise les esprits ? Elle ne donne pourtant qu'un accès à la justice, ce qui est en général reconnu comme un progrès. Mais elle transforme la nature de cet accès. Alors que, défendant des objets de droit, les autorités publiques et les associations défendent leur vision d'un intérêt collectif humain à la conservation de ces objets vivants, défendre les non-humains représentés par un avocat comme tout incapable permet de parler en leur nom, donc de faire apparaître toutes les beautés de leur existence. L'hypothèse est qu'il est plus facile de trouver la mesure des partages entre nous et eux en les considérant comme sujets de leur propre monde, pour parler comme J. von Uexküll, que de la découvrir dans les rapports entre humains à propos de ces objets. L'affrontement, écrit et oral, devant le juge est sans doute plus important dans un premier temps que le contenu des droits car c'est de la qualité de sujet que découlent les droits, et c'est de la confrontation entre des sujets que peut naître la mesure, plus que de la confrontation entre les personnes à propos des choses. En fait, alors que les juristes réduisent la *summa divisio* du droit romain aux personnes et aux choses, ils devraient ne pas oublier le troisième terme, les actions en justice qui, par la richesse des ouvertures et des cas, permettent aux juges au prix de tâtonnements multiples de trouver les arrangements les plus adaptés au temps et au lieu.

En France, où seuls les animaux font l'objet de tels débats [85], un certain nombre d'auteurs opposés à la subjectivisation ont commencé à répondre de manière technique aux arguments qui leur étaient opposés en repartant de l'affirmation de R. Demogue, lorsqu'il avait rappelé le caractère purement technique du sujet de droit, terme synonyme de personne juridique, les deux renvoyant à la personnalité juridique [86]. S'il apparaît que tous les juristes reconnaissent ce caractère technique, ils semblent le plus souvent ne pas en tirer de conséquences, tant ils ont assimilé personne juridique et personne physique, au prix d'ailleurs des excès d'humanisation de la personne morale dénoncée par certains auteurs [87].

Le recul, voire le mépris à l'idée que des non-humains puissent être sujets de droit, reposent sur une série de raisons qui peuvent, toutes, être critiquées [88] :

Première raison : Comme on doit pouvoir continuer à acheter et vendre des terrains comprenant des zones protégées, des animaux et des végétaux, tous ces éléments de la nature ne sauraient être sujets de droit, dont la caractéristique première serait d'être inaliénables à l'instar des personnes humaines. J.-P. Marguénaud répond à juste titre que l'on vend et on achète des personnes morales.

85 - Comme le montre la création de la revue semestrielle de droit animalier en 2009, qui témoigne de la constitution d'un milieu intellectuel autour de la question de l'animal ; cette limitation de la question à l'animal peut être soutenue avec passion : Florence BURGAT, *Liberté et inquiétude de la vie animale*, Paris, Éd. Kimé, 2005, p. 157 *sq.*

86 - *Ibid.*

87 - Voir note 89.

88 - Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Recueil Dalloz*, 1998, chron. 205, p. 205.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Deuxième raison : Un sujet doit être support de droits mais aussi d'obligations. Il est facile de répondre que les jeunes enfants sont des sujets de droit qui n'ont aucune obligation positive mais sur lesquels pèse, *via* le droit de la responsabilité, une obligation générale de ne pas nuire, leurs tuteurs répondant de leurs actes dommageables [89]. Effectivement, la responsabilité du fait des dommages causés par les animaux est couverte par son propriétaire ou celui qui se sert de l'animal.

Si l'animal sauvage, protégé en tant qu'espèce menacée, cause un dommage, l'État doit prendre des mesures de gestion des populations pour en limiter la portée, ce qui équivaut à la mise à mort pour les individus, et il doit réparer les dommages causés [90].

On peut donner l'exemple des prédations de certains oiseaux protégés, qui prélèvent leur nourriture dans les étangs gérés à des fins économiques. Pour équilibrer les rapports entre humains et oiseaux, l'arrêté du 16 décembre 2009 fixe les dérogations à l'interdiction de destruction du grand cormoran dans le but de prévenir les « dommages importants aux piscicultures en étang ou la dégradation de la conservation des habitats naturels que ces dernières peuvent contribuer à entretenir » et « les risques présentés par la prédation du grand cormoran pour des populations de poissons menacées » [91]. L'arrêté autorise le tir de 41 812 individus, avec toute une gradation régionale : aucun tir autorisé en Corse, 4 572 dans l'Ain. Le grand cormoran, en tant qu'*espèce*, jouit donc d'un droit absolu à l'existence, qui entraîne des droits pour les individus : ceux-ci n'ont plus qu'un droit limité à la vie, mais ils peuvent prélever leur nourriture dans les étangs tant qu'ils ne portent pas trop gravement atteinte aux intérêts humains.

La responsabilité de l'État qui a fait le choix de protéger ces choses vivantes a été établie par le Conseil d'État le 30 juillet 2003 à propos, précisément, des grands cormorans lorsque leurs prélèvements entraînent pour les activités piscicoles des dommages excédant « les aléas inhérents à l'activité en cause [92] ». Mais

89 - *Ibid.*

90 - En revanche, cela n'est pas vrai des végétaux protégés, mais à ce jour on ne voit pas de dommages qui puissent leur être liés ; on peut se demander ce qu'il en est des zones protégées au détriment des activités économiques. On ne peut parler à proprement parler de la responsabilité de ces zones pour préjudice économique à ceux qui les habitent. Il existe toutefois, en faveur des agriculteurs, des mécanismes d'aides aux productions agricoles durables ou aux contrats d'entretien de la zone qui peuvent passer pour des mécanismes compensatoires. Ce serait une forme embryonnaire de responsabilité de la zone pour compenser le dommage économique créé par les modes de gestion qui lui sont propres. L'État est alors le tuteur de la zone qu'il a affectée à la protection de la biodiversité. On signalera pour la petite histoire qu'aux États-Unis, un pitbull ayant attaqué une voiture de police dont il détruisit les pare-chocs, fut condamné à de la prison et libéré au bout de quelques semaines pour bonne conduite.

91 - Ce sont les préfets qui les accordent et les tirs sont rigoureusement encadrés (période, horaires, personnes et armes autorisées, possibilités exceptionnelles de destruction de nids et d'œufs). Pour l'année 2009-2010, *Journal Officiel*, nº 0301, 29 décembre 2009, p. 22563.

