

**LE MILIEU,
UN OBJET HYBRIDE
QUI DÉJOUE LA DISTINCTION PUBLIC-PRIVÉ**

PAR

François OST

*Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)
Directeur du CEDRE (Centre d'Etude du Droit et de l'Environnement)*

Le milieu, c'est-à-dire le champ d'interaction de l'homme et de la nature¹, est un objet transversal, un "hybride" pour parler comme B. Latour², un enjeu social autant qu'écologique. Sa prise en compte demande qu'on se débarrasse des dualismes, typiques de la pensée moderne, qui encombrèrent encore nos représentations. Pour le juriste, cela signifie notamment (mais pas seulement, on le verra) qu'on surmonte le clivage entre sphère publique et sphère privée, sans pour autant verser, on y insistera, dans un confusionnisme qui, sous prétexte de libre marché, priverait le milieu et les générations futures de toute protection impérative. Il s'agira donc d'articuler public et privé, de les mettre en tension plutôt que de prétendre opérer une illusoire identification de ces deux pôles de la vie sociale.

Cette mise en tension du public et du privé créée, à propos du milieu, un champ d'interaction qui pourrait bien être le domaine d'une prise en charge collective de l'environnement, au sens d'une responsabilité partagée. Il semble que, dans l'ancien régime, la terre et les ressources naturelles faisaient l'objet d'une telle gestion collective, dès lors que des titulaires multiples exerçaient sur elles des droits complémentaires régis par la coutume. Mais la Révolution

1. Sur ce concept, cf. Ost (F.), *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995, p. 306 et s.

2. Latour (B.), *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, 1991, p. 7 et s. : "Imbroglis de science, de politique, d'économie, de droit, de religion, de technique, de fiction ; toute la culture et toute la nature s'y trouvent rebrassées chaque jour" (p. 9).

française et le Code civil ont fait table rase de ces mécanismes complexes et flexibles de solidarité villageoise qui étaient aussi des techniques de protection écologique avant la lettre³. La grande coupure moderne du public et privé (qui est aussi une coupure de l'objet et du sujet, du naturel et de l'artificiel) trancherait ainsi dans le vif du collectif. La fable de la "*tragédie des communaux*", développée aujourd'hui par G. Hardin⁴, sert ici de mythe fondateur qui ne laissera plus le choix, on va le voir, qu'entre une privatisation ou une prise en charge publique de l'environnement (on dit "environnement", et non plus "milieu" car, précisément, se perd, avec le clivage moderne, le sens de la solidarité de l'homme et de la nature). Imaginons, explique Hardin, une prairie ouverte à tous. On peut s'attendre à ce que chaque berger essaie d'élever autant d'animaux que possible sur la prairie commune. Guère de problèmes tant que leur nombre ne porte pas atteinte aux capacités de régénération de la ressource en herbe. Arrive cependant un point où celle-ci vient à se raréfier. Chaque berger s'en rend compte et peut même s'en inquiéter. Mais, individuellement, il ne peut modifier cette situation. Au contraire, en tant que "berger rationnel", il a tout intérêt à augmenter le nombre de têtes de bétail qu'il conduit à la pâture : en toute hypothèse, son bénéfice reste supérieur à la fraction du désavantage qu'il supporte du fait de la détérioration de la ressource collective. On entre ainsi dans la logique infernale de la tragédie des biens communs : chacun est enfermé dans un système qui le conduit à accroître son troupeau sans limite dans un contexte de ressources limitées. Et bientôt s'impose la conclusion : la liberté des biens communs conduit à la ruine de tous.

