

LIVRE BLANC

Le droit prend-il vraiment
en compte l'environnement ?



Gilles Martin
Marc Clément
préface par
Christiaan Timmermans

Le
Collège
Supérieur
Lyon



INTRODUCTION

Le droit de l'environnement s'est considérablement développé depuis les années 70. Il est un des secteurs du droit les plus dynamiques et va du droit constitutionnel au droit international, du droit public au droit privé, du local au planétaire. Et pourtant l'environnement vu par le droit ne correspond pas exactement à ce que l'on entend communément par ce terme : le droit propose des outils pour trancher des questions pratiques mais il ne cherche pas à définir à tout prix les enjeux dans ce domaine.

L'ambition de ce livre blanc est de proposer des échanges entre acteurs du droit et philosophes autour de trois mots qui sont les fondations cachées de ce droit : la nature, la pollution, la démocratie environnementale.



PAGE 2

PRÉFACE

Avec **Christiaan Timmermans**, ancien président de chambre à la Cour de justice de l'Union européenne

PAGE 5

L'ARBRE PEUT-IL ÊTRE UNE VICTIME ?

Avec **Gilles Martin**, professeur émérite de l'Université Côte d'Azur, CNRS, GREDEG



PAGE 18

RISQUES, SEUILS, PRÉCAUTIONS, DÉCHETS : Y A-T-IL UNE DÉFINITION JURIDIQUE DE LA POLLUTION ?

Avec **Marc Clément**, président de la quatrième chambre au Tribunal administratif de Lyon



Heureuse initiative que de publier ces deux textes issus de conférences organisées au Collège Supérieur de Lyon entre novembre 2017 et mars 2018 dans un cycle “droit et philosophie”. Ils méritent en effet vraiment de ne pas subir le sort normalement réservé aux exposés. *Verba volent*.

La première contribution de Gilles Martin traite d’un sujet éthico-juridique, vaste et délicat. Faut-il reconnaître des droits, une personnalité juridique à des êtres non humains mais vivants faisant partie de la nature pour mieux les protéger et la faire respecter ? Les arbres et les ours seront-ils mieux protégés s’il leur est accordé une personnalité juridique ?

La deuxième contribution de Marc Clément nous présente une analyse fine au niveau dogmatique du droit de l’environnement. Quels sont les instruments principaux disponibles au législateur et aux autorités publiques pour combattre la pollution ? Il s’agit d’établir un inventaire de la boîte à outils développée chemin faisant dans les différents secteurs du droit de l’environnement et d’en faire un diagnostic quant à sa portée, ses limites et son efficacité.

Gilles Martin aborde d’abord le volet juridique de son sujet. Est-ce que reconnaître des droits aux êtres vivants de la nature apporterait vraiment une valeur ajoutée pour assurer leur protection ? Sa réponse est négative. S’agissant de l’accès à la justice, celui-ci peut être et a été réglé de façon efficace en admettant l’action en justice des autorités publiques et des organisations non gouvernementales (ONG) pour défendre le respect des règles de protection de la nature ; le cas échéant elles peuvent obtenir une réparation intégrale des dommages causés. L’auteur se réfère aux articles 1246 et suivants du code civil récemment introduits. On pourrait ajouter une référence à la convention d’Aarhus et son article 9 paragraphe 3 ainsi qu’à la jurisprudence de la Cour de justice de l’UE à ce sujet.¹

Je ne peux pas m’empêcher de mentionner dans ce contexte également l’action en justice aux Pays-Bas de l’ONG Urgenda obtenant un jugement en première instance, confirmé récemment par la Cour d’appel de La Haye, « ordonnant » au gouvernement de réaliser une réduction d’émissions de gaz à effet de serre (CO₂) d’au moins 25% par

¹ Voir l’ouvrage de Marc Clément, *Droit Européen de l’Environnement*, 2e édition, Bruxelles 2012, p.177 e.s.

rapport à l'année 1990 à compter de la fin 2020. Il est en effet jugé que ne pas atteindre un tel niveau de réduction est contraire aux obligations positives découlant des articles 2 et 8 Convention européenne des droits de l'Homme qui visent à protéger la vie des citoyens ainsi que leur vie privée.²

Par ailleurs, l'auteur ajoute, et à juste titre, que le droit met à disposition encore d'autres voies et instruments pour assurer une protection adéquate de la nature tels que la réglementation, la médiation, la négociation et le contrat.

Gilles Martin aborde ensuite le volet éthique. Promouvoir une éthique du vivant, devrait-il se traduire par l'attribution de droits aux entités vivantes non humaines ? Lesquelles ? Ne faudra-t-il pas différencier à cet égard par catégorie d'entités pour tenir compte des spécificités de chacune ? Quelles pourraient être les répercussions sur le statut juridique des êtres humains ? Voilà, quelques-unes des questions qui doivent être examinées.

Marc Clément analyse l'arsenal des instruments développés dans la législation environnementale afin de combattre la pollution. Il constate que le législateur tant en France qu'au niveau européen s'est largement abstenu de définir la notion de pollution. En revanche, différents concepts ont été conçus pour en maîtriser les conséquences. Il y a d'abord le concept de *déchet*. Celui-ci étant caractérisé par l'abandon ne conduit pas nécessairement à une pollution mais établit néanmoins une présomption à cet égard, en donne un signal. Ensuite il y a le concept du *seuil*, limite précise au delà de laquelle une pollution devient inacceptable. C'est une notion claire et donc en soi attractive mais souvent trop simpliste. À cet égard, le concept de *risques* est plus affiné car plus à même de saisir la réalité d'une pollution nécessitant souvent des appréciations techniques complexes.