92 - *Revue juridique de l'environnement*, 2004-2, p. 189, obs. Stéphanie Juan, et *Revue de droit rural*, 3, 2004, p. 73 note Benoît Grimonprez. On peut mettre cette solution en

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

à quel titre l'État en assure-t-il la responsabilité ? Pas au titre de la responsabilité classique du propriétaire puisque les espèces protégées ne sont pas appropriables, mais au titre de gestionnaire du patrimoine biologique de la nation qui comprend cet ensemble de choses non appropriables [93]. Mais cette gestion n'est guère assimilable à la gestion de biens matériels tant il faut tenir compte du caractère vivant des choses qui figurent dans le patrimoine, comme leur droit à un « prélèvement raisonnable » de leur nourriture ; cela tiendrait alors d'un mécanisme de tutelle. Il en va de même pour les animaux non protégés mais chassés, également non appropriés, sauf au moment où ils sont mis à mort. Le Code de l'environnement organise un système subtil d'indemnisation des dommages causés par le gros gibier lorsqu'il provient de fonds sur lesquels un plan de chasse a été exécuté. C'est alors la fédération départementale des chasseurs qui est le grand ordonnateur de la prévention et de l'indemnisation. Celui qui chasse une espèce déterminée agit comme un tuteur chargé d'indemniser les dommages causés par son pupille ; ainsi, le chasseur de mouflon ne paye pas pour le chasseur de sanglier.

Troisième raison : La personne juridique serait inéluctablement une institution à figure exclusivement humaine, conçue sur le modèle de la personne physique, la personne morale étant en fait un ensemble de personnes physiques [94]. Sur le plan technique, la personne morale a pourtant été créée précisément pour établir une distance entre l'une et les autres. Il s'agissait d'éviter que les patrimoines soient confondus et de donner à la personne morale une gouvernance propre, c'est-à-dire un mode d'expression de la volonté différent des personnes physiques qui la composent.

À cette première référence à l'humanité intrinsèque du sujet de droit, position essentialiste, un auteur comme Sonia Desmoulin ajoute que le glissement des

regard de la responsabilité des sociétés de chasse. Il s'agit alors d'animaux, sauvages mais non protégés, venant de territoires gérés par des fédérations départementales de chasse qui assurent la responsabilité des dommages causés aux agriculteurs voisins lorsqu'il s'agit d'animaux « soumis à plans de chasse ». Dans ce cas, le juge estime, assez curieusement, que l'agriculteur doit supporter un certain « prélèvement » des animaux sauvages sur ses récoltes et n'indemnisera que la partie du dommage qu'il estime excessive (Cour de cassation, 2e chambre civile, 25 juin 1975, nº 73-11826). C'est une sorte de « franchise » fixée par décret en deçà de laquelle l'agriculteur n'est pas indemnisé, et qui institue une curieuse liberté de prélèvement du sauvage sur le domestique. À propos de la loi Voynet du 26 juillet 2000, on peut consulter Laurent CARNIS et François FACCHINI, « Une approche économique des dégâts de gibier. Indemnisation, prix et propriété », *in* Colloque de la Société française d'économie rurale, « Chasse, territoires et développement durable. Outils d'analyse, enjeux et perspectives », mars 2008 : http://www.sfer.asso.fr/media/files/colloque_chasse_territoires_et_developpement_durable_outils_d_analyse_enjeux_et_perspectives.

93 - Le mot patrimoine utilisé dans le cadre du droit de l'environnement a un sens différent de celui du mot patrimoine utilisé dans les autres branches du droit. En droit commun, la catégorie renvoie soit à une entité abstraite contenant (ou non) des biens matériels appropriés ; on parle aussi de droits patrimoniaux. En droit de l'environnement, la catégorie renvoie au contraire à la valeur patrimoniale, immatérielle, attribuée à des entités non appropriées.

94 - S. DESMOULIN, *L'animal entre science et droit*, *op. cit.*, t. II, p. 566.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

non-humains dans la catégorie des sujets entraînerait une soumission malencontreuse du droit à certaines données scientifiques et introduirait une incohérence redoutable dans le système juridique. On n'est plus là dans une critique technique, mais plutôt épistémologique tenant à la science du droit. L'auteur repart à juste titre de la pluralité des fonctions du droit, parmi lesquelles elle donne une importance particulière aux fonctions pédagogique et symbolique. Elles auraient toutes une finalité commune, celle « de rendre la société des hommes plus conforme aux exigences humaines, maintien de la paix sociale, etc. [95] ». Pour dénier l'intérêt de la conception purement technique de la personnalité juridique, elle critique le recours à des présupposés extérieurs au droit, philosophiques et scientifiques, qui « réduiraient le droit à l'état d'instrument sous la dépendance d'autres sphères de connaissances. Oublieux de la dimension anthropologique du système juridique dans nos sociétés occidentales, négligeant l'autonomie de la logique et sa raison d'être, ils demandent l'élaboration de nouvelles normes au législateur comme on demanderait à un directeur d'usine de changer sa production parce qu'elle ne correspond plus aux besoins du marché [96] ».

Si effectivement le droit doit rendre la société conforme aux exigences humaines, celles-ci, heureusement, ne sont pas fixes. La question du rapport à la nature peut être considérée précisément comme une exigence humaine en plein renouvellement, la personnalité juridique pouvant être considérée comme une marque de la nécessité d'instituer une rupture avec les anciennes manières de voir. On peut encore partager l'idée que la subjectivisation juridique de la nature a des liens avec des présupposés extérieurs, mais c'est vrai de l'ensemble du droit qui, heureusement encore, n'est pas isolé des autres productions intellectuelles des sociétés. À ce titre, ni les présupposés scientifiques ni les présupposés philosophiques ne doivent être rejetés. Les sociétés contemporaines ont fait le choix de vivre dans ce que j'ai appelé une société des sciences et des techniques, le dialogue des sciences et du droit étant une manifestation de ce choix [97]. Oui, le droit doit conserver sa propre logique quand il se frotte aux autres modes de connaissance, mais il l'a toujours fait, reprenant en permanence ses distances en faisant entrer les autres mondes dans le monde étrange de ses propres catégories [98]. Faire passer les éléments de la nature dans la catégorie des personnes ne change pas la structure des catégories, il y aura de manière immémoriale des sujets et des objets de droit, et le fait qu'ils soient peuplés d'humains et de non-humains ne change rien au premier niveau logique, mais seulement au second, plus mobile. Ce qui bouleverse davantage le droit, c'est l'introduction (rare) d'une nouvelle catégorie, pas la transformation du contenu des catégories qui, elle, transforme la société : l'atteinte à l'anthropologie occidentale du rapport à la nature est précisément le but recherché.