Les chantres du néo-libéralisme renchérissent, invoquant au passage l'appui d'Aristote : "*ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui lui est commun*"⁵. Traduction économique contemporaine : "*dès lors que les avantages sont privatisés et les coûts socialisés, peu d'incitations à préserver les ressources existent*"⁶. Dans une telle conjoncture, tout se passe comme si la rationalité poussait chacun à adopter le comportement du "passager clandestin" (*free rider*) qui cherche à maximiser son intérêt sur le compte d'autrui. La tragédie des biens communs peut également, selon nos auteurs, s'exprimer sous une seconde forme : non seulement elle conduit à des prélèvements excessifs, mais elle explique aussi le phénomène de pollution sans retenue de l'environnement, dès lors que personne ne trouve avantage à investir seul dans des mesures de dépollution⁷. De multiples exemples réels illustrent, selon les écologistes de marché, le bien-fondé de ces modèles théoriques. Ainsi, le fait que les océans soient toujours traités

3. Sur cette question, cf. Patault (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1988.

4. Hardin (G.), "The tragedy of commons", in *Managing the commons*, Hardin (G.) et Baden (J.), eds., San Francisco, 1977.

5. Cité par Falque (M.), "Introduction", in *Ecologie et liberté*, sous la direction de Falque (M.) et Millière (G.), Paris, 1992, p. 5.

6. Simmons (R.-Y.), Baden (J.-A.), "La théorie de l'économie nouvelle des ressources", in *Ecologie et liberté*, op. cit., p. 122.

7. Lepage (H.), "Pollution : l'approche économique", *ibidem*, p. 164.

comme propriétés communes aurait pour conséquence l'extinction des poissons, espèce après espèce, et la pollution croissante du milieu marin. La désertification croissante de l'Afrique et de l'Inde procéderait des mêmes causes : à défaut d'appropriation privée, les terres font l'objet de surpâturage, tandis que le bois est inexorablement sacrifié aux feux domestiques⁸.

Hardin lui-même concluait la fable des communaux sans proposer de morale. Selon lui, deux voies s'ouvraient pour échapper à la tragédie : soit la privatisation, soit la gestion des ressources communes par une "agence des pâturages" qui aurait pour tâche de rationaliser l'accès aux prairies par la délivrance de permis, la mise en place de contrôles et le prononcé d'amendes. On aura reconnu, dans ce modèle, le portrait du droit administratif de l'environnement qui s'est mis en place dans nos pays depuis une vingtaine d'années : un droit bureaucratique et réglementaire qui semble avoir poussé jusqu'à la caricature les faiblesses de la régulation propre à l'Etat interventionniste ou Etat providence. Faible effectivité, manque de cohérence, complication excessive, modifications incessantes et dérégulation implicite sont quelques-uns des défauts mille fois imputés, même par ses partisans, au jeune droit de l'environnement⁹.

Faut-il pour autant suivre la voie de la privatisation ? Aux écologistes de marché qui le proposent, on répondra que, depuis 1804 au moins, nous n'avons cessé de faire cette expérience. Depuis cette date, la nature n'a cessé d'être un objet d'appropriation et de transaction privées ; nous n'avons cessé de la mettre en coupe réglée, d'en faire le réservoir de nos ressources et bientôt le dépotoir de nos déchets, l'arrière-cour, en somme, de notre technosphère. Il n'est pas jusqu'au vivant lui-même qui ne fasse l'objet de monopole privé : on sait qu'aujourd'hui des brevets protègent l'industrie du génie génétique qui met au point animaux et plantes transgéniques¹⁰. Pour maladroitement et parfois vénalement que furent les interventions de la puissance publique dans le domaine du milieu, n'avaient-elles pas pour première fonction de corriger les abus de la propriété et les aveuglements du marché ?

