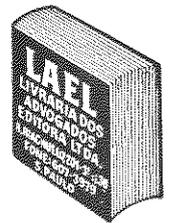


DOMAT DROIT PUBLIC

DROIT **ET ADMINISTRATION** **de L'ENVIRONNEMENT**

RAPHAËL ROMI

Professeur agrégé de droit public
à l'Université de Nantes



2^e ÉDITION

BIBLIOTECA

000491

Guilherme Feliciano

Montchrestien

CHAPITRE 1

LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT
DE L'ENVIRONNEMENT

Le droit de l'environnement ne peut être limité à une dimension du droit : voué à la prise en compte d'un objet, influencé par l'écologie — qui suppose que soit développée une vision globale des problèmes — il ne peut être qu'un droit carrefour.

SECTION 1

UN DROIT CARREFOUR

§ 1. Une matière au carrefour du droit interne
et du droit international

Il y a à cela des raisons pratiques : pour traiter des problèmes ne connaissant pas les frontières, le droit international inter- ou supra-étatique constitue par essence une réponse adéquate. Le droit international de l'environnement se veut alors, face à des échanges générateurs de dysfonctionnement⁴, la réplique d'un certain humanisme et la marque du rejet d'un excessif anthropocentrisme.

Mais il y a aussi des raisons philosophiques ou de politique juridique : l'universalisme, la solidarité internationale des peuples comme la solidarité des Etats permettent à bien des égards au droit international de l'environnement de relayer le NOI (« Nouvel Ordre Economique International ») en essayant de maintenir ou d'établir un lien entre développement et environnement⁵. A bien des égards, sur ce point, R. Dumont a été un précurseur ; l'engouement médiatique pour le sommet de Rio a montré qu'une partie de ses idées avait profondément pénétré les discours et — un peu moins ! — les pratiques des Etats.

4. R. DUMONT, « Un monde intolérable. Le libéralisme en question », Politique Points Seuil, rééd. 1991.

5. V. l'introduction du « Droit international de l'environnement » d'A. KISS, Pedone, 1989.

§ 2. Une matière au carrefour du droit privé et du droit public

Le droit de l'environnement, droit public ou droit privé ? La détermination est impossible, tant les normes s'interpénètrent. « Les questions d'environnement accentuent cette tendance à l'interpénétration : droit international public et droit international privé s'y rencontrent et parfois s'y enchevêtrent. La situation de l'Etat français dans le procès de l'*Amoco Cadiz* est symptomatique à cet égard ; pour obtenir le remboursement de ses dépenses de nettoyage et l'indemnisation de son dommage l'Etat s'en va plaider aux côtés des pêcheurs et des hôteliers, comme un particulier parmi d'autres. »⁶ Le droit de l'environnement fait des emprunts à toutes les branches du droit, le plus souvent sans ordre, devant l'urgence (comme le notait pour la matière un pénaliste, même « le recours au droit criminel se fait dans le désordre le plus absolu »⁷), ce qui n'est pas sans susciter « un sentiment de suffocation chez les juristes »⁸.

Cependant, la reconnaissance de la validité du concept d'« ordre public écologique » pourrait conduire à accepter que le droit de l'environnement présente une forte connotation de droit public. A l'analyse, ce présupposé ne tient pas, car si la notion d'ordre public sert bien à déterminer le champ des polices administratives, elle sert aussi, en droit privé, à définir des comportements admissibles comme à clarifier des éléments de procédure. En admettant que l'ordre public écologique soit défini, il sert de fondement à la construction de systèmes juridiques et à l'usage de principes de normes, et de voies contentieuses qui peuvent relever du droit public comme du droit privé... ou de droits qu'il n'est plus concevable de placer dans l'un de ces champs (droit du travail, droit pénal). L'absence de troubles écologiques, pour reprendre l'expression de F. Caballero, peut se rechercher, voire s'atteindre, par toutes voies. Et si la prévention de ces troubles relève à l'évidence plus clairement des polices administratives générale ou spéciale, la réparation, la compensation, la répression de ces troubles relèvent de branches du droit public comme de branches du droit privé. Patchwork, donc, le droit de l'environnement ne s'est pas moins construit progressivement une autonomie.

SECTION 2

UN DROIT AUTONOME EN CONSTITUTION

Il est vrai que « l'on a peine à discerner, au travers de la prolifération de textes, ce corps de règles cohérent, animé de principes propres sans lesquels on ne saurait parler

6. M. RÉMOND-GOULLAUD, « Du droit de détruire », PUF Les Voies du droit, 1989, p. 257.

7. M. RÉMOND-GOULLAUD, « Du droit de détruire », *op. cit.* p. 105.

8. J. H. ROBERT, M. RÉMOND-GOULLAUD, « Droit pénal de l'environnement », Masson, 1983, p. 29.

d'un droit »⁹. Mais il a au moins un objet, des objectifs cohérents, et pour tout dire une philosophie.

§ 1. La définition d'un objet

Elle n'est certes pas simple : mais, à travers la notion d'environnement, la notion de nature, la notion de pollution et celle de nuisance, c'est une même stratégie qui s'énonce, quelque peu anthropocentrique en un sens, mais d'un anthropocentrisme qui serait moins absolu, plus respectueux des ressources et du patrimoine naturel, que l'anthropocentrisme régnant dans le monde du droit comme dans le monde de la science.

A — L'ENVIRONNEMENT

1. La définition de la notion d'environnement

L'environnement est selon le Larousse « l'ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme » ; et la définition est si large que, comme le soulignait J. Lamarque dans son traité de « Droit de la protection de la nature et de l'environnement »¹⁰ et comme le rappelle F. Caballero (*op. cit.* p. 3), elle peut à la limite désigner l'ensemble de ce qui conditionne ou désigne le contexte des activités humaines et ces activités elles-mêmes en temps qu'elles utilisent ce contexte et l'influencent. En fait, pour reprendre le mot de J. de Lanversin¹¹, « le mot ... correspond à une idée relativement claire dans son noyau central et imparfaitement précise dans ses contours ».

2. L'anthropocentrisme de la référence à l'environnement

La référence à l'environnement du droit de l'environnement est teinté de la vision organiciste développée entre autres par J. Lovelock (« La Terre est un être vivant », Ed. Du Rocher, 1986). Mais cette vision organiciste est aussi une vision systémique : Gaïa, risquant dans ses nouveaux équilibres de ne pas laisser de place à l'espèce humaine, mérite que celui-ci régule ses activités en conséquence. Dès lors, le droit de l'environnement obéit clairement à un critère finaliste (Prieur, p. 8, Despax, p. 15) qui

9. M. RÉMOND-GOULLAUD, « Du droit de détruire », PUF Les Voies du droit, 1989, p. 24.

10. LGDJ, 1973, p. XV.

11. « Contribution du juge au développement du droit de l'environnement », Mélanges M. WALINE, Le juge et le droit public, T. II, 1974, p. 519.

le conduit à un « anthropocentrisme inéluctable »¹². La référence à la nature pourrait ne pas conduire aux mêmes voies, mais cela dépend des choix idéologiques faits. Elle complète et précise la référence à l'environnement, et ne s'identifie que partiellement à elle. De toute manière, elle ne la remplace pas.

B — LA NATURE

1. L'existence de la nature

Comme le rappelle Jean Untermaier¹³, « la nature est une réalité mouvante, dont seules les limites extrêmes sont connues ». Cela ne constitue ni une bonne raison pour la croire inexistante, ni une cause d'impossibilité de traitement juridique. En un sens, comme l'écrit S. Charbonneau, « ... la technique de la Déclaration des droits constitue la manifestation la plus caractéristique de l'affirmation selon laquelle il y a dans la nature même de l'homme certains droits qui doivent être considérés comme naturels »¹⁴... et « le droit à la nature fait aujourd'hui partie du droit naturel »¹⁵. Mais il serait tout aussi dangereux de la mythifier.

2. La mythification de la nature

De la question posée par C. Stone¹⁶ (V. *infra* nos développements sur la diversité biologique) à quelques passages troublants des œuvres complètes d'A. Wachter¹⁷ (qui répudiant les « matériaux industriels anonymes et apatrides », et faisant appel à « une autre référence culturelle que l'universelle, anonyme et déterritorialisée », donne peut-être à son corps défendant l'impression d'entamer un « hymne néo-ruraliste... »¹⁸), nombreuses ont été les mythifications de la nature qui donnent l'impression de ne constituer que des anthropocentrismes inversés. Il convient plutôt par prudence de considérer la nature comme le faisait dès 1965 J. Dorst¹⁹ : « le vieux pacte qui unissait l'homme à la nature a été brisé, car l'homme croit maintenant posséder suffisamment de puissance pour s'affranchir du vaste complexe biologique

12. M. RÉMOND-GUILLOUD, « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement », PUF, coll. Les voies du droit, 1989, p. 45.