Reste finalement le recours au principe de *précaution* pour les cas où les concepts qui viennent d'être mentionnés ne permettent pas de circonscrire ou d'apprécier les conséquences d'une pollution. En effet, ce principe se définit généralement par deux éléments : l'incertitude scientifique rendant la fixation d'un seuil et même une appréciation des risques trop aléatoire, même si, deuxième élément, il existe un risque de dommages très graves. Dans de telles circonstances, le principe de précaution oblige à intervenir. On note que la Cour d'appel de la Haye dans sa décision Urgenda a également eu recours à ce principe.

² ECLI :NL :GHDHA :2018 :2591. On trouve une traduction en anglais sous ECLI :NL :GHDHA :2018 :2610.

Marc Clément attire encore l'attention sur la nature anthropocentrique de la législation environnementale, également au niveau européen. C'est surtout et en premier lieu la protection de la santé publique qui inspire les règles combattant la pollution. La notion même d'environnement en témoigne, dit-il dans une belle formule : ce qui est environné, c'est l'homme. La nature n'est que rarement protégée pour elle-même.

Cela nous ramène à la question débattue par Gilles Martin. S'il en est ainsi, cette situation ne plaide-t-elle pas en faveur d'une reconnaissance de droits à la nature et aux entités vivantes qui en font partie ? Dans ce contexte, je me permets d'attirer l'attention sur une modification récente du code civil des Pays-Bas. A été inséré dans le livre 3 sur le patrimoine en général un article 2a affirmant : « Les animaux ne sont pas des biens (...) ». Toutefois, la suite de l'article démontre que cette constatation reste largement symbolique.³

Le débat continue.

Christiaan Timmermans

³ « Des dispositions concernant des biens s'appliquent aux animaux en prenant en considération des restrictions, obligations et principes de droit ainsi que l'ordre public et les bons mœurs, en vertu des dispositions législatives et règles de droit non écrit. » (ma traduction, CT).

INTRODUCTION

Oui, l'arbre peut-être une victime ; les fleuves, les orangs outangs, les chouettes, les lys martagon, les écosystèmes de la Dombes aussi... Et alors ? Ou plutôt, devrais-je dire : « and so what ? ». Car l'origine de cette question – « L'arbre peut-il être une victime ? » - nous vient des États-Unis et trouve sa source dans un article très célèbre d'un professeur de droit à l'Université de Californie du Sud, Christopher D. Stone, article paru en 1972 dans la *Southern California Review* et intitulé « *Should trees have standing ? Toward Legal Rights for Natural Objects* » (« *Les arbres doivent-ils avoir le droit de plaider ? Vers la reconnaissance de droits juridiques aux objets naturels* »), qui vient d'être publié en français¹, avec une préface très intéressante de C. Larrère, à laquelle j'emprunte plusieurs informations pour la présentation de cet article.

Il n'est pas inutile, en effet, de rappeler brièvement les circonstances dans lesquelles cet article a vu le jour. Christopher D. Stone ne s'intéresse pas au droit de l'environnement. Il est un modeste professeur qui dispense un cours d'introduction sur le droit de propriété. Sentant l'attention de ses étudiants fléchir, il tente de la ranimer en leur posant une question : « Quelle serait l'indication d'un changement important de mentalité en la matière ? »... Comme tout (mauvais) professeur dans ces circonstances, il propose lui-même la réponse : « Si la Nature avait des droits ! Oui les rivières, les lacs, les arbres, ... les animaux ! ». Devant le tollé suscité par sa proposition, il décide alors de creuser son idée et se lance dans des recherches. Existerait-il un cas en jurisprudence qui puisse venir étayer son intuition subite ? Il va trouver ce cas dans le procès qui oppose dans les années 70 une association de protection de la nature, le Sierra Club à la société Walt Disney. Celle-ci projetait d'installer une station de sport d'hiver dans une vallée de Californie du Sud nommée Mineral King, célèbre pour ses séquoias. Le Sierra Club engagea une action en justice. En septembre 70, la Cour d'appel de Californie rejeta la demande du Sierra Club au motif qu'il n'avait pas d'intérêt à agir car il ne subissait pas un préjudice personnel. L'affaire devait être portée devant la Cour Suprême qui devait statuer à la fin 1971. C'est à ce stade qu'intervient Stone : sans doute, soutient-il, les membres du Sierra Club ne sont pas personnellement victimes d'un préjudice ; mais les arbres eux, le sont ! S'ils pouvaient plaider pour leurs intérêts par l'intermédiaire d'un représentant désigné, ils pourraient avoir gain de cause ! L'article fut rapidement écrit, accepté par la Revue et, avant même sa publication en 72, transmis aux juges de la Cour

¹ Éd. Le passager clandestin, 2017.

Suprême. L'appel du Sierra Club fut néanmoins rejeté par 4 voix et 2 abstentions, mais une minorité de trois juges fit valoir une opinion dissidente reprenant l'argumentation de Stone et soutenant qu'il faudrait ouvrir les tribunaux aux « *rivières, aux lacs, aux estuaires, aux plages, aux crêtes montagneuses, aux bosquets d'arbres, aux marais et même à l'air* ». Finalement, découragée par les retards entraînés par les poursuites judiciaires, la société Walt Disney abandonna ses projets et, en 1978, le Congrès intégra la minéral King Valley dans le Sequoia National Park... Les arbres étaient sauvés ! Belle histoire que les juristes se racontent pour se convaincre de leur utilité sociale !