95 - *Ibid.*, t. II, p. 618 *sq.*
96 - *Ibid.*, t. II p. 567.
97 - Marie-Angèle HERMITTE, « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », *in* C. BURTON-JEANGROS, C. GROSSE et V. NOVEMBER (dir.), *Face au risque*, Chêne-Bourg, Georg, 2007 p. 29-71.
98 - M.-A. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », art. cit.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Il serait bien plus perturbant pour la cohérence du droit d'introduire une catégorie *sui generis*, tierce, entre les personnes et les choses, que d'ajouter dans la catégorie des personnes de nouvelles entités [99]. Il s'agit bien de forger une nouvelle anthropologie de la cohabitation où le droit a un rôle à jouer aux côtés de la politique, des sciences, et des philosophies.

Inutile de dire que le projet de personnification procédurale des éléments de la nature met en son centre la fonction pédagogique et la fonction symbolique du droit : il s'agit bien d'apprendre la cohabitation avec les non-humains, et quel symbole plus fort que de faire entrer les peuples des choses vivantes au Parlement, selon l'image de Bruno Latour, et dans les enceintes judiciaires.

Le nouveau partage du monde entre des sujets de nature diverse n'a rien d'une confusion et n'implique évidemment pas l'égalité en droit. Lorsque l'on étudie les arguments contre la subjectivisation, on constate que les auteurs les plus opposés ne rechignent pas tant aux mécanismes de protection dont ils reconnaissent souvent la nécessité, qu'au fait de ne plus être les seuls sujets juridiques, comme si le droit était le dernier rempart du magnifique isolement humain que les monothéismes, puis la philosophie des Lumières avaient magnifié. J.-P. Marguénaud, parlant de la plupart de ses collègues juristes, s'exclame : « c'est plus fort qu'eux, dès qu'ils entendent parler de personnalité juridique des animaux, ils oublient la technique juridique pour réagir encore et toujours en termes d'humiliation anthropomorphique [100] ». Il est probable qu'au fur et à mesure que le darwinisme sera moralement absorbé, cette humiliation s'atténuera pour se transformer en plaisir du cousinage. Il sera sans doute impossible, en revanche, de venir à bout de ceux qui ne veulent pas de la personnalité juridique des non-humains au nom de l'absolue liberté humaine de soumettre le reste du monde à ses désirs. C'est là que sont les positions irréconciliables entre les partisans du partage et les partisans de la satisfaction illimitée des désirs [101].

99 - Impossible d'entrer ici dans les débats sur la fonction anthropologique du droit, souvent perçue comme le maintien de grandes structures intangibles. C'est une interprétation possible qui peut apparaître comme une nouvelle forme de jusnaturalisme. Pour ma part, je l'entends au contraire comme la participation du droit à la construction des évolutions de l'anthropologie.

100 - Conférence donnée à l'INRA, sous presse. Ce point a été travaillé par Élisabeth de FONTENAY, *Le silence des bêtes. La philosophie à l'épreuve de l'animalité*, Paris, Fayard, 1998, et plus particulièrement par Philippe BRENOT, « La honte des origines », *in* B. CYRULNIK (dir.), *Si les lions pouvaient parler. Essais sur la condition animale*, Paris, Galllimard, 1998, p. 127. Il est intéressant de constater qu'on retrouve mention de cette humiliation dans les arguments avancés pour légaliser les manipulations génétiques sur les êtres humains, de telle sorte que les humains puissent retrouver un niveau équivalent à leurs machines qui les ont depuis longtemps dépassées, voir Jean-Marie BESNIER, *Demain les post-humains. Le futur a-t-il encore besoin de nous ?*, Paris, Hachette Littératures, 2009.

101 - Comme le montre la réaction immédiate de Dominique LECOURT au livre de Dominique BOURG et Alain PAPAUX (dir.), *Vers une société sobre et désirable*, Paris, PUF, 2010, dans *Le Monde Magazine*, 27 mars 2010 : « Que nous propose mon bon Dominique Bourg, philosophe qui officie pour la Fondation Hulot ? Une société sobre, frugale. C'est ça que nous voulons pour nos enfants ? Très peu pour moi. J'ai appris auprès de Nietzsche le culte de l'ivresse ! [...] Si l'humanité ne s'était pas toujours dit qu'elle était capable

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

Une critique plus rare, me paraît être la plus sérieuse de toutes. Elle consiste à s'opposer à la multiplication infinie de sujets techniques en raison de la différenciation du contenu des droits que cela implique puisque l'on ne donnera pas les mêmes droits à un champ de coquelicots qu'à une troupe de gorilles. Cela ne pose pas de difficultés insurmontables pour les non-humains. En revanche, il existe bien une tentation portée par le mouvement trans- ou post-humaniste, de redifférencier l'espèce humaine, en anciens et nouveaux humains, supérieurs évidemment. En revendiquant le droit à l'usage de toutes sortes de matériels biologiques pour élaborer librement toutes sortes de formes de reproduction [102], certains d'entre eux revendiquent clairement la création de populations post-humaines, supérieures. Pourraient-elles revendiquer des droits « augmentés », comme est augmentée leur personne ? Si le propos est futuriste, il est formulé clairement. C'est de loin la perspective sombre la plus probable et l'on ne voit guère comment l'éviter, que l'on accorde ou non des droits à la nature [103].