13. « La conservation de la nature et le droit public », Thèse Lyon II, 1972, dact. p. 3.

14. F. CABALLERO, *op. cit.* p. 301.

15. S. CHARBONNEAU, « L'Etat et le droit de l'environnement », *Esprit*, 1976, p. 405.

16. « Should trees have standings? Toward legal rights for natural objects », *Southern California Law Review*, 1972, n° 2, vol. 45. V. le commentaire de F. CABALLERO, *op. cit.* p. 310-313, l'article de C. HUGLO, « Vers la reconnaissance d'un droit de la nature à réparation », *LPA* 29 septembre 1993 et les développements de F. OST, « La nature hors la loi », *La Découverte*, 1995.

17. « Dessine-moi une planète », Albin-Michel, 1990.

18. V. commentaire ALPHANDÉRY, BITOUN, DUPONT, p. 148.

19. « La nature dénaturée », Points/Delachaux et Niestlé, rééd. Paris, 1970, p. 12 ; V. comm. in ALPHANDÉRY, BITOUN, DUPONT, *op. cit.* p. 47 et s.

qui fut le sien depuis qu'il est sur terre ». Dès lors, l'érection d'un nouveau contrat naturel (V. *infra*) peut constituer un objectif d'un nouveau droit ; et dès avant la réalisation — peut-être impossible — de cet objectif, la mise en place de dispositifs modérateurs peut constituer le mobile de la construction d'une nouvelle branche du droit. Le point de départ de cette nouvelle construction peut parfaitement être en un sens l'homme lui-même : en dehors d'une revendication partagée par un grand nombre d'un droit à la nature, la lutte contre les pollutions et les nuisances, constitutives d'agressions directes contre le bien-être, peut fournir une motivation.

Comme l'explique F. Ost dans « La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit », après une phase durant laquelle, l'appréhension anthropocentrique de la notion de nature n'étant pas contestée, la nature ne constituait aux yeux des juristes qu'un objet juridique, il était normal qu'une réaction se produise, qui conduisit à proposer sans grand succès que le droit la considère comme un sujet de droits. A une mystification — reposant sur l'idée que le droit devait produire les paradigmes et les procédures sanctionnant et favorisant la maîtrise humaine de la nature — l'on tenta de substituer une véritable mythification de la Nature, qui recelait des dangers pour la démocratie, bien perçus mais trop violemment exposés par L. Ferry. Elle n'en était pas moins défendable sur le strict plan juridique. La première approche demeure malgré cette « offensive » aussi prégnante que naguère et teinte encore bien des branches du droit positif, jusqu'au droit de l'environnement. F. Ost oppose à ces deux approches extrêmes une démarche médiane, qui consisterait à développer un projet pour la nature (la « nature-projet » relayant la « nature-objet », sans tomber dans les travers de la « nature-sujet »).

Le juriste ne peut guère aborder la nature en des termes mystiques, il ne peut plus se comporter en cartésien obtus. Il lui faut pour cela accepter les enseignements de l'interdisciplinarité développée par les « écologues », et donc s'écarter de la logique cartésienne comme d'une logique purement utilitariste. Il doit, au nom de la simplicité des concepts, en un mot, choisir d'assumer la complexité de la recherche. Le droit de l'environnement ne peut en conséquence que suivre le trajet difficile de l'écologie scientifique ; mais l'on aurait garde d'oublier qu'il doit aussi rester un droit, c'est-à-dire un ensemble d'outils et de concepts effectifs. La consécration de la responsabilité comme moteur de la conscience du monde des juristes est dès lors une voie toute tracée. Mais cette responsabilité ne joue pas que pour nous, notre lieu, ou notre époque : le Sommet de Rio — dont on pourra dire des choses bien négatives, à juste titre — aura au moins eu le mérite de dépasser un tant soit peu l'eurocentrisme et de contribuer à ce qu'il soit aussi question, dans notre droit, des générations futures. F. Ost use de ce premier socle, comme de la pensée de philosophes classiques (Kant) ou contemporains (J. Rawls et J. Passmore, H. Jonas surtout, B. Barry), pour amorcer son plaidoyer pour une « nature-projet ». L'adoption de la notion de « patrimonialisation de la nature », en ce sens, permettrait au droit de l'environnement une démarche juridique volontaire et audacieuse. Cette démarche est militante ; elle se veut telle, et ne peut qu'être telle, sauf à choisir, comme l'affirme en ses dernières pages F. Ost, de rester dans « l'injuste milieu ». F. Ost a le mérite, dans cette logique, de réactualiser les interrogations déjà anciennes sur la fonction sociale de la propriété en les inscrivant dans la ligne du « développement durable ». Il ouvre ce faisant de nouvelles pistes de recherche, tout en nous offrant sans complaisance une manière de bilan de la pensée de notre temps sur la nature.

C — LES POLLUTIONS ET LES NUISANCES

1. *Les notions de pollution et de nuisance*

La définition du mot nuisance est, *stricto sensu*, incapable de faciliter l'identification d'un droit autonome de l'environnement : il est une multiplicité de nuisances. F. Caballero signalait à juste titre en introduction de sa thèse (*op. cit.* p. 1) que l'origine en est le mot latin « nocumentum », qui « revêt à l'origine, en vieux français, un sens très large puisqu'il recouvre d'une façon générale toute action susceptible de nuire ». Il y a certes eu une évolution moderne du concept de nuisance, et l'on entend par là désigner désormais « toute action susceptible de nuire à l'environnement » (F. Caballero, *op. cit.* p. 3). Il subsiste une relative indétermination de la notion, qui peut désigner des bruits, des effets de déchets, des troubles « multifformes » (V. F. Caballero, *op. cit.* p. 7). Mais, comme le souligne dans sa remarquable thèse cet auteur, « envisagée en tant qu'agression contre l'environnement génératrice d'effets de droit, la notion de nuisance constitue une catégorie juridique autonome justiciable d'un traitement particulier » (*op. cit.* p. 13). Plus exactement, la définition est opérationnelle en tant que l'on considère la nuisance comme un « fait juridique nuisible à l'environnement ».

La définition du mot pollution recouvre une réalité large également, mais qui détermine à l'évidence des actions conscientes ou inconscientes portant atteinte à un ou des éléments naturels qui peuvent être déterminés, identifiés, localisés : pollution de l'air, pollution de l'eau, pollution des sols. Si les mots « pollution » et « nuisance » sont parfois utilisés indifféremment, on trouvera souvent, quoique peu clairement formulée, une distinction entre les deux notions construites autour de leur localisation, de la localisation de leurs effets plutôt, de leur territoire, pourrait-on dire : ainsi P. Fouquié, dans son vocabulaire des sciences sociales²⁰, désigne-t-il la nuisance comme une « dégradation nocive de l'environnement due essentiellement aux conditions de l'existence dans les grandes agglomérations et aux déchets de la production industrielle ».

2. *Les limites d'un droit des pollutions et nuisances*

En tant que telle, la différenciation des deux concepts n'est guère opérationnelle : peu importe à la victime que l'origine du dommage soit désigné par le terme « nuisance » ou par le terme « pollution », seule lui importe la réalité du dommage. Mais la différence entre les deux notions²¹, dans l'approche du droit, peut servir à déterminer des différences de méthode : ne serait-ce que parce que l'identification

20. PUF, 1978, p. 237. V. le commentaire de F. CABALLERO, *op. cit.* p. 5 et note 25.

21. Qui n'est pas, il faut le redire, facile à faire, mais qui est faite couramment (V. M. RÉMOND-GOUILLOU, « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement », PUF, coll. Les voies du droit, 1989, p. 40 et s.).

d'une cause de dommage en « nuisance » sera plus marquée d'anthropocentrisme que son identification en « pollution ». Il n'en reste pas moins que, à bien des égards, les régimes juridiques des pollutions et nuisances constitue un droit parcellisé, un droit cloisonné, parce qu'il s'agit essentiellement d'un droit de résistance fortement marqué par un caractère sectoriel. Seule son incorporation dans un droit plus large (le droit de l'environnement) est à même, on le verra, de susciter une relative unification de ces régimes par le biais de la mise en proximité de techniques différentes, modifiables et susceptibles d'être traitées dans un même esprit commandé par la poursuite d'objectifs communs et sous-tendu par une philosophie commune.

§ 2. *La définition des objectifs*

Car il s'agit bien, pour et avec le droit de l'environnement, de la création d'un « particularisme » autour d'un objet nouveau (Prieur, p. 10). Création qui, à défaut de poursuivre un impossible objectif unique — qui peut demeurer ou devenir une référence —, en poursuit plusieurs, de mieux en mieux identifiés.