On voit bien que c'est l'alternative même à laquelle Hardin veut nous contraindre, qui est faussée et qu'il faut rejeter : ce ne sera pas ou le public (diabolisé) ou le privé (angélisé) — et cela notamment parce qu'aucune de ces deux figures n'existe à l'état pur dans la réalité. Le marché est toujours plus réglementé que les (néo)libéraux le concèdent ; à l'inverse, la gestion publique emprunte aujourd'hui bon nombre de ses méthodes au modèle privé : en résulte un enchevêtrement inextricable de pratiques et de représentations relevant du privé et du public. Mais pour que ce mixte ne soit pas un simple compromis entre intérêts privés et publics qui, en définitive, s'accorderaient pour

8. Smith (R.-J.), "Privatiser l'environnement", *ibidem*, p. 41.

9. Cf. notamment Untermaier (J.), "Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan", in *Année de l'environnement*, 1981, p. 1 et s.

10. Cf. notamment Edelman (B.), "Le droit et le vivant", in *La Recherche*, n° 212, juillet-août 1989, p. 966 et s.

traiter encore le milieu comme un simple objet à disposition, il convient de dépasser le manichéisme auquel conduit la fable des communaux. C'est dans la voie d'une autre logique que celle de l'"éco-pouvoir" aujourd'hui dénoncé par P. Lascoumes (la connivence objective d'experts privés et de décideurs publics)¹¹ qu'il faudrait s'engager : une logique de participation qui conduirait à une réappropriation par les gens de la responsabilité de leur milieu. On appelle ici "*logique de participation*" le droit de regard que la population est en droit d'exercer sur la gestion, tant publique que privée, de la nature et du cadre de vie. Y contribuent efficacement les droits d'information du citoyen¹², les procédures de concertation¹³, ainsi que l'exercice des droits de recours.

L'exercice de ces droits de participation, qui reçoivent dans certains pays une consécration constitutionnelle, suppose, bien entendu, que se développe la conscience d'une responsabilité collective à l'égard du milieu et de ses usagers, présents et futurs. C'est évidemment cette dimension qui échappe totalement à Hardin et ses émules. Si, pendant des siècles, la propriété collective a pu assurer un usage satisfaisant des ressources naturelles, c'est que les usagers partageaient une culture, des traditions et des valeurs qui induisaient la complémentarité des droits et, dès lors, la modération des prélèvements. Cette régulation "symbolique" des ressources (finalisées par des valeurs partagées), on le conçoit bien, ne se ramène ni à l'exploitation purement économique, ni à l'arbitraire bureaucratique : elle fait appel, chez le "berger rationnel" de la fable, à d'autres formes de rationalité que celle qui repose sur la maximisation du profit individuel.

Existe-t-il, aujourd'hui, des institutions juridiques susceptibles de conférer au milieu une qualification et un régime qui s'inscriraient dans cette logique mixte du collectif ? Il nous semble que l'institution du "patrimoine" — qui ne se ramène, à propos du milieu, ni à l'héritage privé, ni au domaine public, mais les transcende l'un et l'autre — peut prétendre exercer ce rôle. On sait que le concept de patrimoine figure de plus en plus souvent dans des textes de droit positif pour qualifier les biens-environnement les plus précieux : l'article L. 110 du Code français de l'urbanisme dispose, par exemple, que "*le territoire français est patrimoine commun de la nation*" ; la loi du 10 juillet 1976 fait référence au "*patrimoine naturel*" en son article premier et au "*patrimoine biologique*" en son article trois ; la loi du 3 janvier 1992 dispose, à l'article premier, que "*l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation*".

11. Lascoumes (P.), *L'éco-pouvoir. Environnements et politiques*, Paris, 1994.

12. Une directive européenne du 7 juin 1990 reconnaît aujourd'hui à toute personne (indépendamment de la preuve de son intérêt) le droit de se faire communiquer par l'administration (mais aussi par les personnes privées gérant un service public) les informations relatives à l'environnement dont elles disposent.

13. Sur cette question, cf. Prieur (M.), "Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation", in *Revue juridique de l'environnement*, 1988-4, p. 404 et s.

Les exemples se multiplient, en droit international également : ainsi, un accord international du 18 décembre 1979 décide que “*la Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l’humanité*”¹⁴.