On le voit, les critiques techniques sont surmontables ; seul le conflit idéologique est appelé à durer. Pourtant, l'ensemble de la doctrine reconnaît la difficulté à penser ces choses vivantes dans le droit des biens et cherche des solutions [104]. Celles qui se veulent les plus raisonnables sont en faveur d'un remodelage du droit des biens [105]. Sa structure purement abstraite, commune à tous les types de biens, a cessé de convaincre : à la suite de Jean Carbonnier, nombreux sont ceux qui ne veulent plus se limiter à l'étude du droit de propriété et de ses démembrements, de la possession, du dépôt, etc. Grégoire Loiseau veut ainsi révéler le « droit des choses », ce « droit des biens spéciaux » qui s'intéresse aux différents régimes juridiques des biens en fonction de la nature de chacun d'entre eux [106]. Il s'agit alors

de maîtriser un avenir qu'elle construirait elle-même en fonction d'un type d'homme qu'elle aimerait faire devenir, nous ne serions pas là. » Sans s'attarder sur le mépris – qui participe peut-être de l'ivresse –, on dira simplement que l'on peut souhaiter éduquer un type d'homme qui connaisse l'ivresse de la culture et plus de mesure dans la consommation de produits périssables !

102 - Philippe Descamps déploie une philosophie du droit d'utiliser les gamètes et les machines pour libérer la procréation des contraintes de la nature, non seulement en raison des pathologies, mais des limites liées à la reproduction sexuée : Philippe DESCAMPS, *Un crime contre l'espèce humaine ? Enfants clonés, enfants damnés*, Paris, Les Empêcheurs de penser en rond, 2004 ; *Id.*, *L'utérus, la technique et l'amour. L'enfant de l'ectogenèse*, Paris, PUF, 2008. C'est un préalable pour la manipulation de l'espèce.

103 - Klaus-Gerd GIESEN, « Politiques de l'espèce et bioéthique. De la crise du sujet à sa normalisation », *in* K. BENYEKHLEF et P. TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Paris, Thémis, 2009, p. 243-263 ; *Id.*, « Transhumanisme et génétique humaine », *L'observatoire de la génétique*, 16, 2004 (site indisponible à ce jour).

104 - Il reste néanmoins un nombre non négligeable d'auteurs pour lesquels rien n'est à changer car les éléments de la nature ne figurent pas dans leurs travaux de droit des biens. Ils sont renvoyés au droit de l'environnement et à ses qualifications patrimoniales, comme si les deux branches du droit étaient étanches.

105 - Marie-Josée DEL REY-BOUCHENTOUF, « Les biens naturels, un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux », *Recueil Dalloz*, 23, 2004, p. 1615.

106 - Grégoire LOISEAU, « Pour un droit des choses », *Recueil Dalloz*, 2006, chron., p. 3015 ; Rémy LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *in* J.-L. HALPÉRIN *et al.*, *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 297-

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

de penser des biens dont le régime juridique tiendrait compte du caractère vivant, de la sensibilité, etc. Ce travail de remodelage du droit des biens a été commencé à propos des animaux par Suzanne Antoine en 2005 et continué par l'association Henri Capitant en 2008 [107]. Cette dernière propose de modifier l'article 521 du Code civil en précisant que ce n'est que « sous réserve des lois qui les protègent » que les animaux sont « soumis au régime des choses corporelles ». Le droit commun des biens ne s'appliquerait plus, alors, que par défaut, la spécificité des choses vivantes étant mise en avant, inversant le régime actuel du principe et de l'exception. De même, l'article 517 introduit la notion de « biens particuliers » relevant de droits spéciaux, ce qui ouvre une catégorie très générale. Ces propositions sont d'autant plus intéressantes qu'elles ne viennent pas des tenants du droit des animaux, mais du cœur de la doctrine civiliste. Elles auraient l'inconvénient de ne pas s'intéresser à la subjectivisation, ce qui la repousserait sans doute pour longtemps, mais ouvrirait la porte à une infinité de droits spéciaux, créant autant de biens particuliers [108].

Enfin chez les juristes, Caroline Daigueperse, Jean-Pierre Marguénaud, Suzanne Antoine, A. Brunois, sous des formulations diverses, voient dans l'animal, mais lui seul, un sujet de droit. Cet effort doit porter, me semble-t-il, non seulement sur l'animal mais sur la diversité biologique en tant que telle et dans tous ses éléments protégés [109]. Le droit positif n'en est pas là expressément, avec toute la cohérence qu'apportent les mécanismes juridiques lorsqu'ils ont atteint un degré

341, et *Id.*, « Perspectives sur la situation juridique de l'animal », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 239-243 ; S. DESMOULIN, *L'animal entre science et droit*, *op. cit.*, t. II, p. 662 *sq.*

107 - Suzanne ANTOINE, *Rapport sur le régime juridique de l'animal* : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000297/0000.pdf, et Association Henri Capitant : http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf. Sur cette proposition, voir l'analyse de Suzanne ANTOINE, « Le projet de réforme du droit des biens. Vers un nouveau régime juridique de l'animal ? », *Revue semestrielle de Droit Animalier*, 1, 2009, p. 11-20, ici p. 15.

108 - Bien d'autres auteurs avaient fait des propositions intéressantes mais moins praticables, car elles essayaient de se situer en dehors du choix des personnes-choses, ce qui est beaucoup plus déstabilisant pour la structure du système juridique. On peut citer Gérard FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts (prolégomènes pour une recherche) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2, 2002, p. 221-245 ; on parle parfois en doctrine de centre d'intérêts à propos de la famille, qui n'est pas un sujet de droit, mais dont le juge peut prendre en compte l'intérêt... ; Sylvie PASQUET, « Étude comparée des statuts juridiques de l'embryon et de l'animal », Mémoire DEA, Paris1/EHESS, 2001, qui parle de « corps sensible » comme tierce catégorie, tentative plus littéraire que juridique, valable pour les animaux, ne dit rien des autres éléments de la nature ; une zone de diversité biologique qui doit pouvoir plaider pour son maintien en l'état n'est pas un « corps sensible » ! On peut encore signaler l'idée de « personnalité modeste » de Marie-Christine PIATTI, « Droit, éthique et condition animale. Réflexion sur la nature des choses », *Les Petites Affiches*, 60, 19 mai 1995, p. 4-9.

109 - C'est l'affaire de la marée noire du *Zoe Colocotroni* qui a attiré l'attention sur cette difficulté, voir le débat entre Martine RÉMOND-GOUILLOUD et Marie-Angèle HERMITTE, *in* B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, *op. cit.*, p. 207 à 284.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

élevé de maturité. Mais toutes les évolutions que l'on a repérées ont déjà déstabilisé la cohérence du système juridique, comme le montrent les difficultés de la doctrine et des juges à exprimer les particularités du préjudice écologique pur.