A — L'IMPOSSIBLE CHOIX DE L'UNICITÉ DE L'OBJECTIF :
LE CONTRAT NATUREL

Dans cette optique, la philippique en faveur du contrat naturel de M. Serres a donné aux juristes de l'environnement une leçon de communication²². L'homme est un animal, il a comme les autres animaux développé une approche « stercoraire du droit de propriété »²³. Et nous serions arrivés à « une bifurcation de l'histoire : ou la mort ou la symbiose » avec la nature. L'auteur replace l'homme dans la nature et à sa place : significatif est le fait qu'il utilise pour ce faire le concept peu usité pour l'humanité de « niche »²⁴. Il en dérive inéluctablement une prise de position politique — au sens étymologique premier du terme. Tous les rapports de l'homme et de la femme sont repensés dans leur globalité, et dans leur contexte : c'est bien la niche de l'homme et les maillons de la chaîne écologique qui sont en jeu, et leurs interactions qui comptent. Il s'agit d'un autre discours politique, mais pas d'un discours a-politique : la Cité en question²⁵ est simplement plus large que la petite cité « Humanité ». M. Serres ne le nie pas : « désormais le gouvernant doit... inventer un nouveau contrat naturel en redonnant au mot nature son sens originel des conditions dans lesquelles nous naissons... ». Par ailleurs, si M. Serres dresse un tableau des mauvais procès infligés

22. Fort justement, M. RÉMOND-GOUILLOU, dans son livre « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement » (PUF, coll. Les voies du droit, 1989), relevait que « de la science au droit » il y avait comme « des difficultés de communication » et tentait d'y proposer des remèdes (p. 289 à 296).

23. M. SERRES, p. 59.

24. P. 60.

25. Ce que M. SERRES appelle « Monde-Nature ».

par le droit à la science²⁶, il n'innocente pas la science : « ...toute science de la nature, sorcière ou apprentie sorcière, irresponsable des affaires sociales, se livra ou se livre encore pendant un temps au sabbat. Elle creuse des ronds dans l'herbe, elle troue la couche d'ozone en cercle... »²⁷.

Partant, le droit de l'environnement obéit à un nouveau type de recherche de conciliation, en fonction d'objectifs qui ne sont pas réductibles à la seule limitation des progrès de la science — le droit de l'environnement n'étant qu'un moyen, et parmi d'autres, de cette conciliation — et ne le sont pas non plus à la construction d'un droit de la nature ou à la pérennisation d'un droit des pollutions et nuisances, fabriqué par strates et pêchant en conséquence par défaut de logique d'ensemble. Si la conclusion d'un « contrat naturel » demeure un idéal²⁸, le droit de l'environnement doit tendre à la satisfaction de cet idéal en cherchant à atteindre des objectifs plus immédiatement opérationnels.

B — LE CHOIX RAISONNABLE : LA PLURALITÉ DES OBJECTIFS

Ainsi que cela sera expliqué *infra* (troisième et quatrième parties), le droit de l'environnement, même si ce choix n'apparaît pas encore nettement faute d'être suffisamment éclairci, poursuit principalement deux objectifs : le maintien de la diversité biologique et la promotion d'un développement soutenable.

L'objectif de maintien d'une diversité biologique fournit une recette de traitement principal de la nature et des éléments des écosystèmes ; il s'agit de rendre moins anthropocentrique le droit de l'environnement, au moyen d'une autre définition du rapport aux écosystèmes et aux espèces voisines, plus respectueuse de la nature et des ressources naturelles. L'objectif de promotion d'un développement soutenable — ou « écodéveloppement » — n'est jamais qu'un autre aspect de la même chose, en un sens : il s'agit de la description de nouvelles attitudes de l'homme dans le traitement et dans l'exploitation des ressources naturelles et des siennes propres, caractérisées, selon les termes définis par I. Sachs, par la recherche d'une « durabilité sociale, d'une durabilité économique, d'une durabilité écologique, d'une durabilité spatiale et d'une durabilité culturelle ».

L'enjeu immédiat de la poursuite de ces objectifs est évident : s'il s'agit d'éviter ou à tout le moins de freiner l'irréversible détérioration des ressources naturelles et des rapports humains, il s'agit surtout dans l'immédiat de tenter que les choses ne soient pas aggravées par la perpétuation d'une attitude de démiurges. En cela, le développement du droit de l'environnement a comme premier enjeu la régulation des excès potentiels de la science, dont il est — on l'a dit — un vecteur qui pourrait devenir essentiel.

26. P. 101 et s.

27. P. 103.

28. Dont les expressions peuvent être diverses, et pour certaines riches d'ambiguïtés : V. F. OST, « La nature hors la loi », La découverte, 1995, p. 182 et s.

L'ENJEU PRINCIPAL : LA CONTRIBUTION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT À LA RECHERCHE D'UNE RÉGULATION DES RAPPORTS ENTRE SCIENCE ET DROIT

Ce n'est en effet nullement un hasard si dans le débat entre science et droit, le droit de l'environnement occupe une place à part et délicate²⁹. Si l'environnement est en danger, c'est en grande partie parce que la science a donné à l'humanité l'illusion de maîtriser la nature, avant de la détromper cruellement. Et maintenant que, à peu de chose près, toute avancée scientifique d'un peu d'envergure est frappée d'opprobre parce que considérée comme potentiellement créatrice de nouveaux dangers, la tentation est grande de croire que le droit de l'environnement est un ennemi irréductible de la science. Risque alors de se développer une vision réductrice de leurs rapports³⁰, rassurante à bien des égards³¹. Les limites imparties par les dimensions de cette introduction ne permettent pas de lever cette ambiguïté génératrice de plus de questions que de solutions³², mais il est possible de tracer quelques pistes. Toutes montrent que si, à bien des égards, la collaboration entre droit de l'environnement et science est inévitable³³, la confrontation de ces deux « blocs de savoir », objets et résultats de recherches et de démarches radicalement différentes, n'est pas une confrontation en champ clos, mais bien une opposition influencée par des facteurs socioculturels et politiques extrêmement complexes³⁴... Elle ne peut en conséquence,

29. V. R. ROMI, « Le droit de l'environnement, lien entre droit et science » AJDA, 1991-4.

30. Et une conception tronquée de la science, tant il est vrai que, comme le droit, elle est avant tout un outil. Par ailleurs, il y a science et science : l'écologie politique est en grande partie le fruit des avancées épistémologiques de l'écologie scientifique. Les avancées de cette branche des sciences dites « exactes » sont à la mesure des inquiétudes que suscite (surtout depuis une vingtaine d'années) chez les scientifiques l'usage de la science par les sociétés modernes (cf. à ce propos, et même s'il date un peu, le livre d'A. JAUBERT et J. M. LÉVY-LEBLOND, « (Auto) critique de la science », Points Sciences, 1975).

31. En ce que la responsabilité des risques encourus et des dommages subis peut être rejetée à bon compte sur les « autres » : les scientifiques, les hommes politiques, le système... dont, bien entendu, l'on ne fait pas partie.

32. C'est une des dimensions intéressantes de la problématique de M. SERRES, « Le contrat naturel », François Bourin, 1989.

33. Elle est d'ailleurs consacrée par l'instauration de multiples processus et lieux de concertation.

34. Ce qu'exprimait H. OBERDORFF dans son exposé sur « Quelle intervention du droit ? » in « Le Droit au contact des innovations technologiques », Université J. Monnet, CÉRCRID 1989, p. 13 : « Chaque grand choix technologique contient aussi un choix de société. »

moralement parlant, rester l'apanage de seuls spécialistes, qu'ils soient « scientifiques » ou « juristes ». Elle ne peut non plus se résumer à un affrontement stérile et manichéen entre scientifiques et juristes de l'environnement³⁵, ni d'ailleurs à une collaboration qui aboutirait à une soumission des uns aux autres³⁶. Elle ne saurait, enfin et surtout, être négligée par les juristes de droit public, tant elle les interroge sur les concepts qui constituent le fondement même de leurs raisonnements, au premier rang desquels figure le concept d'intérêt général...

Le droit ne naît pas de rien. Dans ce qu'il convient d'appeler une économie de marché, l'apparition de normes de prévention ou de répression des pollutions³⁷ résulte de mouvements ou de phénomènes qui sont considérés comme autant de perturbations de fonctionnement du « marché »... La collaboration entre scientifiques et juristes — et donc entre science et droit — dans la résolution et le traitement des problèmes d'environnement est avant tout une collaboration obligée, de l'extérieur. Ceci explique et implique qu'elle ne résulte pas clairement de compromis fondés sur des bases claires³⁸. Il est dès lors tout à fait logique — c'est d'ailleurs aussi le fruit du caractère éclaté de nos sociétés occidentales, complexifiées par l'économie moderne — que cette collaboration soit multiforme : si, paradoxalement, l'existence d'une collaboration obligée entre scientifiques et juristes est inconsciemment ou consciemment non posée, non pensée, elle ne s'en rencontre pas moins à toutes les étapes du processus juridique³⁹ ; elle mériterait en conséquence d'être re-pensée.