Si les mots ont un sens et les idées un rôle qui ne soit pas purement incantatoire, la référence à l’institution “patrimoine” doit pouvoir présenter des virtualités pour une meilleure protection du milieu¹⁵. C’est que le patrimoine est une notion complexe particulièrement bien adaptée pour rendre compte d’une réalité hybride comme l’est le milieu. On relèvera tout d’abord la nature hybride et le contenu mixte du patrimoine. Nature hybride : depuis le droit romain jusqu’à la théorie “moderne” d’Aubry et Rau, le patrimoine a toujours déjoué la distinction du sujet et de l’objet ; s’il est une universalité de biens, il est d’abord le prolongement de la personnalité de son titulaire. Comme l’écrira P. Catala, “*le patrimoine est tissé de personne et de matière*”¹⁶. Contenu mixte : à côté des droits “patrimoniaux” (cessibles et transmissibles), il apparaît de plus en plus clairement aujourd’hui que le patrimoine englobe également les droits pourtant dits “extra-patrimoniaux” ; du reste, les catégories mixtes se multiplient aujourd’hui, tels les droits sur les créations intellectuelles, le fonds de commerce, les parts sociales et les “biens-clients”. Le patrimoine apparaît donc à la fois comme un ensemble de biens dans le commerce et d’éléments immatériels renvoyant à l’identité (travail, talent, traditions,...) de leur titulaire. Lorsqu’il s’agit d’un patrimoine collectif, la protection recherchée procède donc autant du souci de préservation d’un capital que de la volonté de sauvegarder des valeurs constitutives de l’identité du groupe.

On comprend, dès lors, que le patrimoine soit une notion de compromis, équilibrant les impératifs de la gestion et les nécessités de la conservation. Ainsi, par exemple, on admettra que les ressources naturelles soient gérées et consommées (ceci, à l’encontre de la conception de la “nature-musée”), mais pour autant que leurs capacités de régénération ainsi que leurs qualités biologiques soient préservées. Dans d’autres cas cependant, l’impératif de préservation l’emportera sur toute autre considération : il en ira ainsi des sites fragilisés et des espèces menacées, chaque fois que des seuils d’irréversibilité risquent d’être franchis.

Mais, plus fondamentalement encore, la vocation dialectique du patrimoine se marque à ceci qu’il a vocation à s’appliquer autant aux propriétés privées qu’au domaine public. Jeté comme un nimbe collectif sur les biens les plus divers, aux qualifications juridiques les plus variées, le patrimoine

14. Cf. Kiss (A.), *La notion de patrimoine commun de l’humanité*, Cours de l’Académie de droit international de La Haye, 1982, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, t. 175, p. 103 et s.

15. Cf. Ost (F.), “Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu”, in *Het milieu - L’environnement*, Fédération royale des notaires de Belgique, Turnhout, 1993, p. 7 et s.

16. Catala (P.), “La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, LXIV, 1966, p. 186.

s'accommode, comme dans l'Ancien Régime, d'une imbrication de multiples régimes, titulaires et fonctions. A la logique monolithique et au partage exclusiviste qu'induit le régime de la propriété privée — et sa transposition politique, la souveraineté étatique — le patrimoine substitue une logique complexe qui prend en compte les usages multiples qu'appellent les espaces et les ressources naturelles et met en place des réseaux de droit d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété et de la souveraineté. Deux exemples parmi beaucoup d'autres : si telle personne est propriétaire de tel animal, ou si tel Etat exerce des droits de souveraineté à l'égard de telle colonie d'animaux, en revanche, le patrimoine génétique dont ces animaux sont porteurs relève du patrimoine commun de l'humanité ; si telle demeure historique est et reste la propriété d'une personne privée, en revanche, le classement dont elle fait l'objet assure certains droits, d'accès et de préservation notamment, à la collectivité.