Mais beau débat aussi, auquel l'actualité donne un regain d'intérêt. Récemment, en effet, la presse s'est fait l'écho de plusieurs décisions politiques ou judiciaires. Ainsi apprend-on que le Parlement de Nouvelle-Zélande a accordé, le 15 mars 2017, au fleuve Whanganui le statut d'entité vivante. Le fleuve sera représenté par un Te Pou Tupua (sa « face humaine »), constitué de deux personnes, un membre du gouvernement et un membre de la tribu locale. Cette dernière est considérée comme gardienne du fleuve chargée de le protéger pour les générations futures. Pareillement, le 20 mars 2017, la Haute Cour de l'État himalayen de l'Uttarakhand a qualifié le Gange et le Yamuna d'entités vivantes ayant le statut de personne morale. Enfin, le 5 avril 2018, la Cour suprême de Colombie a qualifié la forêt amazonienne de sujet de droit, en accueillant l'action de 25 jeunes qui sollicitaient avec le soutien de l'association Dejusticia la condamnation de l'État, aux motifs que celui-ci ne prenait pas les mesures nécessaires à la protection de leur droit à la vie et à un environnement sain. Déjà en 2008, l'Équateur avait fait de la nature un sujet de droit en affirmant dans l'article 72 de sa Constitution : « *La nature ou Pacha Mama, où se reproduit et se réalise la vie, a droit au respect absolu de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de ses fonctions et de ses processus évolutifs. Toute personne, communauté, peuple ou nation, pourra exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature* ».

Y a-t-il un lien entre l'article de Stone et ces solutions contemporaines ? Sans doute, mais ce lien est distendu et il faut y regarder de plus près, contrairement à ce qui a pu être écrit dans la presse, qui aime bien les raccourcis. D'une part, ces différentes décisions politiques ou judiciaires interviennent dans le contexte particulier de sociétés qui retiennent (globalement ou pour certains segments de leur population) une approche des relations entre l'homme et la nature très différente de celle qui prévaut sous nos latitudes. Tout le monde a relevé que les rares pays qui reconnaissent des droits à la nature et à ses éléments ont des populations indigènes qui entretiennent avec la Terre Mère une relation privilégiée et « sacrée ».

D'autre part et surtout (mais les choses sont liées), ces décisions trouvent leur origine dans une approche très différente de celle qui était proposée par Stone. Ce dernier adoptait une démarche juridique et « opérationnelle » de la question qu'il posait : quelle est la solution techniquement la plus adéquate pour parvenir au résultat souhaité, la défense efficace des objets naturels ? La dimension éthique de sa réponse était la conséquence, plus que la cause, de son analyse. Les décisions néo-zélandaise, indienne ou d'Amérique latine suivent une démarche inverse. Elles sont le résultat d'une perception du monde, inscrite dans leur culture, qui débouche sur une solution juridique.

Il reste que l'on trouve, notamment en France, des auteurs dont on peut estimer qu'ils réalisent la synthèse des deux approches en invoquant dans le même mouvement l'efficacité de la solution juridique et l'éthique qui la justifie et la porte. Ainsi en est-il, par exemple, de Marie-Angèle Hermitte, qui a été l'une des premières à défendre l'idée qu'il convenait de reconnaître la qualité de sujet de droit à la nature², en invoquant à la fois un argument d'efficacité (il est plus facile de défendre la nature pour elle-même si lui sont reconnus des droits propres) et un argument de nature plus philosophique et éthique : ce serait enfin le signe d'une conception moins anthropocentrée du monde et le moyen de promouvoir une éthique du vivant. De même, certains auteurs défendent, soit à partir d'une véritable démarche juridique³, soit sur un fondement plus flou⁴, la reconnaissance d'un crime d'écocide, qui appelle évidemment un parallèle avec le génocide.

Faut-il s'étonner de ces convergences ? Evidemment non, si l'on veut bien considérer que le droit n'est pas une simple technique, qu'il est nécessairement porteur de valeurs qui fondent les solutions qu'il propose et qu'il y a donc un va-et-vient entre l'éthique, plus largement la conception du monde, et le droit, l'un et l'autre se nourrissant mutuellement. Mais précisément, un paramètre ne doit pas être oublié : le droit est inscrit dans une culture, une façon de penser le monde. Les civilisations et la pensée occidentales sont différentes des pensées asiatiques, indiennes, amérindiennes, africaines, océaniques, etc., ce qui bien évidemment ne veut pas dire qu'elles leur sont supérieures. Différentes, seulement. Mais je suis toujours un peu gêné par l'argumentation de ces défenseurs sincères de la diversité biologique lorsqu'ils se font les promoteurs de l'unification culturelle. Sans doute, y a-t-il des sociétés dans lesquelles l'octroi de la personnalité juridique aux objets naturels fait sens, lorsqu'elle correspond à des pratiques et à des

² Voir notamment Marie-Angèle Hermitte, « *La nature, sujet de droit ?* », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2011/1 (66e année), p. 173-212. L'auteur avait déjà développé ses thèses dans un ouvrage coécrit avec Bernard Edelman, *L'Homme, la nature et le droit*, éd. Christian Bourgois, 1993.

³ Laurent Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide - Le droit pénal au secours de l'environnement*, éd. Bruylant 2015.