35. Lire à cet égard le petit historique pétri d'humour fait par M. SERRES, in « Le contrat naturel », p. 85-149.

36. Il s'agirait alors d'une transcription pure et simple d'une des images les plus stupides qui ait été livrée les dix dernières années par le monde politique : l'écologiste obscurantiste ne saurait être qu'un partisan du retour à la caverne et aux bougies... De là à penser que son auxiliaire, le juriste de l'environnement, est à mettre dans le même sac, il n'y a qu'un pas. Accepter cette image équivaut à refuser toute confrontation équilibrée, c'est-à-dire raisonnable, entre droit et science.

37. Nous ne confondons pas le droit de l'environnement et les normes de prévention et de répression des pollutions : le premier a un champ d'action plus étendu, mais le droit des pollutions est le socle d'un droit de l'environnement en devenir, en formation.

38. M. SERRES ne dit pas autre chose quand il propose la conclusion d'un « contrat naturel » en lieu et place du contrat social, ou, mieux, pour prendre le relais de celui-ci.

39. Il en est ainsi dans d'autres domaines, et en particulier dans les domaines économiques ou médicaux. Pour ce qui concerne le droit économique, cependant, les argumentations « scientifiques » sont susceptibles de plus d'interprétations que les argumentations des écologues : V. B. MARIS, « Des économistes au-dessus de tout soupçon », Albin-Michel, 1989.

§ 1. Une collaboration nécessaire et multiforme

A — LA NÉCESSITÉ...

Pour une large part, le droit de l'environnement est « né de la pression irrésistible du mouvement écologiste »⁴⁰. Plus encore, le droit de l'environnement a vu ses avancées rythmées par des catastrophes⁴¹. Il est par ailleurs exact qu'une demande émane des scientifiques, eux-mêmes, en rapport avec ces grandes peurs... et avec les leurs⁴². Ces demandes, jointes à celles des associations⁴³ et aidées par la guérilla contentieuse que celles-ci ont entamé depuis les années 1970⁴⁴, ont contribué à l'émergence de normes nombreuses et diverses, certes articulées autour du texte fondateur — pour ce qui concerne la France — de 1976, ou, plus exactement, autour des nouveaux concepts introduits dans le droit français par ce texte. Mais à cette collaboration, les juristes aspirent aussi : la finalité première du droit est de rendre possible le fonctionnement d'une société... c'est-à-dire de « ... fournir des éléments fondés sur une rationalité extérieure aux parties. C'est la condition pour départager les intérêts sur une base que l'on dira objective »⁴⁵.

Quelle base apparemment plus « objective », pour estimer les limites à poser à la mainmise de l'homme sur la nature et sur l'espace, qui dépend pour une large part des outils inventés par la science, que de s'en remettre aux données fournies par elle ? C'est bien sûr loin d'être un fait nouveau, mais c'est en quelque sorte un fait inversé : la logique cartésienne (« la science permet de mener un projet de maîtrise de la nature ») devant coexister — et non exactement laisser la place⁴⁶ — à une logique relativiste (la science montre que la nature n'est pas toujours maîtrisable et qu'il convient parfois de ne pas chercher à la maîtriser — la science maîtrise, *via* la légitimité qu'elle confère à des normes et attitudes juridiques, l'emprise de l'homme sur la nature). C'est là une situation éminemment conflictuelle, qui explique en partie

40. J. MORAND-DEVILLER, « Le droit français de l'environnement : progrès, carences », *RFAP* janvier-mars 1990, p. 23.

41. Cf. M. RÉMOND-GOULLAUD, « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement », PUF, « Les voies du droit », 1989, p. 75 à 83, chapitre intitulé « Les grandes peurs ».

42. Cf. R. CARBIENER, « La demande de scientifiques », in « L'écologie et la loi », sous la direction d'A. KISS, L'Harmattan, 1989 ; cf. également, dans une problématique un peu différente, B. KALAORA et G. R. LARRÈRE, « Les sciences sociales et les sciences de la nature, au péril de leur rencontre », in « Du rural à l'environnement », sous la direction de M. JOLLIVET et N. MATHIEU, L'Harmattan, 1989, p. 81 et s.

43. Cf. S. DOUMBÉ-BILLÉ, « La demande des associations », in « L'écologie et la loi », *op. cit.* p. 272.

44. Symptomatique de cette vocation « contentieuse » des associations, leurs très nombreux recours contre les arrêtés d'ouverture et de fermeture de la chasse.

45. M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Introduction générale au droit », Eyrolles Université, 1990, p. 4.

46. V. E. PISIER-KOUCHNER et F. CHATELET, « Les conceptions politiques du xx^e siècle », PUF Thémis Science Politique, p. 605 et s. et 613 et s. Le débat sur les inséminations artificielles par donneur ou sur la génétique montrent bien que la science sert encore à maîtriser la nature, d'où le renouveau des débats sur l'éthique (cf. B. EDELMAN et alii, « L'homme, la nature et le Droit », L'Harmattan, 1989).

que se soit construit en marge d'autres branches du droit un droit qui aspire à l'autonomie et à l'interdisciplinarité : le droit de l'environnement⁴⁷. Cette construction est le fruit d'une généralisation de la recherche d'une approche globale de la société moderne, qui transcende les obstacles de la monodisciplinarité.

L'impact d'une telle recherche sur le droit ne se laisse pas facilement appréhender ; mais, d'une manière générale, les juristes ont perçu qu'autour d'eux la logique qui préside à l'approche des ressources naturelles et de l'espace a évolué. « Les changements sociaux interviennent quand les individus modifient la façon dont ils perçoivent certains des éléments qui composent le monde où ils vivent », affirme L. Brown ; ils franchissent un « seuil de perception »⁴⁸... Il en a été ainsi pour la société civile, pour les pouvoirs publics à leur suite, et pour les juristes en conséquence : le droit, l'interprétation du droit, la critique du droit et jusqu'à la façon d'en user se sont modifiés, quant à l'approche de l'environnement, de manière irréversible, dans les vingt dernières années. C'est ainsi que — sans pour cela résoudre les implications économiques de telles constatations — le droit public, poussé dans ses retranchements, a dû commencer à concevoir autrement qu'il ne le faisait des phénomènes tels que la désertification. Il n'est plus possible, par exemple, de ne penser le maintien d'activités économiques en milieu rural et surtout en montagne que comme un moyen de faire vivre des hommes : la désertification⁴⁹ n'est pas seulement un problème humain, c'est une pièce d'un problème plus vaste. « Les avalanches existent évidemment avec la non-fenaison, ou le non-pacage des prairies d'altitude » ; « comme on ne tond plus, les herbes poussent, puis elles se couchent sous la neige, formant un tremplin pour les avalanches » ; « en outre dans les zones menacées par les avalanches, on construit au bas des couloirs ». L'approche anthropocentrique qui a présidé au traitement de ce type de problèmes par les pouvoirs publics, secondés efficacement par les juristes, a conduit à ces aberrations qu'a tenté — avec un succès très relatif — de traiter la loi « Montagne » (voir *infra*). En clair, le droit de l'environnement, dans son appréhension globale des problèmes, contribue à enrichir le droit public économique comme le droit de l'aménagement du territoire en suggérant et en légitimant des orientations, par exemple pour les aides consenties aux entreprises, qui se situent quelquefois aux antipodes de celles qui étaient adoptées officiellement il n'y a pas si

47. Qui suit le sort de l'écologie politique : de même que les idéologues de l'écologie politique ont construit leurs organisations politiques propres (parce qu'ils considèrent les partis politiques traditionnels comme incapables d'assumer leur « nouvelle » approche globalisante de la société et du monde) pour « écologiser » la politique de leur lieu propre, de même le droit de l'environnement se construit parce que les branches existantes du droit ne peuvent intégrer sans stimuli extérieurs les impératifs de protection de l'environnement ; voir, significative à cet égard, la conclusion de « L'écologie et la loi », L'Harmattan, 1989, rédigée par A. C. KISS.