Il en résulte qu'à certains égards, le propriétaire ou le souverain redevient de simples usagers des biens qui sont confiés à leur maîtrise : comme des usagers ordinaires, ils ne pourront en jouir qu'à charge d'en conserver la substance et sous la menace d'une déchéance de propriété en cas d'abus de jouissance. A l'égard de ces biens-environnement placés sous la protection d'un patrimoine collectif, le propriétaire ou le souverain seront tenus d'agir comme des mandataires responsables, comptables désormais de leur gestion. La "transpropriation" — entendue ici comme concession d'usages multiples à une diversité de titulaires — réalise ainsi une forme réussie de jouissance patrimoniale collective qui rend exceptionnel le recours à l'arme absolue de l'"expropriation". Exproprier, c'est passer du privé au public sans que, nécessairement, l'environnement y trouve son compte (l'écocide perpétré dans les pays de l'Est de l'Europe et dans l'ex-Union soviétique témoigne de ce que la nationalisation du milieu ne rime pas nécessairement avec protection accrue) ; en revanche, la transpropriation subordonne la maîtrise qu'exerce le titulaire sur son bien à des finalités d'intérêt général.

Ainsi conçu, le patrimoine suppose une "gestion négociée" qui représente un dépassement et de la gestion économique privée et du régime réglementaire. Il y a dépassement de la régulation purement privatiste et monétaire par l'introduction d'une éthique (renforcée par des règles coercitives) qui vise, comme on l'a vu, à éviter les irréversibilités et à préserver l'éventail des options futures. Il y a, par ailleurs, dépassement de la régulation publique unilatérale par la généralisation de la concertation destinée à prendre en compte la diversité des points de vue des multiples acteurs qui, comme on l'a souligné aussi, peuvent légitimement revendiquer tel ou tel type d'usage de la ressource patrimonialisée¹⁷.

17. Sur la "gestion patrimoniale négociée", cf. Ollagnon (H.), "Une approche patrimoniale de la qualité du milieu naturel", in *Du rural à l'environnement*, Paris, 1988, p. 265 et s. ; Godard (O.), "Jeux de nature : quand le débat sur l'efficacité des politiques publiques contient la question de leur légitimité", *ibidem*, p. 335 et s.

Encore faut-il que se mette en place un cadre rigoureux de négociation et qu'émerge un nouvel acteur collectif, le secteur associatif, pour représenter le point de vue des citoyens et, par-dessus leurs épaules, ceux des générations futures et de l'environnement lui-même. Tout comme le droit du travail n'a pu se développer que par la négociation collective à l'initiative de partenaires organisés, le droit de l'environnement ne progressera qu'à la mesure de la constitution de puissantes associations susceptibles d'une capacité d'expertise réelle et d'une action dans le long terme. Qu'en est-il dans les faits ? Sur non moins de 40.000 associations de défense de l'environnement recensées, environ 1500 d'entre elles sont réellement actives et bénéficient de l'agrément qui leur permet d'accéder aux structures officielles de participation et qui leur offre la possibilité d'agir en justice¹⁸. Les rôles exercés par ces associations sont très divers : par leur fonction pédagogique, elles contribuent à mobiliser l'opinion publique et concourent à l'élaboration de représentations collectives ; par leur fonction critique, elles veillent à une stricte application de la loi, dénoncent les abus et négligences et en appellent au renforcement continu des normes et des contrôles ; par leur fonction de protection, il leur arrive d'assumer des tâches de gestion de certains milieux privilégiés et menacés. On le voit : les associations opèrent au croisement d'un double champ de tensions : elles évoluent entre action publique et action privée et oscillent entre un rôle intégrateur et un rôle protestataire. Tantôt c'est la revendication individualiste sous la forme du rejet pur et simple (on reconnaît là le syndrome Nimby, "*not in my backyard*", "*pas de cela dans mon jardin*"... mais peu importe s'il s'agit du jardin du voisin), tantôt, au contraire, c'est la prise en charge responsable d'une problématique globale qui transforme les associations, en France du moins, en services extérieurs du ministère de l'Environnement : intronisées partenaires officiels des pouvoirs publics, les associations sont alors appelées à jouer un rôle essentiel en termes de proposition de solution et de suivi de l'application des lois. J. Untermaier, président de l'Association *France Nature Environnement*, déclarait en 1991 que sa fédération "*remplit une véritable mission de service public*"¹⁹ ; quelques mois plus tard, la même fédération décrivait les associations comme "*le Tiers Etat de l'environnement*", ce qui est bien une façon de se situer entre le privé et le public²⁰.