⁴ Valérie Cabanes, *Un nouveau droit pour la Terre - Pour en finir avec l'écocide*, Seuil 2016. Elle a également signé dans le *Journal Libération* du 12 mars 2018, un petit article intitulé « *Pour que les arbres soient des sujets de droit* »...

usages, et d'autres pour lesquelles la nécessaire protection de ces mêmes objets peut, et peut-être doit, emprunter d'autres voies.

Il ressort, en tout cas de ce qui précède, que l'examen de la question doit se faire sous les deux angles, juridique et éthique.

Mais avant d'en arriver là, encore faut-il rappeler quels sont les arguments avancés par Christopher D. Stone ?

Stone justifie d'abord sa proposition par les précédents. Il écrit « À chaque fois qu'un mouvement social apparaît qui propose de conférer des droits à une nouvelle "entité" (les enfants, les femmes, les Noirs...), cette proposition est condamnée à passer pour étrange, effrayante ou risible ». L'idée est donc que la personnalité juridique s'est étendue sans cesse, mais que cette extension a toujours rencontré de vives résistances. Il en va pour les objets naturels, selon Stone, comme il en est allé pour les enfants, les femmes, les esclaves, etc.

La thèse de Stone repose, ensuite, sur l'idée que trois conditions sont nécessaires pour que les droits d'une entité soient bien et efficacement défendus : 1) il faut que cette entité puisse plaider en son nom ; 2) il faut qu'elle puisse le faire pour défendre ses *propres* intérêts et, en cas d'atteinte à ces intérêts, 3) il faut qu'elle puisse obtenir une réparation *pour elle-même*. C'est l'idée très forte de la valeur intrinsèque.

La différence entre une conférence et un roman policier, c'est qu'il est possible, dans une conférence d'annoncer dès le départ qui est la victime et qui est le coupable ! Je ne cacherai donc pas mon jeu et vous annonce dès cet instant l'idée générale qui guidera mon propos : **ni sur le terrain du droit, ni sur celui de l'éthique, la reconnaissance de la personnalité juridique des objets naturels ne me paraît nécessaire, ni même acceptable. Je la crois, en effet, inutile, faussement simplificatrice et porteuse de certains dangers.**

I. EN DROIT

Pour conduire ma démonstration, je commencerai par contester l'argument juridique développé par Christopher D. Stone (A). J'en déduirai que sa proposition est inutile sur le terrain opérationnel et j'en fournirai une illustration à travers l'analyse du droit français le plus récent (B). J'essayerai de démontrer, enfin, que cette solution est faussement simplificatrice et qu'elle oublie que le droit est bien plus large que le contentieux, auquel il ne peut pas être résumé, et même que le droit n'est qu'un mode, parmi d'autres, de résolution des conflits (C).

Avant de prendre les armes contre la solution proposée par Stone, confessons un point d'accord fondamental : la nécessité de prendre en compte la valeur intrinsèque des

objets naturels. Reconnaissons aussi à l'auteur, comme à celles et ceux qui l'ont suivi, qu'il ne propose pas de reconnaître aux objets naturels les mêmes droits qu'aux personnes vivantes, ni même de reconnaître à tous les objets naturels les mêmes droits... Mais cela ne change rien aux critiques qui peuvent lui être adressées.

A/ Contestation de l'argument juridique

Les trois conditions que pose Stone à l'efficacité du droit pour défendre les objets naturels ne sont en rien liées. Plus précisément la deuxième et la troisième condition, qui sont effectivement essentielles, ne présupposent en aucun cas la première. Il est, en effet, essentiel que les intérêts propres des objets naturels – leur valeur intrinsèque – soient pris en considération (condition n°2), c'est-à-dire qu'ils ne soient pas considérés pour les services ou les aménités qu'ils apportent aux hommes, mais bien pour eux-mêmes. Pareillement, il est essentiel qu'en cas d'atteinte, la réparation leur bénéficie, c'est-à-dire qu'elle soit une réparation en nature ou, s'il s'agit d'une réparation par équivalent monétaire, qu'elle soit affectée à leur usage (condition n°3). Mais cela ne conduit pas nécessairement à leur reconnaître la qualité de sujet de droit (condition n° 1). Ce résultat peut être obtenu, d'une part, en prévoyant que les personnes qui agissent (les ONG, par exemple) ont qualité pour prendre en charge un intérêt qui les dépasse et qui est celui de l'objet naturel et, d'autre part, que la réparation ne puisse avoir lieu qu'en nature ou, si c'est impossible, que l'argent attribué soit affecté à leur réparation ou à leur régénération.

B/ Une solution inutile : l'exemple de la réparation du préjudice écologique en France

La loi du 8 août 2016, dite loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, a introduit dans le Code civil les articles 1246 et s. qui organisent la réparation du préjudice écologique « pur ». La lecture de ce texte illustre que la prise en compte de la valeur intrinsèque ne suppose pas le préalable de la qualification de sujet de droit.

Après avoir affirmé dans l'article 1246, que « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* », le législateur, dans l'article 1247, donne la définition du préjudice écologique : « *Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable **aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes** ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». Un peu plus loin, dans l'article 1251, il est indiqué que « *Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable* ». C'est la prise en compte des

objets naturels et de leurs fonctions, en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et cela aussi bien pour la réparation que pour la prévention des dommages.

L'article 1248 énonce, ensuite, les personnes qui peuvent agir : *« L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement »*. Ici est consacrée l'idée qu'un certain nombre de personnes ont qualité à agir pour défendre, non pas leurs intérêts, mais ceux qui sont propres aux éléments et aux fonctions des écosystèmes.