48. L. BROWN, « L'état de la planète », *op. cit.* p. 4.

49. H. TAZIEFF, « La désertification facteur de risques », *Aménagement et Nature*, automne 1980, n° 91, p. 4 et s.

longtemps⁵⁰. C'est ainsi, également, qu'il se retrouve confronté à de nouveaux concepts, que les scientifiques ont contribué à fonder rationnellement, tel celui de « diversité biologique »⁵¹ ou celui, plus fondamental, d'écosystème : d'où l'introduction dans le droit français de mesures de limitation d'activités pourtant liées aux conquêtes de la Révolution française⁵² ou à l'idéologie de la révolution industrielle⁵³. Mais ces « découvertes » ne sont pas traduites en normes juridiques sans résistances. C'est toute la difficulté d'une approche globale et non économiste de la place de l'humanité, dans une société fragmentée où les intérêts catégoriels l'emportent souvent sur l'intérêt général : il n'est pas faux de dire que le droit de l'environnement est avant tout un droit « contre », un droit de « réaction ». Cela induit, dans un premier temps au moins, que les règles adoptées soient des règles éclatées, que le droit de l'environnement soit un droit en miettes⁵⁴ et, conséquence inéluctable même si dramatique, que la mauvaise rédaction des normes soit — pour l'heure — une constante du droit français de l'environnement⁵⁵.

50. L'angélisme n'est pas de mise : dans les faits, la procédure UTN, par exemple, n'a en rien ou presque ralenti le développement d'une économie univoque fondée sur cet or blanc de plus en plus rare : preuve que, si les orientations de la loi Montagne sont bonnes, le mécanisme juridique qui prétend les traduire n'est pas adapté aux rapports de force sur le terrain. On en trouvera pas moins excessive la conception réductrice de M. BARRUÉ-PASTOR, *in* « Cent ans de législation montagnarde : des images contradictoires de la nature », *in* « Du rural à l'environnement », précité, p. 225, qui conclut son propos (p. 235) — par ailleurs émaillé de quelques approximations juridiques — par les mots suivants : « nous avons vérifié que tout au long du siècle passé, la recherche d'argumentations « scientifiques » (sic) a toujours servi de médiation à l'intervention de l'Etat ». Certes, mais le moyen de faire autrement ? Qui, à part l'Etat ou les collectivités locales, est à même, dans notre société, de ramer à contre-courant des données du marché ? Faut-il entendre que, pour certains sociologues, dont M. BARRUÉ illustre les propos, il faut criminaliser les recherches scientifiques au motif qu'elles ont légitimé l'intervention des pouvoirs publics ? Ou que les scientifiques, parce qu'ils sont scientifiques, sont automatiquement à la botte de l'Etat, et que, donc, leurs théories et approches comme l'utilisation qui en est faite sont pour cette raison à rejeter en bloc ? M. SERRES fait justice dans son « Contrat naturel » de tels excès, tout en développant il est vrai le même style d'anathèmes contre les juristes (v. à ce propos R. ROMI, « Un petit livre pour une grande idée, à propos du contrat naturel de M. Serres », *Quotidien Juridique*, 16 juin 1990).

51. C. DE KLEMM, « La conservation de la diversité biologique », *RJE* 4-1989, p. 397 ; M. A. HERMITTE, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *RFAP* janvier-mars 1990, p. 33 et s.

52. La chasse...

53. La liberté du commerce, avec par exemple la législation des installations classées.

54. M. CHEMILLIER-GENDREAU préfère pour sa part parler de « droit balbutiant » ; sa définition des causes de cet état de certaines branches du droit est à retenir (*op. cit.* p. 140) : « Il s'agit de ces situations très nombreuses dans lesquelles le rapport de forces n'est pas dépassé, les termes de la contradiction sont confus, les intérêts dominants rencontrent des résistances qui s'organisent et suffisent à empêcher la formulation de la norme souhaitée par certains groupes »...

55. Ainsi que, évidemment — mais l'on en a déjà tellement parlé ! — du retard dans l'adoption des décrets d'application des lois d'environnement : cf. R. ROMI, « Le droit public de l'environnement vers la maturité », *RDP*, 4, 1990, p. 1121. L'on pourrait également gloser à l'infini sur les problèmes du non-respect par les autorités elles-mêmes des décisions juridictionnelles... et du peu de portée de celles-ci, prises souvent quand les situations considérées sont devenues irréversibles.

B — LA DIVERSITÉ...

Une place notable est d'abord reconnue à la science et aux scientifiques dans l'élaboration par l'Etat d'un droit de prévention. Ce droit, qui fait partie intégrante du droit de l'environnement⁵⁶, est « essentiellement composé de règles préventives dont la conception et le respect relèvent du monopole de la puissance publique »⁵⁷; ces règles s'appuient sur l'appréciation de données scientifiques dont l'exactitude importe peu en fait⁵⁸, pourvu qu'elles soient reconnues comme norme à un moment donné. L'on retrouve également cette fonction d'auxiliaire d'objectivation dans le cadre du recours, fréquent en matière de protection de la nature, à « l'administration consultative, avec les inconvénients (cogestion administrative, prédominance d'intérêts catégoriels) et les avantages (plus grande compétence technique) » qu'elle entraîne⁵⁹. Mais ce n'est pas toujours dans le cadre d'institutions préexistantes, pérennisées, que les pouvoirs publics recourent aux scientifiques : la désignation d'experts et la prise en compte de facteurs scientifiques sont courantes dans les procédures préalables à l'adoption de normes : c'est à ce stade que se pose essentiellement le problème de l'expertise scientifique. Celui-ci resurgit dans le cours de ce que l'on pourrait appeler « la phase contentieuse ». En effet, ce n'est pas qu'au stade de l'évaluation des dommages éventuels que surgissent la science et le scientifique, mais aussi, souvent, à d'autres stades de la procédure, voire d'une façon plus originale, à l'occasion de la mise en place ou de la « redécouverte » d'une procédure. Très significatif à cet égard est le recours du ministre de l'Environnement à un rapport du Muséum d'histoire naturelle et de l'ONC pour ce qui concerne l'interprétation des termes de la directive de 1979 sur les oiseaux de passage⁶⁰.

56. S. CHARBONNEAU, « La nature du droit de la prévention des risques technologiques », *RFDA* 4-1988, p. 529. V. la présentation stimulante de F. OST, « Le juste milieu, pour une approche dialectique du rapport homme-nature », in « Images et usages de la nature en droit », p. 13 et s.

57. S. CHARBONNEAU, « La nature du droit de la prévention des risques technologiques », précité, p. 530.

58. Le concept d'exactitude serait lui-même à mettre en cause : l'on ne savait rien il y a quelques années des effets de produits dont on découvre qu'ils sont en fait, accumulés, extrêmement dangereux ; les données scientifiques de l'époque qui ont présidé à leur mise sur le marché n'étaient pas inexactes ; elles étaient incomplètes... ce n'est pas la même chose (pourquoi n'a-t-on pas cherché plus avant ? Pourquoi n'y avait-il pas de crédits ? Quels crédits ? etc.).

59. T. DEBARD, « La réception des nouvelles technologies en droit administratif », in « Le droit au contact de l'innovation technologique », CERCRID, précité, p. 61. Pour T. DEBARD, ces conséquences sont assez défavorables ; on est libre de ne pas être d'accord : peut-être vaut-il mieux une cogestion transparente, même si elle laisse un droit à l'expression des intérêts catégoriels, qu'une prétendue action unilatérale qui, sous couvert de secret et d'intérêt général, prédispose souvent à la domination de lobbies. Par ailleurs, l'étude de la composition des structures consultatives est éclairante : la place laissée aux scientifiques est presque toujours supérieure à la place laissée aux associations de la nature.

60. Excellent exemple que celui-ci : car il permet de traiter des rapports entre pouvoir administratif et science d'une manière claire, démystificatrice à bien des égards. En effet, alors que les associations ont obtenu du C.E. l'adoption d'une interprétation du rapport en gros conforme à leurs vues (on doit entendre par période de reproduction et de nidification la période comprise entre le début des périodes de nidification

Evidemment, la mise en place par le décret de 1977 des procédures de l'étude d'impact et de la notice d'impact, comme la tentative d'imposer la mise en place de « Plans d'Exposition aux Risques »⁶¹ — V. *infra*, première partie — ont ouvert aux scientifiques et à la science de nouveaux domaines d'intervention. En l'occurrence, cette ouverture est l'occasion de poser le problème le plus délicat de cette « collaboration » obligée : celui de l'indépendance — ou plutôt, souvent, de la dépendance — des scientifiques. Souvent remarqué, le fait que les études d'impact et les notices d'impact soient réalisées non seulement à la charge de l'initiateur du projet — ce qui est tout à fait normal eu égard aux objectifs des textes — mais aussi sous leur autorité marque l'équivoque des dispositions de la loi de 1976 et du décret de 1977⁶². Ces textes ont été édictés dans un contexte qui n'est plus le nôtre : ni les rapports économiques ni les rapports sociaux, ni notre rapport avec l'environnement ne se sont améliorés ou simplifiés, et les exigences sociales se sont accrues.