Cette position, on s'en doute, n'est pas de tout repos dès lors qu'elle se traduit par un écartèlement entre un rôle critique de dénonciation et une fonction plus intégratrice de participation. L'option prise à cet égard par les uns et les autres est très variable et se modifie, du reste, au cours de l'histoire de chaque association. Il semblerait que, globalement, le monde associatif français, encouragé par des pouvoirs publics cherchant dans la participation une application plus fonctionnelle des politiques qu'ils tentent de mettre en œuvre, se range plutôt du côté de l'association d'intégration, alors que l'Allemagne, par exemple, se caractérise, au contraire, par un modèle d'"association-trans-

18. Ces chiffres sont empruntés à Lascoumes (P.), *op. cit.*, p. 227.

19. Cité par Lascoumes (P.), *ibidem*, p. 223.

20. *Ibidem*, p. 224 ; cf. aussi Chevallier (J.), "L'association entre public et privé", in *Revue du droit public et de la science politique*, Paris, 1981, p. 387 et s.

formation", les associations gardant un rapport plus critique à l'égard de l'Etat et des collectivités locales²¹. Reconnaissons cependant que le manque chronique de ressources financières, le peu d'information dont elles disposent et la faiblesse de leur expertise technique exposent les associations au double risque de la marginalisation et de la récupération. La démocratie participative a donc bien du chemin encore à accomplir, surtout si l'on considère qu'il est impératif de l'étendre à l'échelon européen et même planétaire ; il est urgent, en effet, de faire contrepoids aux lobbies industriels et financiers tant au niveau de la Commission européenne que de celui des institutions économiques mondiales, telles la Banque mondiale et le Fonds monétaire international²². Ceci pose, en définitive, la question de l'établissement d'un cadre adéquat pour l'exercice du droit négocié de l'environnement. Faute d'un tel cadre, assurant notamment la transparence du processus de décision et la représentation de tous les points de vue intéressés, la négociation, au lieu de se traduire par le "jeu à somme positive", tant vanté par ses partisans (jeu où tout le monde gagne par opposition au "jeu à somme nulle" où ce que l'un gagne, l'autre le perd), pourrait bien se traduire par un "jeu de dupes", typique de l'Etat-spectacle, plus soucieux des apparences que de la réalité.

On connaît l'engouement contemporain pour le droit négocié : ainsi, le *Cinquième programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement*, du 30 mars 1992, fait désormais de la négociation un axe majeur de la politique environnementale de l'Union européenne²³. Les avantages du droit négocié sont clairement revendiqués par les acteurs concernés : pouvoirs publics et entreprises qui escomptent bien en tirer chacun le plus grand bénéfice. En termes de démocratisation accrue de la genèse des solutions juridiques, on fait valoir que le dialogue favorise l'implication et la responsabilisation des partenaires privés ; délivrés de la tutelle bureaucratique et des blocages administratifs, ceux-ci entendent résolument s'associer à la définition et la mise en œuvre d'une politique d'amélioration du cadre de vie²⁴. Pratiquée également à l'échelon local, c'est-à-dire à la source même des nuisances environnementales, la concertation apparaît aussi comme un puissant antidote aux rigidités d'une administration centralisée : réinterprétée au regard des réalités de terrain, la norme sera mieux acceptée et donc mieux appliquée. Enfin, la pratique du droit négocié confère une nouvelle légitimité aux administrations elles-mêmes ; un nouveau rôle, plus modeste sans doute, mais plus clair et plus gratifiant, lui est maintenant reconnu : opérer le cadrage des négociations, en déterminant les thèmes à débattre, les partenaires à réunir et le calendrier à suivre et, au terme du processus, formaliser l'accord et l'étendre, le cas échéant, à d'autres acteurs.