L'article suivant, 1249, dispose que : *« La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature.*

En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat. »

Enfin, l'article 1250 qui traite de l'astreinte que peut prononcer le juge énonce qu'*« En cas d'astreinte, celle-ci est liquidée par le juge au profit du demandeur, qui l'affecte à la réparation de l'environnement ou, si le demandeur ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, au profit de l'Etat, qui l'affecte à cette même fin.*

Le juge se réserve le pouvoir de la liquider ».

Pour être tout à fait complet, je signalerai encore que, de manière en partie redondante avec ce qui précède l'article 1252 prévoit, pour finir, qu' *« Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ».*

Les conditions 2 et 3 sont remplies, sans qu'il ait été nécessaire de passer par l'affirmation de la qualité de sujets de droit des objets naturels !

Mais la critique ne sera complète que si l'on ajoute à ce qui précède la démonstration que la proposition de Stone, qui apparaît comme simplificatrice, est, en réalité, simpliste, et repose sur une vision très réductrice du droit et de sa place dans le système social.

C/ Derrière l'apparente simplification, le simplisme

L'idée de reconnaître aux objets naturels la qualité de sujets de droit a, en apparence, les vertus de la simplicité. Qu'un séquoia menace d'être abattu, qu'une chouette soit menacée de voir son écosystème perturbé et il suffira à une ONG spécialisée ou à l'État de montrer qu'il/elle doit être désigné(e) comme tuteur de l'arbre ou de l'oiseau pour défendre ses intérêts et ses droits devant un tribunal.

Mais cette simplicité n'est qu'apparente et l'examen de trois hypothèses, qui ont récemment défrayé la chronique, permet de le démontrer. Dans ces trois cas, les questions posées ne sont en rien résolues par la reconnaissance de la personnalité juridique.

- La presse a relaté qu'au début du mois de février 2018, en Afrique du Sud, trois lions ont attaqué et tué un braconnier qui s'était aventuré sur leur territoire. Dire que ces lions ont la personnalité juridique, signifierait-il qu'ils doivent être jugés pour que le tribunal apprécie s'ils étaient en état de légitime défense et si leur réaction a été proportionnelle à l'attaque ? Stupide, évidemment⁵ ! Le seul procès pouvant faire sens est celui qui opposerait les héritiers du braconnier à l'État ou au gestionnaire de l'espace protégé pour rechercher si cet État ou ce gestionnaire ont commis des fautes (par exemple, en n'indiquant pas suffisamment le danger qu'il pouvait y avoir à s'engager dans la zone). Ce tribunal pourrait également apprécier la faute de la victime, qui a contribué à la réalisation de son propre dommage. L'attribution de la qualité de sujet de droit aux animaux ne serait, en l'espèce d'aucun secours.

- Que faire de Cécilia ? Cécilia est une jeune femelle gorille qui était enfermée dans un zoo. Saisi par une ONG, un avocat a convaincu un juge argentin de la faire libérer au motif qu'elle était détenue sans jugement et contrairement à son droit de vivre libre, dans des conditions compatibles avec les besoins de son espèce. Parfait ! Il est possible d'approuver cette décision... à laquelle on pouvait parvenir en interdisant par la loi la détention en captivité des animaux sauvages. Mais « libérée », Cécilia n'a pas pu être abandonnée à la porte de sa prison... comme le sont trop souvent les incontestables sujets de droit que sont les hommes libérés à la fin de leur détention. Elle a dû être transportée dans une réserve, prise en charge et suivie le temps nécessaire à sa réadaptation au milieu naturel. Tout cela était possible sans lui reconnaître la qualité de sujet de droit. Force est même de constater que cette qualité ne suffit pas à imposer la mise en œuvre de ces mesures d'accompagnement lorsqu'il s'agit de détenus libérés. L'attribution de la qualité de sujets de droit n'est une nouvelle fois d'aucun secours.

⁵ Mais de tels procès ont eu lieu dans le passé. Parmi une littérature assez abondante, cf. notamment, J. REAL, *Bêtes et juges*, Paris, Buchet-Chastel, 2006 et J. VARTIER, *Les procès d'animaux*, Paris, Hachette, 1970.

- Les « bêtes à discordes » (les loups). Les loups aiment manger les brebis. Comment résoudre le conflit entre les deux si on leur reconnaît la qualité de sujet de droit ? Citée par *Libération* du 28 mars 2017, Marie-Angèle Hermitte aurait déclaré que si les objets naturels avaient des droits, ils avaient aussi des obligations et notamment celle « de ne pas rendre la vie impossible » ! Elle en déduisait qu'au-delà d'un certain seuil de prédation, les loups pouvaient être abattus... Comment sera fixé ce seuil de prédation ? Si la brebis est un sujet de droit, le seul seuil de prédation qui l'intéresse, ... c'est le sien et il est égal à zéro ! Vu du côté du loup, le seuil de prédation c'est celui qui est conforme à ses habitudes alimentaires, voire à ses instincts de prédateur. Si ce seuil dépend de l'appréciation des éleveurs ou des défenseurs de la faune sauvage, cela revient alors à faire juger l'intérêt propre de la brebis et du loup par l'homme..., ce qui est en contradiction avec l'idée de sujet de droit ayant des intérêts propres. La qualification de sujet de droit n'apporte encore aucune solution.

Si Christopher D. Stone n'a pas vu ces difficultés et s'il a proposé une solution simplificatrice, voire simpliste, c'est qu'il a oublié que **le droit est plus large que le contentieux** et que le contentieux lui-même est extrêmement malléable, adaptable, pour parvenir au résultat souhaité.