L'affaire de l'*Erika* et la détermination des sujets du droit à réparation du « préjudice écologique pur »

On était parti de loin, par exemple de cet arrêt du Conseil d'État dit « commune de St Quentin » qui, en date du 12 juillet 1969, énonçait de manière radicale que la perte de richesse biologique polluée ne pouvait ouvrir droit à réparation [110]. Dans la décennie 1980, la réparation des atteintes à l'environnement a commencé à se frayer un chemin. Si l'on arrivait à des résultats lorsque ces éléments impliquaient des intérêts économiques humains comme ceux d'une société de pêche, l'échec était assuré lorsqu'il s'agissait du « préjudice écologique pur », c'est-à-dire de l'atteinte à des éléments non appropriés, tels les oiseaux mazoutés, ou à des processus comme le fonctionnement d'un écosystème. En effet, pour que le droit de la responsabilité puisse remplir son office, il faut que la chose endommagée puisse se voir conférer une valeur. La tradition juridique utilise à cet effet le droit de propriété ou l'atteinte à un intérêt matériel ou moral. Mais il faut, dans chacun de ces cas, un sujet de droit capable d'ester en justice pour faire valoir qu'il a subi personnellement le dommage et d'en recevoir l'indemnisation dans son patrimoine.

Or, ces éléments faisaient défaut. Les algues et les oiseaux sauvages étaient en droit civil classique des *res nullius*, sans valeur propre et sans valeur donnée par un propriétaire, et les écosystèmes n'existaient pas juridiquement en tant que tels, quand bien même ils étaient situés sur des terres appropriées. Les uns comme les autres n'étaient donc reliés à aucun sujet de droit pouvant faire état d'une valeur, demander et recevoir la réparation. Le droit de l'environnement a progressivement modifié ce panorama, en jouant tant sur les choses que sur les personnes.

Du côté des choses, deux évolutions. La première est efficace, c'est la désignation d'espèces et de zones protégées qui, du fait de l'affectation à un intérêt général, leur donne une valeur, certes imprécise. Cette affectation implique une approche gestionnaire clairement affirmée dans une affaire qui opposa les Pays-Bas à la Commission européenne à propos de la directive Oiseaux : « ... l'exactitude de la transposition revêt une importance particulière dans un cas comme celui de l'espèce où la gestion du patrimoine commun est confiée, pour leur territoire, aux États membres respectifs [111] ». Cette protection ne concerne malheureusement qu'une

110 - Geneviève VINEY, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français », *La Semaine Juridique*, 1966, p. 3900 ; Gilles MARTIN, « Réflexion sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique pur », *in* J.-Y. CHÉROT *et al.* (dir.), *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 115.

111 - Cour de justice des Communautés européennes, 13 octobre 1987, Commission contre Pays-Bas, non-respect conservation oiseaux sauvages, aff. 236/85, pt. 5.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

infime partie de la diversité biologique. La seconde évolution est d'une efficacité plus douteuse. C'est l'affirmation selon laquelle les espaces, ressources et milieux naturels, sites et paysages, qualité de l'air, espèces animales et végétales, diversité et équilibres biologiques « font partie du patrimoine commun de la nation » (art. L. 110-1 du Code de l'environnement, on trouve la même formule en droit européen, qui renvoie au patrimoine commun des peuples européens). La liste des éléments du patrimoine est intéressante car elle concerne cette fois l'ensemble de l'environnement, banal comme remarquable. En revanche, les concepts de patrimoine et de nation sont peu efficaces techniquement, étant de nature symbolique. En effet, le concept civiliste de patrimoine pourrait être intéressant car il renvoie à l'idée d'un contenant dont chaque *personne* est dotée à sa naissance et qui est composé d'éléments d'actif et de passif. Mais ni la nation ni les peuples ne sont des personnes juridiques, au contraire de l'État, et n'ont de patrimoine au sens civiliste du terme. La formule parvient donc seulement à signifier qu'il y a là des choses que nous avons reçues des générations antérieures et que nous transmettrons, en bon ou mauvais état, aux générations futures et dont des autorités publiques assurent la gestion.

C'est du côté des personnes que les progrès les plus importants ont été faits. Il n'est pas utile d'entrer ici dans le détail des réformes successives, mais simplement de comprendre que les textes ont doté les associations et les collectivités territoriales d'un droit de plus en plus large d'ester en justice pour faire reconnaître en leur nom les dommages causés à l'environnement, ce qui implique que les dédommagements puissent être versés dans leur patrimoine [112]. Dans le cas des associations, la loi parle de « préjudice direct ou indirect aux *intérêts collectifs* qu'elles ont pour objet de défendre » ; dans le cas des collectivités territoriales, la loi parle de « préjudice direct ou indirect au *territoire* sur lequel elles exercent leur compétence ».

Ces deux ouvertures vers une meilleure « processualité [113] » des rapports hommes-nature ont déjà produit des effets positifs, mais la conjonction entre des sujets *humains* demandant *en leur nom* réparation de préjudices subis par la *nature* introduit des incohérences comme on va le voir avec cette première grande application de la notion de préjudice écologique pur qu'est l'affaire de l'*Erika*.

Le « préjudice écologique pur » sera finalement imposé par la directive européenne sur la « responsabilité environnementale », transposée et codifiée aux

112 - Les associations agréées peuvent agir tant contre des décisions administratives (art. 142-1 du Code de l'environnement) qu'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un « préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre » (art. 142-2 du Code de l'environnement) et il en va de même pour les collectivités territoriales en vertu de l'art. 142-3 du Code de l'environnement.

113 - Il est ennuyeux d'introduire de nouveaux mots, mais l'idée proposée ici n'est pas stabilisée. Elle renvoie aux mécanismes qui facilitent la tenue de procès. Jean Carbonnier avait proposé l'idée de justiciabilité avec un sens légèrement différent et Laurent CADIET, celui de processualisation : « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 26-41.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

articles L. 160-1 et suivants [114]. Son champ d'application concerne les espèces protégées, leurs habitats, sites de reproduction et aires de repos, ce qui est très limité, mais s'étend aux « services écologiques, c'est-à-dire les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats », ce qui peut être interprété de manière extensive.