21. En ce sens, Lascoumes (P.), *op. cit.*, p. 207.

22. Sur cette question, cf. Prieur (M.), "Démocratie et droit de l'environnement et du développement", in *Revue juridique de l'environnement*, 1993-1, p. 27 et s.

23. *Vers un développement durable*, Commission des Communautés européennes, COM (92) 23 Final 30/3/1992, p. 6 et p. 27.

24. Cf. notamment les points de vue exprimés, en Belgique, par les pouvoirs publics et les industriels dans l'ouvrage : *Conventions sectorielles : instrument de gestion de l'environnement*, Bocken (H.) et Traest (I.) (éds.), Bruxelles, 1991.

En termes d'amélioration de l'efficacité instrumentale de la règle, plusieurs arguments sont également invoqués. Dans un contexte marqué par d'importantes incertitudes scientifiques et, dans certains cas, par des résistances politiques et/ou économiques apparemment difficilement surmontables, le droit négocié bénéficie de tous les avantages de la flexibilité : par rapport à la loi, toujours trop rigide et condamnée à avancer par à-coups, le contrat (qui prend, d'ailleurs, la forme d'un contrat-programme) permet de s'adapter à une conjoncture mouvante, dès lors qu'il est possible de jouer sur tous les paramètres de la discussion : objet traité, objectifs envisagés, partenaires pressentis, calendrier proposé. Par contraste avec les traditionnelles lenteurs de l'élaboration normative, la négociation devrait permettre d'aboutir dans un délai raisonnable ; elle est, par ailleurs, susceptible de faire face à de réelles urgences en cas d'accident écologique et, s'inscrivant dans un processus virtuellement infini, elle se prête également à la renégociation permanente. En définitive, tout cela devrait déboucher sur une effectivité accrue de la politique environnementale : en prise directe sur les réalités scientifiques de terrain et intégrant les contraintes économiques des entreprises (auxquelles un étalement de leurs engagements dans le temps est souvent concédé), les contrats d'environnement prétendent réconcilier le fait et le droit²⁵.

Cette prétention est-elle avérée ? Le droit négocié de l'environnement tient-il ses promesses ? Avant de se prononcer, il convient de prendre acte des réserves et objections qu'il suscite par ailleurs. Sans insister sur les problèmes strictement juridiques que certains contrats d'environnement peuvent poser (s'ils se traduisent par une aliénation du pouvoir de police de l'administration, ils s'exposent à la censure du Conseil d'Etat), on retiendra ici quelques objections à caractère plus politique. On fait valoir tout d'abord que, faute d'un encadrement juridique rigoureux, ces contrats peuvent traduire une rupture d'égalité entre les entreprises : chacune étant renvoyée à son *bargaining power*, le danger est réel, en effet, que les plus puissantes d'entre elles obtiennent, par la voie du contrat, des privilèges (au sens propre du terme : "loi privée") qu'elles ne pourraient obtenir par la loi. Sans aller jusqu'à envisager le cas extrême d'une dérégulation complète, on peut penser que, même en cas de maintien de la législation, l'existence d'un contrat d'environnement incitera les autorités à faire preuve de plus de souplesse dans le contrôle qu'elles exercent à l'égard des signataires de ces conventions. Au risque de discrimination s'ajoute alors le danger de dérégulation officieuse et larvée.