Mais, phénomène induit par cette augmentation (et inéluctable, puisque l'Etat et les pouvoirs publics sont les principaux acteurs de régulation normative⁶³), la « surréglementation »⁶⁴ devait susciter, tôt ou tard, une réaction. Elle s'est très normalement exprimée de deux manières :

— la recherche d'une harmonisation (qui n'est pas toujours mais peut être une codification),

— la revendication — pas toujours partagée, loin de là, par les juristes de l'environnement⁶⁵ — de déréglément.

Occasion de recourir à des scientifiques, à qui l'on délègue naturellement le soin d'évaluer le bien-fondé d'une procédure, d'une norme, ou d'une appréciation, cette délégation présente plusieurs dangers, qui ne sont pas toujours appréciés : ainsi, « ... l'harmonisation des normes tend à provoquer un alignement sur la norme

et de reproduction et la fin de ces périodes, et non la période comprise entre la date moyenne des débuts et la date moyenne des fins comme le proposait à mots plus ou moins couverts le commissaire du gouvernement), l'on a assisté avec surprise à l'envoi d'une lettre circulaire du directeur de la protection de la nature aux préfets invitant ceux-ci à adopter leurs arrêtés en fonction de ces conclusions, non suivies par le C.E... (V. les observations de P. LE MIRE sous la décision du C.E. 25 mai 1990, *AJDA* octobre 1990, p. 730 et s.).

61. V. à ce propos notre article « d'humeur » sur les PER, « Réflexions sur la nature des plans d'exposition aux risques », *LPA* 18 juillet 1990, p. 18-22.

62. On remarquera à ce propos que les membres de l'Association Française des Ingénieurs Ecologues ont adopté un code de déontologie : celui-ci préconise notamment que soient évitées « les situations où l'ingénieur écologue est juge et partie » : le membre de cette association qui participe à l'élaboration d'une étude d'impact s'engage à ne pas servir d'expert à l'occasion du contrôle de cette étude d'impact, ce qui est bien le moins : cette situation où l'expert est « juge » et « partie » est possible en l'état actuel du droit. Cf. *Le Monde*, 10 octobre 1990, supplément « Initiatives Campus », p. VIII.

63. Ce qui est incontestablement le cas en matière de protection de l'environnement, mais est de plus accusé par l'intervention de la CEE.

64. A. TURCK (« Le droit public français face au progrès technologique », Thèse Lille 1984) est « l'inventeur » de ce concept heureux.

65. V. M. PRIEUR, « La déréglementation en matière d'environnement », *RJE* 3-1987, p. 319.

minimale »⁶⁶ ; ce phénomène, qui dérive du besoin de favoriser l'acceptabilité d'une norme, est directement cautionné par la recherche de l'efficacité qui caractérise certains scientifiques. Même s'il ne faut pas faire de procès d'intention, quand ils se posent, comme les juristes, aidés en cela par le cloisonnement disciplinaire en vigueur dans nos universités et organismes de recherche, l'excellente question : « ... faut-il toujours réglementer ou légiférer ? »⁶⁷, ils manifestent souvent un agacement certain devant toute tentative de normalisation juridique, reprochant au droit son excessive rigidité. Ils reprochent surtout aux juristes d'empiéter sur leur discipline, qu'ils jugent bien souvent seule à même d'énoncer la vérité⁶⁸. L'inévitable dialogue entre juristes et scientifiques est donc pétri d'ambiguïtés.

§ 2. Un dialogue à reconstruire

A — LA QUESTION DE L'OBJECTIVITÉ

Que les pouvoirs publics et les juristes soient à la recherche de critères fiables est naturel. Mais cela n'en pose pas moins quelques questions d'ordre épistémologique : l'on est en effet passé d'une objectivité à une autre sans lever les hypothèques qui pèsent sur le concept même d'objectivité. Or, « non seulement l'objectivité n'est pas exclusive d'erreur, mais elle ne l'est pas non plus d'un choix — qui peut être parfaitement arbitraire — dans l'orientation de la recherche »⁶⁹. C'est bien là que le bât blesse : disposer de critères qui apparaissent fiables parce que d'autres, qui pourraient être contradictoires et tout aussi dignes d'intérêt, sont passés sous silence ou simplement évacués du champ de la recherche faute de crédits, peut induire en erreur les auteurs du choix. Surtout si ceux-ci ne sont pas soumis au feu nourri de la critique et du débat. C'est ce qui se produit souvent en France, avec un certain dessaisissement du pouvoir politique, et plus particulièrement des parlementaires⁷⁰, au profit d'administrations qui ont conquis, à partir des marges qui leur étaient reconnues, une large latitude de choix⁷¹... C'est aussi le problème des juristes que de constater cet état des

66. M. RÉMOND-GOULLAUD, *op. cit.* p. 290.

67. H. OBERDORFF, « Quelle intervention pour le droit ? », in « Le droit au contact de l'innovation technologique », Université J. Monnet, CERCRID, Saint-Etienne, 1989, p. 12.

68. Il ne s'agit pas d'une caricature : en mai 1990, lors d'un colloque pluridisciplinaire sur la loi Littoral à Nantes, un géographe ne prononça-t-il pas un réquisitoire contre la loi Littoral, et surtout contre la prétention des juristes à comprendre l'environnement, et plus particulièrement l'action de la mer ? Ce n'est pas un cas isolé. Eclairant à cet égard est la faible part réservée au droit de l'environnement dans les quelques MST de valorisation des ressources naturelles qui existent en France.

69. A. JAUBERT, J. M. LÉVY-LEBLOND, « (Auto) critique de la science », Points Sciences, 1975, p. 35.

70. J. Y. FABERON, « Choix scientifiques et décision parlementaire », AJDA 1983, p. 514.

71. Qui ne penserait aux établissements publics qui interviennent en matière de nucléaire ?... Cf. J. P. COLSON, « Le nucléaire sans les Français », Maspéro, 1977.

choses. Tout comme il est de leur ressort de constater, voire de regretter la désresponsabilisation de la société civile, évidente malgré quelques progrès.

En premier lieu, comme le souligne M. Rémond-Gouilloud⁷², « le dispositif fondé sur une norme technique n'est pas sans reproche. L'industriel auquel il s'applique tend à la considérer comme un objectif, non comme une moyenne. Se contentant de la respecter, il n'est pas incité à faire mieux. Le jour où ce seuil est dépassé, le retour à la norme s'avère d'autant plus long et difficile que la pollution chronique s'est répandue dans le milieu environnant. Pour pallier cette difficulté, le seuil d'alerte devrait être systématiquement doublé d'un seuil de sécurité propre à réveiller la responsabilité du responsable ». L'institution de ces « marges » est du plein ressort du juriste, apte à les conseiller, et du politique, qui peut y retrouver une légitimité qu'il a souvent abjurée (et, parfois, perdue à ses propres yeux). D'une manière générale, le principe selon lequel, sans bases fiables, une décision doit être reportée quels que soient les objectifs économiques de l'innovation en cause n'est pas aussi rétrograde qu'il y paraît⁷³. La place du politique gagnerait à sa proclamation⁷⁴ au détriment des grands corps ou des fiefs des grandes unités administratives érigées en établissements publics dans un contexte différent du contexte actuel⁷⁵. En second lieu, la place et l'image du scientifique dans les processus de consultation en matière d'environnement ne sont pas dénuées d'équivoque. M. Prieur et les auteurs qui ont étudié les enquêtes publiques⁷⁶ montrent clairement que l'indépendance des commissaires enquêteurs⁷⁷ n'est pas seulement affaire de désignation. Leur qualification — et donc, il faut bien le dire, leurs orientations idéologiques, leurs déformations professionnelles — les prédispose à bien recevoir certains projets ou à tout le moins à ne les considérer qu'à travers un prisme plus ou moins déformant. Dans ce contexte — mises à part les conséquences financières — on a du mal à concevoir que ne soit pas introduite l'idée d'une double expertise, menée à travers une double enquête, aboutissant à deux rapports — ou plus. L'on ne sache pas que la procédure existe dans d'autres pays... ce

72. *Op. cit.* p. 290.

73. M. CARBIENER, dans son exposé sur les demandes des scientifiques dans « L'écologie et la loi », ne dit pas autre chose quand il écrit que « parmi les principes que devrait suivre la réglementation aux yeux d'un scientifique, le tout premier est que dans le doute il faut s'abstenir ». Quant à l'inefficacité économique d'une telle attitude, elle n'est pas évidente : les quelques théoriciens qui raisonnent sur les externalités, proposant pour calculer le vrai coût d'une approche économique d'internaliser les coûts sociaux de cette approche, considèrent souvent la lenteur comme une vertu. On remarquera enfin, sur ce point, que le principe de précaution (V. *infra*) a une portée plus réduite que ce « principe du doute ».