La cour d'appel de Paris en fait une première application à l'occasion de l'affaire de l'*Erika*, ce navire qui s'est cassé en deux le 12 décembre 1999 en pleine tempête et grandes marées, déversant sur 400 km de côtes un fuel particulièrement toxique causant, dit la Cour, « une catastrophe écologique comme la France n'en avait jamais connue » ; « d'importants espaces, ressources et milieux naturels en ont été gravement affectés » (p. 426). Elle reconnaît à cette occasion quatre chefs de préjudice. Les trois premiers concernent directement les humains : un préjudice matériel lié aux activités de dépollution ; un préjudice économique, résultant des pertes de revenus et gains manqués du fait de la pollution ; un préjudice moral lié aux troubles de jouissance, atteinte à la réputation, à l'image de marque et « aux valeurs fondant l'identité de la victime » [115]. Tout ceci relève de mécanismes bien maîtrisés. « Sera, *par ailleurs*, indemnisé [...] le préjudice écologique résultant d'une atteinte aux *actifs environnementaux non marchands*, réparable par équivalent monétaire. Ce préjudice *objectif*, *autonome*, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est *sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime*. »

Chaque mot de cette phrase est important et illustre le bouleversement intellectuel lié à la réparation d'un tel préjudice. Un actif étant en principe marchand, la cour d'appel entérine la notion d'actif non marchand, vieille demande des économistes de l'environnement. Consacrant la thèse de Laurent Neyret, le préjudice est dit objectif alors qu'un préjudice juridiquement réparable est en principe personnel, donc subjectif, comme le démontre l'article 2 du Code de procédure pénale selon lequel « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont *personnellement souffert* du dommage directement causé par l'infraction [116] ». Mais il faut prendre en considération le fait que 21 alinéas lui ont été ajoutés pour prendre en compte toute une série d'actions civiles par lesquelles les associations sont autorisées à faire valoir des intérêts collectifs, ce qui finit par faire douter de la pertinence du caractère personnel du préjudice et amener une refonte de l'article 2.

114 - Gilles MARTIN (dir.), *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Paris, Economica, 1992. De rares décisions avaient évoqué le « préjudice subi par la flore et les invertébrés du milieu aquatique » et le « préjudice subi par le milieu aquatique », voir par exemple, Bordeaux 13 janvier 2006, cité par Laurent NEYRET, *in* Cour de cassation, *La réparation des atteintes à l'environnement*, 2007 : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9490.html.

115 - Mathilde BOUTONNET, « Vers la réparation intégrale des atteintes à l'environnement », *Environnement*, 7, 2010, p. 13.

116 - Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

En fait, les multiples petites avancées de la processualité, donnant de plus en plus d'ouvertures aux associations, les ont effectivement dotées d'une mission dont elles se sentaient investies depuis longtemps : être garantes d'intérêts collectifs en concurrence avec l'État, chacune dans le pré carré de son objet social. Cet intérêt collectif est difficile à rabattre sur une somme d'intérêts personnels subjectifs, puisqu'il y a par hypothèse un élément d'altérité dans la démarche (et non d'altruisme comme on le dit parfois). C'est à cette difficulté que s'est heurtée la cour d'appel à propos du dommage écologique causé par l'*Erika*. Il lui fallait déterminer pour chacun des très nombreux sujets de droit demandant réparation, les fondements de la réparation (préjudice matériel, économique, moral, écologique), et la définition des éléments protégés (les animaux, les plages, la réputation, le cadre de vie, etc.). On s'attachera ici aux incohérences liées à la volonté de reconnaître le préjudice causé à la nature et à ses composants, sans lui reconnaître la qualité de sujet de droit.

Ce sont les prévenus qui, pour se défendre, vont utiliser la thèse de la nature sujet de droit. Leurs avocats font valoir que la nature n'étant pas appropriée d'une part et n'étant pas un sujet de droit d'autre part, les atteintes qui lui sont portées ne peuvent donner lieu à réparation sauf dispositions spéciales. Ils vont soutenir que, « en droit commun, il appartient au demandeur de justifier de la nature et de l'étendue de son préjudice et, pour ce qui concerne le préjudice écologique 'pur', c'est le milieu naturel lui-même qui est victime de l'atteinte à l'environnement », « les associations ne peuvent pas plus demander le préjudice écologique pur, n'étant pas propriétaires de la nature », « dans la mesure où le dommage écologique 'pur' n'affecte que la nature, c'est-à-dire des choses non appropriées, aucun sujet de droit ne peut se prévaloir d'un intérêt personnel pour prétendre à un droit à réparation pour atteinte à l'environnement ».

Ils en tirent deux conclusions. D'une part, la nature n'appartenant à personne mais étant patrimoine de la nation, seul l'État, donc le ministère public – qui semble avoir toute leur confiance –, a la compétence pour demander réparation [117]. Les 114 parties civiles qui s'affrontent aux prévenus de manière « vindicative » n'ont aucune compétence pour autre chose que leurs préjudices personnels, matériel et moral. Et de faire valoir que le tribunal « en allouant à la Ligue pour la protection des oiseaux (LPO) une indemnité pour son préjudice écologique 'pur' a, en réalité, indemnisé une seconde fois son préjudice moral né de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elle a mission de défendre ».

De fait, la Cour aura bien du mal à distinguer le préjudice moral né de l'atteinte à l'environnement, largement attribué à un grand nombre d'associations, du préjudice écologique pur que seules deux associations se verront reconnaître. Il importe de comparer le traitement réservé à France Nature Environnement qui n'a subi que le seul préjudice moral d'un côté, et de l'autre la LPO et Robin

117 - Ce à quoi la Cour répond : « S'il est vrai [...] que le droit d'agir pour défendre cet intérêt collectif peut légitimement être revendiqué par l'État, en sa qualité de défenseur des intérêts de la Nation et au travers de l'action du parquet, il peut l'être aussi par les collectivités territoriales dès lors qu'il lui [leur] est personnel. »

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

des Bois qui cumuleront deux préjudices distincts, le préjudice moral et le préjudice écologique [118].