On fait valoir également le risque de "capture" des pouvoirs publics par les entreprises qu'ils sont censés contrôler et réguler. Bien souvent, en effet, la négociation se mène dans un contexte de maîtrise asymétrique de l'information : tant sur le plan économique que sur le terrain technique, les décideurs publics s'avèrent dépendants des données que leur fournissent les entreprises. De sorte que, même si la puissance publique n'aliène pas explicitement ses pouvoirs de police, on peut craindre qu'au moins certains types de contrats

25. En ce sens, cf. Knoepfel (P.), "Les cycles écologiques et le principe de légalité", in *Figures de la légalité*, Paris, 1992, p. 158 et s.

d'environnement n'entraînent une collusion telle entre décideurs publics et entrepreneurs privés qu'ils mettraient les premiers à la remorque des seconds. Autrement dit, la "norme" de protection des milieux naturels n'irait jamais au-delà des concessions faites par les milieux industriels. Au lieu du droit "souple" tant vanté, on n'aurait plus affaire qu'à un droit "mou" qui, sous prétexte de pragmatisme, s'accommoderait de ce que les pollueurs auraient consenti à entériner.

Finalement, le risque le plus important que génère la négociation contractuelle en matière d'environnement est le déficit démocratique d'une intervention publique "privatisée". Comment espérer dégager les exigences de l'intérêt général au terme d'un processus d'élaboration normative qui s'analyse comme la simple addition d'intérêts de groupes juxtaposés ou concurrents ? Comment construire une politique d'environnement, dont on sait qu'elle doit être globale pour être efficace, à partir d'objets découpés en fonction des intérêts économiques en jeu et des solutions techniques disponibles ? Le risque est réel de distorsion des politiques au profit des intérêts les plus puissants se réclamant du court terme. A cet égard, les processus d'"administration conventionnelle" se signalent encore par la large opacité de leur déroulement : tout se passe souvent à l'abri des contrôles démocratiques et en l'absence de débats contradictoires. La question même de la fixation des normes de protection de l'environnement se dépolitise et semble se réduire à des paramètres techniques et des ratios économiques²⁶.

Il est donc essentiel, si l'on veut faire tenir leurs promesses aux contrats d'environnement dans le sens d'une efficacité accrue et d'une plus large démocratisation, d'y associer explicitement et sur un pied d'égalité les associations de défense de l'environnement. Certains exemples de "contrats de bassin" ou de "contrats de rivière", qui associent divers partenaires en vue d'une gestion équitable de l'eau, constituent d'heureuses illustrations de ces négociations équilibrées. A défaut d'une telle association de "tiers", on n'aura pas transcendé la distinction public - privé, on se sera contenté d'opérer une privatisation de l'action publique.

Le milieu, disions-nous, réclame une perspective dialectique : il s'agit de mettre en tension le privé et le public, de féconder l'un par l'autre dans l'"entre-deux" du collectif, et non de les opposer sans conciliation ou, au contraire, de les identifier sans distance. On peut encore exprimer cette idée en recourant à la métaphore du jeu qui nous paraît très éclairante pour penser le droit. Le jeu peut être défini comme "mouvement dans un cadre" : il suppose à la fois un cadre normatif (impliquant un "législateur" et des "arbitres") et un espace de jeu où s'exerce la liberté des joueurs²⁷. Le jeu est donc la tension dynamique qui s'exerce entre un système de contraintes (le

26. Cf. notamment Morand (Ch.-A.), "La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit", in *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 181 et s.

27. Pour une exploitation systématique de cette idée, cf. Kerchove (M. van de) et Ost (F.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992.

pôle “règles”) et une possibilité de déploiement de stratégies personnelles des acteurs ; traduisons : un enchevêtrement de régulation publique et d’initiative privée. Or, l’observation du jeu enseigne que si le cadre se renforce excessivement, le jeu s’arrête, faute de liberté ; à l’inverse, le jeu s’arrête pareillement au cas où la règle se dissout par excès d’initiative des joueurs. La régulation juridique du milieu ne devrait pas faire exception à cette règle.