74. Même s'il ne faut pas espérer de cette proclamation qu'elle entraîne des conséquences immédiates sur le plan pratique.

75. On sait qu'en la matière, ce sont EDF et le CEA qui sont de plus en plus souvent mis en cause, surtout à propos du nucléaire. Il suffit de lire les conclusions du commissaire du gouvernement D. LANZ dans l'espèce Superphénix (RJE-3-1990, p. 399 et s.) pour comprendre que les errances conceptuelles d'EDF agacent même les magistrats administratifs, alors que ceux-ci se sont montrés dans le passé rétifs à critiquer les bases scientifiques des choix en matière de nucléaire.

76. « Les enquêtes publiques, quel avenir ? », La Documentation Française, n° 4910, 1990.

77. Qui donne « l'image de l'expert » par excellence, cf. p. 63 et s.

qui n'est pas une raison fondamentale pour ne pas innover. Il s'agirait clairement d'une prise de distance du politique par rapport aux scientifiques, qui ne saurait blesser ces derniers, puisque les prenant au piège des règles de l'expérimentation scientifique même⁷⁸. L'on pourrait à cet égard évoquer plus longuement les mésaventures de « l'expertise Carbiener » sur les phosphates. Elles illustrent parfaitement les inconvénients d'une politique d'objectivation ponctuelle d'éventuelles décisions en matière d'environnement⁷⁹ : l'on ne saurait s'étonner de ce que cette victime indirecte des phosphates, à la question « qui devrait exprimer l'avis des scientifiques ? »⁸⁰, énonce en guise de réponse qu'une sorte d'assemblée des sages (c'est-à-dire un organisme scientifique de type collégial, réunissant les représentants des différentes spécialités, qui devrait suivre la législation pour proposer les ajustements nécessaires s'il y a lieu...) semblerait être la meilleure solution pour résoudre une confrontation de plus en plus problématique.

Le droit limite la science, la science culbute le droit.

Si provocatrice que puisse paraître l'affirmation, elle résume l'impression générale qui se dégage du bilan de cette confrontation. En fait, plusieurs facteurs entrent en ligne de compte, qui expliquent cette impression, et sont autant de problèmes que les juristes de l'environnement devront résoudre. La technicité des normes, jugée inévitable, joue contre la transparence des normes : casse-tête chinois... L'obsolescence des textes est de plus en plus importante au fur et à mesure que l'on descend dans la hiérarchie des textes, ce qui entraîne une « insécurité permanente des situations juridiques ». En second lieu, « l'excès des règles et leur mutation constante provoquent leur délégitimation »⁸¹ : c'est entre autres ce qui en fait un « droit aléatoire »⁸². « Isolés de l'appareil global, hors de portée des patriciens du droit, bien des textes,

78. L'exigence ou l'institution de la règle du double rapport ou de la double expertise seront considérées par beaucoup, sans nul doute, comme totalement irréalistes pour des raisons financières, ou plutôt « économistes » : *quid* de la sacro-sainte « productivité » des entreprises et de leurs charges ? Elles pourraient être critiquées également en tant qu'elles créeraient une barrière bureaucratique à l'innovation. C'est affaire de règles du jeu et de choix d'une échelle de temps : l'innovation technologique que représentait il y a quelques années Tchernobyl est-elle perçue, aujourd'hui, comme un grand progrès pour le peuple russe et l'humanité dans son ensemble ? Quant à la première objection, elle avait déjà été avancée contre la procédure d'étude d'impact. Elle vaut ce que valent les réactions ponctuelles.

79. Faute de place, l'on renverra à l'excellent article de R. CANS sur l'affaire qui a opposé l'entreprise Haenkel à la société Rhône-Poulenc à propos de l'innocuité ou de la nocivité des lessives sans phosphates : *Le Monde*, 31 mai 1990, p. 11. En butte à des pressions, émanant de la même entreprise qui en avait exercé sans succès sur le professeur Carbiener, B. Lalonde a fait examiner au dernier moment le rapport de celui-ci par quatre scientifiques qui l'ont relativisé ; par ailleurs, le rapport, remis sous forme manuscrite dès février, aurait été à plusieurs reprises corrigé.

80. « L'écologie et la loi », p. 271.

81. S. CHARBONNEAU, « La nature du droit de la prévention des risques technologiques », précité, p. 531.

82. S. CHARBONNEAU, « La nature du droit de la prévention des risques technologiques », *op. cit.* p. 531.

bardés de chiffres et de normes, sont pour cette raison d'application difficile... »⁸³. M. Rémond-Gouilloud le souligne dans son « essai » à propos du système des listes⁸⁴, qui sont souvent « des textes d'ingénieurs plus que de juristes »⁸⁵. Plus généralement, c'est l'opacité de la science qui joue contre la transparence. Non seulement pour les raisons précédemment énoncées, mais aussi parce que la recherche de l'objectivation par le recours à la science souffre d'une limite que l'on ne peut facilement admettre ou intégrer lors de la confection des normes : nul ne peut tout connaître de la loi, mais même les scientifiques ne peuvent tout connaître des « lois » de la nature ! « Les juristes tendent à prêter aux normes techniques des vertus d'exactitude que leurs auteurs sont loin de leur reconnaître. » Et ils découvrent avec surprise que le doute a sa part dans les sciences dites exactes⁸⁶. Mais cette incertitude ne concerne pas les experts ! Sans aller jusqu'à dire, avec J. L. Fabiani⁸⁷, que « l'expertise scientifique est à la fois la garantie et l'instrument d'une domination de type bureaucratique... »⁸⁸, l'on est fondé à s'inquiéter de ce que la désignation des experts (finalement aptes à dire le droit) soit le fait de l'État⁸⁹. A une époque où la vogue des autorités administratives indépendantes est à son zénith, ne peut-on s'étonner de ce que cette désignation n'émane pas d'une telle autorité⁹⁰ ? Il est par ailleurs quelques faits plus fâcheux ; ainsi en matière d'homologation des pesticides⁹¹, M. Prieur a relevé à juste titre que « la procédure ne fait aucune place aux associations de protection de l'environnement et de consommateurs et que les expertises d'innocuité du produit sont uniquement entre les mains du ministère de l'Agriculture qui est juge et partie »⁹².

83. M. RÉMOND-GOUILLOU, « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement », PUF, Les voies du droit, 1989, p. 289.

84. Précité, p. 291 et s.

85. *Idem*, p. 293.

86. M. RÉMOND-GOUILLOU, « Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement », précité, p. 290.

87. « La nature, l'action publique et la régulation sociale », in « Du rural à l'environnement », sous la direction de M. JOLLIVET et N. MATHIEU, Editions l'Harmattan, 1989, p. 202.

88. « C'est en effet », continue J. L. FABIANI, « au nom d'un savoir sur les conditions de reproduction des écosystèmes que l'État peut exercer sa domination légale. »

89. Ce n'est plus le cas pour le commissaire enquêteur dans les procédures d'enquête publique ; mais, par exemple, la procédure d'agrément de laboratoires (voir, pour illustrer l'aspect un peu fastidieux et tatillon de ces désignations, l'arrêt du 26 juillet 1990 portant agrément des laboratoires en 1991-1992 pour exécuter certains types d'analyses des eaux, *JO* 16 septembre 1990, p. 11230 à 11245) est une procédure administrative centralisée.

90. Deux considérations complémentaires : évidemment, cette procédure n'aboutirait pas *ipso facto* à un dessaisissement de l'Etat ni à ce qu'une plus grande confiance soit placée dans les dits organismes désignés ; tout dépendrait de la composition de l'organe habilité à prononcer l'agrément ; en second lieu, le projet de M. Barnier — seule voix parmi les politiques à avoir préconisé l'institution d'une autorité administrative indépendante en matière d'environnement dans son fameux rapport — ne considère pas ce problème.

91. Voir le n° spécial de la *RJE*, 2/1987, plus particulièrement M. PRIEUR, « La législation sur les pesticides en France », p. 201 et s.

92. Sans exagérer les mérites de cette solution, la formule américaine qui confie à l'Agence pour la protection de l'environnement l'homologation est peut-être préférable... voir R. W. FINDLEY et J. C. JURGENMAYER, « La législation sur les pesticides aux Etats-Unis », *RJE*, numéro spécial précité, p. 178 et s.