À propos de l'association France Nature Environnement, la Cour retient que la « marée noire a porté gravement atteinte à son objet social et lui a donc causé un préjudice moral » car il y a eu atteinte aux intérêts qu'elle s'est donné pour « mission de défendre en contrariant ses efforts pour protéger les espèces animales et végétales » (p. 433). Le préjudice moral est donc défini de manière banale comme atteinte à l'objet social et aux intérêts qui le fondent.

Le raisonnement change à propos de la LPO. La Cour évalue à 100 000 € son préjudice moral résultant de « l'anéantissement d'une partie de ses efforts, de la disparition d'espèces qu'elle tentait de protéger des effets d'un comportement humain trop souvent irresponsable et prodigue de la nature ». Il s'agit d'indemniser l'anéantissement d'une activité humaine à propos des espèces, préjudice extrapatrimonial. Mais elle va y ajouter 300 000 € de préjudice écologique : « Comme cela a été indiqué plus haut, l'atteinte portée à la préservation du milieu naturel [...] est *distincte* de celle portée aux intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux des sujets de droit. *Elle a touché, en l'espèce, les oiseaux marins dans tous les aspects de leur vie, intérêt collectif que la* LPO *s'est donnée pour mission de protéger.* » La première partie de cette phrase est parfaitement compatible avec une fonction que l'association assumerait de représenter les oiseaux « dans tous les aspects de leur existence ». Mais tout aussitôt, la Cour a ramené les oiseaux dans l'*animus societatis* de la LPO, autrement dit ce qu'elle venait de rattacher au préjudice moral : « Atteinte dans son 'animus societatis' qui compose et caractérise sa personnalité propre, elle a subi un préjudice personnel et son intérêt à agir est par conséquent établi. Le préjudice écologique 'pur' consécutif à cette atteinte ne peut faire l'objet de mesures de réparation comme cela a déjà été rappelé et ne peut faire l'objet que d'une mesure de compensation pécuniaire. Pour évaluer le montant de cette dernière, la Cour doit tenir compte du coût des mesures raisonnables de réparation que l'objet de cette association pourrait la conduire à mettre en œuvre » (p. 436). Là, on ne comprend plus : l'*animus societatis* avait été jusqu'ici traité classiquement au titre du préjudice moral, et on le retrouve tout d'un coup au titre du préjudice écologique, ramenant l'angoisse et la mort des oiseaux, dans l'atteinte à l'objet social d'une association humaine. Le fait que le même concept, *affectio* (ou *animus*) *societatis*, puisse être à l'origine d'un préjudice moral d'un côté et d'un dommage écologique de l'autre risque de justifier la critique des prévenus qui stigmatisent le fait que ces associations aient été réparées deux fois pour le même préjudice.

Pour l'association Robin des Bois, la Cour retient que ses membres *se veulent en symbiose avec la nature*, ce qui pourrait introduire l'idée d'une fusion hommes-nature, ce qui autoriserait les premiers à se plaindre du préjudice écologique en tant que parties de l'écosystème dégradé. Mais tout aussitôt, elle précise que l'association « a perdu, avec la souillure de la mer, une partie de son 'animus societatis'

118 - Mathilde BOUTONNET, « Les catégories de préjudices à l'épreuve de l'arrêt Erika », *Revue Lamy Droit civil*, 73, 2010, p. 18-24.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

et, d'une certaine façon, une partie d'elle-même ». On retourne donc à l'*animus societatis*, sollicité tant pour le préjudice moral que le préjudice écologique.

En ce qui concerne les collectivités territoriales, la Cour semble moins gênée, grâce au texte clair de l'article L. 142-4 qui définit le dommage environnemental comme l'atteinte au *territoire*. Elle pourrait s'en tenir là mais tient à préciser que « les dommages écologiques causés à leur territoire par le délit poursuivi ont eu des conséquences négatives sur la qualité de vie des populations qui y séjournent, préjudice indirect que ces collectivités territoriales sont en droit d'invoquer à l'appui de leur demande d'indemnisation », ou encore que la pollution « a porté atteinte aux efforts que les communes qui en ont été les victimes doivent consentir pour la défense du milieu naturel, de même qu'à la raison d'être de ces collectivités territoriales qui est de protéger, et si possible d'améliorer, le bien-être de ses administrés auquel participe leur environnement naturel » (p. 441). Ces précisions sont non seulement inutiles, l'atteinte au territoire étant suffisante, mais elle introduit de la confusion.

Autrement dit, malgré les efforts de la Cour pour parler de symbiose des hommes avec la nature, on constate sa difficulté à distinguer le dommage moral du dommage écologique. Dans le cas des associations, c'est toujours l'*affectio societatis* qui est en cause, dans le cas des collectivités territoriales l'atteinte au territoire étant ramenée au bien-être des habitants. Du coup, le préjudice écologique apparaît plus comme une forme de dommages punitifs s'ajoutant au droit de la responsabilité traditionnel que comme l'analyse fine des atteintes aux éléments constitutifs de l'environnement. C'est un progrès, mais cela devrait n'être une phase intermédiaire, au moins si l'on veut retrouver un système de responsabilité clair et cohérent. On reste au milieu du gué, avec un préjudice écologique, mais pas un préjudice écologique « pur ». Au fond, les éléments de la nature ne sont toujours pas envisagés pour eux-mêmes, mais on les affranchit de l'enfer où les avait mis leur qualité d'objets non appropriés pour les mettre dans le purgatoire d'un attribut du bien-être humain [119]. Ce n'est finalement que dans un instrument juridique bien isolé que l'on trouve, achevée, l'autonomisation de la nature, et l'on verra que cela ne signifie en rien la diminution des droits humains.

La nature, sujet de droit dans la Constitution équatorienne

Si donc beaucoup de pays ont, comme l'a montré récemment un colloque de la Cour de cassation sur le préjudice écologique, « ouvert les portes du prétoire » par petites touches successives, seul l'Équateur a fait expressément de la nature un sujet de droit. Il a inscrit cette particularité dans sa constitution en 2008. Le texte ayant pour premier objectif de redonner aux peuples indiens une existence juridique, ils sont, en tant que peuples, qualifiés expressément de sujets de droit autonomes pouvant défendre en justice leurs droits collectifs, politiques, économiques et culturels.