Commençons **par le contentieux**. Si l'on est d'accord sur le fait que ce qui importe est la valeur intrinsèque, il y a deux moyens d'y parvenir dans le cadre du contentieux : reconnaître la qualité de sujet de droit aux objets naturels et leur désigner un représentant ou élargir la gamme des intérêts qui peuvent être pris en charge et défendus par des personnes juridiques d'ores et déjà reconnues : aujourd'hui, l'intérêt de la nature est porté par des ONG ou des organismes publics ou privés, gestionnaires de la nature (Parcs, CEN). Ainsi par exemple, le 6 mars 2018, le Tribunal administratif de Toulouse vient de déclarer recevable l'action d'ONG de défense et de protection des ours, qui reprochaient à l'État de ne pas avoir mis en œuvre les moyens nécessaires à la protection et à la survie dans les Pyrénées de cette espèce menacée. Le tribunal a engagé la responsabilité de l'État pour carence dans la mise en œuvre d'une réglementation. Point n'était besoin de reconnaître aux ours la qualité de sujet de droit. Il a suffi de reconnaître à des ONG la qualité pour agir au soutien des intérêts de cette espèce. Mais surtout, Stone oublie que le droit ne se résume pas au contentieux. Et qu'il existe bien d'autres moyens d'intervenir.

La réglementation la plus classique, en premier lieu. Le législateur peut demain décider d'interdire la détention des animaux sauvages, la corrida, la chasse à courre, la chasse tout court ! Il peut limiter ou interdire telle ou telle activité qui nuit à la nature et

à ses intérêts propres et, d'ailleurs, il ne s'en prive pas !

Mais il faut encore évoquer **le contrat**. Traditionnellement, le contrat sert à gérer les intérêts et les risques du contractant. Mais la loi de 2016, déjà citée, a introduit dans notre droit (article L132-4 du code de l'env.) l'obligation réelle environnementale, qui permet à un propriétaire de consentir par contrat à des personnes publiques ou à des personnes privées agissant pour la protection de l'environnement, une sorte de « servitude » à leur profit pourvu que les obligations que le propriétaire accepte de prendre à sa charge – et qui seront attachées au bien pendant toute la durée de la convention – aient pour « *finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ».

La limitation des droits (et notamment du droit de propriété) est un autre moyen d'agir pour protéger les intérêts propres de certains biens naturels. Il est, par exemple, possible d'imaginer définir la propriété sur les biens naturels, non pas en fonction des seuls intérêts du propriétaire, mais également en prenant en compte les intérêts propres de ces biens. Ainsi, pour en revenir à l'arbre, il a été proposé que le droit du propriétaire de faire élaguer l'arbre du voisin, qui dépasse sur son fond, soit limité par la prise en considération des besoins de l'arbre, tels que le propriétaire de cet arbre, une ONG ou une collectivité pourront les faire valoir.

Enfin le droit, c'est aussi **la procédure qui organise le débat démocratique** et qui permet, selon la belle expression du philosophe Habermas, de faire prévaloir la « raison communicationnelle » sur la « raison instrumentale ».

Mais au-delà, Stone oublie surtout que **le droit est un mode, parmi d'autres, de résolution des conflits**. Il en est bien d'autres qui sont à l'œuvre tous les jours. Je ne ferai que les citer, n'ayant pas le temps de développer : la médiation, la diplomatie, l'idéologie, etc. Revenons un instant sur les « bêtes à discorde » que sont les loups. Ce n'est ni la reconnaissance de leur qualité de sujets de droit, ni même la réglementation ou les décisions administratives qui permettront de sortir des difficultés actuelles. Le droit pose ici le conflit et définit un cadre (les conventions internationales protégeant l'espèce, le droit des éleveurs de conduire leur activité, etc.), mais ne le résout pas et seule la diplomatie le peut, c'est-à-dire la conduite de négociations entre les représentants d'intérêts concurrents voire contradictoires, permettant de résoudre le problème sans violence⁶.

⁶ Il faut lire à cet égard, le remarquable ouvrage de Baptiste Morizot, *Les diplomates - Cohabiter avec les loups sur une nouvelle carte du vivant*, éd. Wildproject, 2016.

J'espère vous avoir convaincus que du point de vue du droit, la proposition de Stone et de celles et ceux qui l'ont suivi n'était ni pertinente, ni utile et qu'elle était même simpliste. Mais la question doit aussi être abordée sous l'angle de l'éthique.

II. L'ÉTHIQUE

Pour examiner la question sous cet angle, il importe encore de repartir de l'argumentation de Stone, notamment pour démontrer que la justification par les précédents n'est, sur le plan éthique, d'aucun secours (A). Curieusement, elle contribue à masquer ce qui est sans doute le vrai débat : peut-on, doit-on substituer une éthique du vivant à l'éthique de l'humain et sommes-nous certain d'en avoir perçu tous les risques (B) ?

Et si la vraie radicalité était d'admettre qu'entre les hommes et les choses est apparue un entre-deux qui justifie le recours à une troisième catégorie (C) ?...