B — LES FACTEURS DE RÉSISTANCE

Ce n'est donc pas, en fait, le recours aux données scientifiques qui mérite d'être remis en cause, mais *la façon dont on y a recours*. Et, en dehors des experts eux-mêmes, c'est le résultat de leurs travaux qui pose problème (un problème de lisibilité). Si l'on considère par exemple les études et notices d'impact, instruments d'appréciation, les données qu'elles livrent sont souvent d'un accès abrupt pour le citoyen moyen, ce qui évidemment fausse un peu les diverses consultations mises en place. Le juge n'est pas lui-même sans rencontrer quelques difficultés d'appréciation quant à leur valeur exacte. Ce n'est certes pas la faute des scientifiques, mais l'hermétisme des données, s'il est souvent inévitable, pourrait au moins être compensé. Hors le recours à une quelconque « assemblée des sages » ou à des instances analogues, décentralisées, il n'est pas impossible qu'un retour à quelques concepts fondamentaux, ou l'adaptation au droit de l'environnement de quelques-uns de ces concepts, puisse constituer un début de réappropriation « intellectuelle » de la part trop technique du droit de l'environnement par les juristes. Pourrait alors être amorcée, sur ces bases, une meilleure communication avec les administrés. Comme le signalait il y a quelques mois A. Kiss dans une présentation générale des défis qui attendent les juristes de l'environnement⁹³, « la véritable finalité, la sauvegarde des possibilités pour les générations futures, est elle-même en dehors des perspectives habituelles du droit ». La doctrine était donc et demeure confrontée à des interrogations fondamentales.

Celles-ci ont « conduit les chercheurs à réfléchir sur une meilleure utilisation des possibilités qu'offre le droit actuel mais aussi sur une nouvelle lecture du droit de l'environnement dans son ensemble ». De fait, ces deux approches se heurtent manifestement à trois écueils. Les deux premiers sont directement liés au système économique qui tend à devenir universel et aux valeurs qui le sous-tendent (ce qui ne signifie pas qu'elles ne soient pas évolutives).

Schématiquement, on peut les énoncer comme constitués par :

- l'importance du facteur « argent » et par l'existence de lobbies⁹⁴,
- la place centrale d'une certaine idéologie du progrès caractérisée par une mystique de la croissance⁹⁵.

93. « Droit et protection de l'environnement », in *Le Courrier du CNRS*, Dossiers scientifiques, Les Sciences du Droit, avril 1990, p. 38-40.

94. L'on peut citer comme exemples celui des lessives avec phosphates comme celui des lessives sans phosphates, ou, plus sérieusement, celui qui a freiné pendant longtemps l'adoption par la CEE de deux directives sur la dissémination dans la nature d'organismes génétiquement modifiés : cf. J. Y. NAU, « L'Europe des gènes verts », *Le Monde* 11 avril 1990, p. 16. Le « lobby chasse » pose évidemment un problème particulier..

95. Les conséquences juridiques et plus particulièrement contentieuses de cet état de fait sont à notre gré parfaitement résumées par la jurisprudence des juridictions administratives françaises en matière de nucléaire.

Ces deux facteurs constituent autant de résistances à toute avancée de la protection de l'environnement : on a l'impression d'enfoncer des portes ouvertes quand on le dit... et pourtant ! Le troisième facteur, d'ordre épistémologique, qui tient aux difficultés de la réappropriation conceptuelle de l'écologie par les juristes, dérive certainement des deux précédents. Toute réflexion sur ce troisième facteur implique que certains choix idéologiques soient faits⁹⁶. Au nombre de ceux-là, la généralisation du principe pollueur/payeur, et son intégration par les acteurs économiques et sociaux, paraît être la première et essentielle étape⁹⁷. Mais il en est d'autres... qui justifient bien l'existence de manuels, parce qu'ils prouvent l'existence d'une matière autonome qui en est l'objet.

BIBLIOGRAPHIE

F. BILLAUDOT, M. BESSON-GUILLAUMOT, « Environnement, urbanisme, cadre de vie », Montchrestien, 1979, et addendum 1984 ; F. CABALLERO, « Essai sur la notion juridique de nuisance », LGDJ, 1991 ; M. DESPAX, « Droit de l'environnement », Litec, 1988 ; J. FROMAGEAU et P. GÜTTINGER, « Droit de l'environnement », Eyrolles, 1993 ; sous la direction de P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERKHOVE, « Images et usages de la nature en droit », Publications des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1993 ; C. HUGLO et alii, Jurisclasseur de droit de l'environnement ; sous la direction d'A. KISS, « L'écologie et la loi, le statut juridique de l'environnement », coll. Environnement Ed. L'Harmattan ; A. KISS, « Droit international de l'environnement », Pedone, 1989 ; A. KISS et D. SHELTON, « Traité de droit européen de l'environnement », Editions Frison Roche — AUPELF 1996 ; J. LAMARQUE, Code de l'environnement, Dalloz ; G. MARTIN, « Le droit à l'environnement, de la responsabilité civile pour fait de pollution », PPS 1978 ; J. MORAND-DEVILLER, « Le droit de l'environnement », PUF Que Sais-Je, n° 2334, 1993 ; sous la dir. de F. OST, « L'actualité du droit de l'environnement », Ed. Bruylant, 1995 ; F. OST, « La nature hors la loi », La Découverte, série Ecologie et société, 1995 ; F. OST, S. GURTWITH (dir.), « Quel avenir pour le droit de l'environnement ? », Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996 ; M. PRIEUR, S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), « Droit de l'environnement et développement durable », Pulim, 1994 ; M. PRIEUR, Droit de l'environnement, Dalloz, 1996 ; M. RÉMOND-GUILLOUD, « Du droit de détruire », PUF Les Voies du droit, 1989 ; R. ROMI, « Les collectivités locales et l'environnement », LGDJ coll. Décentralisation, 1997 ; J. UNTERMAIER, « La conservation de la nature et le droit public », Thèse, Lyon, 1972 ; « Droit et environnement, propos pluridisciplinaires sur un droit en construction », Laboratoire de Théorie Juridique de la faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1995.

96. On l'a vu, l'option pour une déréglementation constitue l'un des choix possibles ; il en est d'autres, d'ordre institutionnel (le recours à des AAI, le recours à des établissements publics, le choix de la décentralisation, le choix de la déconcentration, etc.) et d'ordre juridique, d'envergures diverses (la consécration d'un droit constitutionnel à un environnement sain, la « récupération » par le droit interne du concept de « Patrimoine Commun de l'Humanité », mais aussi l'institution d'un recours suspensif pour certains aménagements importants, etc.).

97. Franchie, même si imparfaitement, par le droit public économique : V. D. LINOTTE, A. MESTRE, R. ROMI, « Services publics et droit public économique », LITEC 1995, p. 340 et s.

Adde :

J. P. BARDE, « Economie et politique de l'environnement », PUF, 1992 ; L. BROWN, « L'état de la planète », Economica ; S. FAUCHEUX, J. F. NOËL, « Economie des ressources naturelles et de l'environnement », Armand Colin, 1995 ; A. NOURY, « La notion d'expertise dans le droit de l'administration », thèse pour le doctorat en droit, Nantes, dact. 1996 ; E. NAIMGERSBERT, « Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement », thèse pour le doctorat en droit, Lyon III, dact. 1997 ; J. M. PELT, « Le tour de France d'un écologiste », Fayard, 1990 ; F. RAMADE, Précis d'écotoxicologie, Masson, 1992 ; *idem*, « Ecologie des ressources naturelles », Masson, 1981 ; I. SACHS, « L'écodéveloppement », Syros, coll. Alternatives économiques, 1993 ; J. SAEGER, « Atlas de la terre », Autrement Série Atlas, 1995 ; J. THEYS et B. KALAORA, « La terre outragée, les experts sont formels », Autrement, 1992 ; J. VERNIER, « L'environnement », Que Sais-Je, n° 2667, 1992 ; Données économiques de l'environnement, IFEN, Economica, 1996.

Et, parmi les nombreuses revues qui intéressent la matière :

Revue Juridique de L'Environnement (articles de fond) ; Droit de l'Environnement (actualité législative, réglementaire et jurisprudentielle) ; « Responsabilité et environnement », publication trimestrielle spécialisée des Annales des Mines ; Droit et Ville ; Combat-Nature (revue associative) ; La Lettre du Hérisson (Revue de France Nature Environnement) ; L'Environnement Magazine (informations générales et techniques) ; Ecologie Politique (sur l'écologie en général). « Les Petites Affiches » publient régulièrement des articles en droit de l'environnement, et la Revue de Droit Public (RDP) publie pour sa part une chronique annuelle de droit public de l'environnement.

*PREMIÈRE PARTIE***LA PRISE EN COMPTE DE
L'ENVIRONNEMENT PAR LE DROIT**