119 - On notera que seuls les avocats des parties civiles ont fait l'effort de proposer des évaluations raisonnées, et c'est dans ces parties de l'arrêt que l'on « voit » les éléments de la nature en dehors des intérêts humains.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

En second lieu, la place accordée à la nature est très spécifique car elle lie personnification substantielle et personnification procédurale. Personnification substantielle poussée à l'extrême par la référence constante à Pacha Mama la vieille déesse-terre traditionnelle des Amérindiens [120], présente dès le préambule de la Constitution : « Nous célébrons la nature, la Pacha Mama, dont nous sommes partie intégrante. » Trois articles en sont la traduction technique. L'article 10 qui énonce qui sont les sujets du droit équatorien – les personnes, les communautés, mais aussi la nature « sujet des droits que lui reconnaît la Constitution ». Cette formulation montre, s'il en était besoin, qu'elle n'a pas les droits de la personne humaine mais des droits qui lui sont propres. Ainsi l'article 71 : « La nature ou Pacha Mama, où se reproduit et se réalise la vie, a droit au respect absolu de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de ses fonctions et de ses processus évolutifs. Toute personne, communauté, peuple ou nation, pourra exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature. » L'article 72 est plus précis : « La nature a droit à la restauration. Cette restauration sera indépendante de l'obligation faite à toute personne d'indemniser les individus et les collectifs qui dépendent des systèmes affectés. » Enfin l'article 73 précise les obligations de l'État qui « devra prendre toute mesure de précaution et d'interdiction à l'égard des activités pouvant conduire à l'extinction d'espèces, à la destruction d'écosystèmes ou à l'altération permanente des cycles naturels. L'introduction d'organismes vivants ou inertes pouvant affecter de manière définitive le patrimoine génétique national est interdite ».

Mais les droits de la nature ne sont pas une fin en soi, ils sont au contraire au service du concept de *sumak kawsay* qui, en quechua, signifie la « bonne vie », caractérisée par l'harmonie régnant entre les différentes parties de la société, hommes et femmes, communautés entre elles, hommes-nature. En fait, et c'est là que ce texte étrange du point de vue occidental risque d'en décevoir plus d'un, le chapitre 2 de la Constitution donne un certain contenu à cette « bonne vie », qui recoupe nos droits fondamentaux : l'eau, l'alimentation, l'environnement sain et écologiquement équilibré, la santé, la communication et l'information, la culture et la science, le travail et la sécurité sociale, l'éducation et le logement, identités culturelles diverses, reconnaissance des droits des peuples indigènes et des traditions ancestrales, l'équité (l'habitat, la santé, l'éducation) et la biodiversité et les ressources naturelles.

Quel est donc l'intérêt, *in fine*, de se battre pour que la diversité biologique et ses éléments deviennent expressément des sujets de droit ? Cela remplirait *a minima* deux fonctions. Il s'agirait, sur le plan symbolique, de réaffirmer la spécificité du contenu des droits de la personne humaine, seule dans ces droits-là, tout en mettant en face d'elle des sujets non humains, ce qui viendrait marquer la réintégration de l'humanité dans le monde vivant. Nous ne sommes pas de purs esprits flottant dans un espace vide, mais des êtres de chair et de sang dépendant de l'air, de l'eau, de

120 - Pacha Mama, traditionnellement, est un être vivant à l'origine de tout, que ce soient les êtres vivants, les minéraux, mais aussi tout ce que les hommes en tirent par leurs techniques, et qui donnent les tissus ou les bijoux. Elle tient ensemble la nature et la technique.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press

la terre, de l'énergie, et partageant le monde avec d'autres êtres. Il s'agirait d'utiliser les techniques du droit pour inscrire ce dualisme de l'isolement et de l'intégration dans le monde du droit. Dans une telle perspective, il faut de nouveaux concepts, de nouveaux objectifs, de nouveaux principes. Ils sont progressivement énoncés mais le dessein général reste subreptice. Il faut avancer au grand jour pour être pédagogique. Il faut aussi arriver à concrétiser ces évolutions dans l'articulation des intérêts des uns et des autres, ce qui ne s'éprouve réellement que dans le cadre de procès. Pour que la dynamique du procès soit efficace, il faut respecter le principe de « l'égalité des armes » dont le premier acte est l'existence de sujets de droit [121]. Principe du droit processuel contemporain, il est lié au concept de procès équitable, au principe général du contradictoire et à la préservation de « l'équilibre des droits des parties ». Dans l'un comme dans l'autre cas, le tribunal doit être indépendant et impartial, ce qui est déjà difficile avec des juges inéluctablement humains. Ils devraient être mieux armés idéologiquement pour apprendre à réaliser cet équilibre des droits lorsqu'il s'agit d'animaux et de végétaux s'opposant à des intérêts humains immédiatement perceptibles. Peut-être faudrait-il avoir un ministère public spécialement chargé de la représentation des non-humains. D'autre part, chaque partie doit pouvoir discuter tous les arguments et les preuves de son adversaire, et présenter tous ses arguments et ses preuves « dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse » a précisé la Commission européenne dès 1959 [122]. Cela s'applique non seulement au fonctionnement interne des tribunaux, mais aussi à propos du droit de faire entendre des témoins ou de faire réaliser une expertise, éléments essentiels pour pouvoir parler raisonnablement au nom des non-humains. Pour Jean-Pierre Dintilhac, ces principes d'ordre public, consacrés par le Conseil constitutionnel, sont « à la base même de l'idée de procès ». D'une certaine manière, on peut donc dire que, sans attribution de la qualité de sujet de droit aux non-humains, ce n'est pas un vrai procès qui s'engage.

Tant sur le plan symbolique que sur le plan technique, la situation actuelle telle qu'elle vient d'être décrite – si contradictoire, si tendue, si inachevée – se perpétuera, ralentissant la mise en œuvre d'un système politique capable d'exprimer dans la société la pensée darwinienne, intellectuellement connue plus que charnellement vécue.

Marie-Angèle Hermitte
CNRS/EHESS, CENJ-Yan Thomas

121 - Pour une présentation synthétique du principe, voir Jean-Pierre DINTILHAC, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/.
122 - Affaire Szwabowicz c. Suède 30 juin 1959.

https://doi.org/10.1017/S0395264900005503 Published online by Cambridge University Press