A) La justification par les précédents, une impasse pour répondre à la question éthique

On s'en souvient, Stone nous dit que l'extension de la personnalité juridique a été continue et que, chaque fois, elle s'est heurtée à des oppositions radicales. Les esclaves, les noirs, les femmes se sont vu reconnaître la qualité de sujet, toujours après d'âpres combats. Il ajoute que cette même qualité de sujet a été également reconnue à des « entités » telles que les sociétés civiles ou commerciales, les associations, l'État, les collectivités et les établissements publics. A ce propos, il en déduit que la reconnaissance de la personnalité juridique n'est pas liée à la réalité de la personne, puisque les « personnes morales » ne sont que des fictions, ce qui démontrerait qu'une telle reconnaissance est simplement un choix technique, par convention sociale, pour atteindre certaines fins. Il observe enfin que mêmes les êtres faibles, du fait de leur âge (les mineurs) ou de leurs handicaps (les malades mentaux), ont la qualité de sujets de droit.

Ces affirmations ne peuvent être contestées, mais ce que je soutiendrai, c'est qu'en les posant, Stone met lui-même en lumière les limites de sa démonstration. En écrivant cela, il identifie la question éthique qui est soulevée par sa proposition, sans cependant aller au bout de ce questionnement. En effet, toutes les extensions de la personne juridique qu'il mentionne se sont faites au profit de personnes humaines ou de groupements de personnes humaines. J'ai la faiblesse de penser que cela n'est pas dû au hasard. L'argument selon lequel la qualification de sujet de droit n'est qu'une fiction, une convention sociale traduite en droit ne résiste pas à l'examen. Si les extensions de

la personnalité juridique se sont toutes faites au profit d'entités « humaines », ce n'est pas un hasard, ni un choix technique. Plus exactement, c'est qu'il y a derrière ce choix technique, un choix éthique. Au sein du vivant, une frontière a persisté entre l'humain et le non-humain, en tout cas dans la tradition occidentale ! Il est évidemment possible de considérer que cette frontière doit tomber, mais d'une part, il ne faut pas soutenir que ce n'est qu'une question technique ou de fiction juridique et, d'autre part, il est possible de démontrer que faire tomber cette frontière conduit immédiatement à en rétablir d'autres et que, dans le passage d'une éthique de l'humain à une éthique du vivant, les risques de dérapages ne peuvent pas être exclus.

B) Éthique du vivant versus éthique de l'humain : un simple déplacement des frontières ?

Acceptons un instant de partager l'idée qu'il n'y a pas lieu d'établir une frontière entre le vivant humain et le vivant non-humain, que cette frontière n'est que le résultat d'une vision étroitement occidentale et qu'il serait temps que l'occident se nourrisse de conceptions plus monistes ou holistes (il n'y a qu'un vivant).

La question se déplace alors et devient : cette éthique du vivant interdit-elle toute différenciation entre les différents éléments du vivant ? Et la réponse nous est fournie par Stone, Marie-Angèle Hermitte et tous les autres : on ne reconnaîtra pas à tous les éléments du vivant les mêmes droits qu'aux humains et on ne reconnaîtra pas à tous les éléments du vivant non humain les mêmes droits. Dans l'article déjà cité⁷, Marie-Angèle Hermitte écrit, par exemple, qu'on ne reconnaîtra pas « les mêmes droits à un champ de coquelicots et à une troupe de gorilles » et elle ajoute avec raison qu'il en va d'ailleurs de même avec la personne humaine ; tous les humains n'ont pas les mêmes droits : le mineur est une personne, mais il n'a pas le droit de vote. On reconnaîtrait donc à chacun, humain comme non humain, les droits utiles à son espèce, à ses besoins, à sa biologie. On peut trouver une illustration de cette thèse dans la Déclaration universelle des droits des rivières publiée le 29 septembre 2017 par une ONG américaine (Earth Law Center). Selon cette déclaration, les rivières ont six droits : le droit de circuler, le droit à la biodiversité indigène, et celui à sa restauration, le droit d'effectuer ses fonctions essentielles dans son écosystème, d'être exempte de pollution, d'être alimentée par et d'alimenter un aquifère durable.

Mais dès lors, n'a-t-on pas aboli une frontière pour en reconstituer d'autres, multiples, tout aussitôt ?

Derrière cette interrogation, on peut faire valoir une crainte. Si les droits sont reconnus sans distinction à tout le vivant, mais que chaque « groupe » de ce vivant se voit

⁷ *La Nature, sujet de droit ?* Annales. Histoire, Sciences Sociales 2011/1 (66e année), p. 173-212.

reconnaître des droits qui sont fonction des besoins ou des particularités de son espèce, n'y a-t-il pas un danger considérable de régression pour les humains ? Certains courants idéologiques ont soutenu dans le passé (et je voudrais être certain qu'ils n'existent plus) qu'au-delà d'un certain degré de handicap, les personnes humaines pouvaient être privées de certains droits fondamentaux parce qu'elles n'étaient ni suffisamment conscientes, ni utiles à leur espèce... Si l'humain n'est plus une référence, ne risque-t-on pas d'ouvrir la porte à des dérives de ce type pour considérer, par exemple que les grands vieillards dépendants doivent ou peuvent avoir des droits amoindris ?

D'un autre point de vue, ne peut-on craindre, si la personnalité juridique est reconnue aux objets naturels, qu'il devienne très difficile de la refuser à l'embryon⁸ ? Déjà certains groupes qui se rattachent à ce que l'on a nommé « l'écologie intégrale » s'emparent du thème pour fonder leur combat contre l'interruption volontaire de grossesse.

Je ne prétends pas que ces dérives sont inéluctables, mais je plaide pour l'extrême prudence face à un discours et à des choix qui font le buzz, qui font vendre du papier et du temps d'antenne, mais qui ne relèvent pas de la décision des seuls juristes, parce qu'ils engagent l'ensemble de la société.

Et cela d'autant plus qu'à mon sens, la proposition est faussement révolutionnaire. M-A Hermitte le concède lorsqu'elle écrit : « faire passer les éléments de la nature dans la catégorie des personnes ne change pas la structure des catégories », « mais seulement la composition de chacune d'entre elles », poursuit Catherine Larrère, qui conclut : « Ce qui bouleverserait le droit serait d'introduire une troisième catégorie ».

Précisément, la vraie radicalité est peut-être là.

C) La vraie radicalité : l'admission d'une division tripartite

Il est vrai que depuis Babylone la division qui s'est imposée dans nos civilisations, la « *summa divisio* », passe entre les personnes et les choses. Ce que les découvertes scientifiques modernes mettent en évidence, ce n'est pas que cette *summa divisio* doit être jetée aux orties, mais qu'elle est trop simple et trop radicale. Dans un article qui, hélas, a eu beaucoup moins de retentissement que celui de Stone – alors que la pensée qui y était exprimée était bien plus profonde et plus fine -, un professeur de droit, Gérard Farjat, a défendu l'idée de « l'entre-deux⁹ ». Il y soutient l'idée que, du fait des découvertes scientifiques et de l'évolution des sociétés contemporaines, il existe de plus en plus « d'entités » qui ne sont pas tout à fait des personnes, mais qui ne sont pas

⁸ Dans un entretien récent au *Monde* (13 avril 2028, *Débats et analyses*, p. 18), Elisabeth Badinter reprend les mises en garde qu'elle avait déjà exprimées en 2010 dans *Le Conflit, la femme et la mère* (Flamarion) : « On explique alors aux femmes, déclare la philosophe, que, si elles sont prêtes à défendre la moindre espèce animale, elles ne peuvent donc admettre que l'on supprime un embryon, qui serait un humain en puissance... Ce qui ne signifie pas, bien sûr, qu'il ne faille pas protéger l'environnement ».

⁹ Gérard Farjat, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts* - Prolégomènes pour une recherche, Rev. trim. dr. civ. 2002, p. 221 et s.

non plus de pures choses. Il propose de les nommer « centres d'intérêts », au motif que ces « entités » sont au croisement d'intérêts contradictoires qui doivent être arbitrés par le juge, le débat démocratique ou la négociation. Ces « centres d'intérêts », dont certains sont « naturels » et d'autres pas, justifient tout à la fois des régimes juridiques spécifiques prenant en compte leur valeur intrinsèque (l'animal, être doué de sensibilité, l'arbre remarquable, la forêt de protection, l'espèce protégée, le bassin hydrographique, l'écosystème endommagé, mais aussi le cadavre, l'embryon, l'entreprise, le patrimoine culturel) et une approche qui ne soit pas uniquement juridique. Voilà une idée qui conduit à remettre en cause la distinction choses/personne et qui me paraît bien plus riche et prometteuse que celle de Stone.

CONCLUSION

L'arbre peut-il être une victime ? Assurément, comme tous les objets naturels. Et il faut ajouter une victime qu'il faut traiter pour ce qu'elle a en propre, sa qualité d'arbre vivant. Mais cela doit-il conduire à nier sa spécificité d'arbre pour en faire un sujet de droit ? Vous aurez compris que je n'en vois pas la nécessité et que j'y perçois certains dangers.

Je conclurai en remerciant néanmoins Stone d'avoir écrit son article, puisqu'il m'a donné l'occasion de réfléchir à cette question un peu plus sérieusement que je ne l'avais fait jusque-là et de venir à Lyon, au Collège supérieur, pour poursuivre le débat.

Par Marc Clément

INTRODUCTION

Lutter contre la pollution pourrait être une façon de définir un des grands objectifs que se donne le droit de l'environnement. Mais est-on certain que la pollution soit réellement prise en compte par le droit en tant que telle ? Je me propose ici d'essayer de préciser comment le droit de l'environnement appréhende la pollution à partir d'outils qui visent à transformer un objectif général en règles opérationnelles. Le droit de l'environnement se réfère bien à des seuils ou des limites à ne pas dépasser. Il s'appuie sur la notion de déchets. Il traite de façon particulière le risque avec le principe de précaution. Nous verrons que c'est indirectement sur la base de ces seuils ou de l'évaluation de risques que la pollution est traitée par le droit.

La pollution est effectivement une notion centrale lorsque l'on parle de l'environnement. On la retrouve comme thème de conférences comme la conférence des Nations-Unies qui s'est tenue à Bruxelles le 12 octobre 2017 intitulée « *Vers une planète sans pollution* » et bien entendu dans de nombreux textes traitant de notre responsabilité écologique comme c'est le cas pour l'encyclique *Laudato Si* dont les toutes premières pages consacrées au constat et au diagnostic portent sur la pollution en associant étroitement la pollution et les déchets.

Le terme de pollution est pourtant un terme récent, probablement apparu dans les années 60 pour ce qui concerne le sens que nous lui donnons. On peut souligner son origine religieuse, la pollution c'est une profanation. En ce sens la pollution serait l'introduction d'une substance dégradant la nature. La pollution est donc l'introduction de l'impureté par rapport à un milieu pur ou encore une profanation de la nature à laquelle on a donné un caractère sacré.

Mais étrangement, la notion de pollution n'est pas définie clairement par le code de l'environnement. Le terme apparaît de très nombreuses fois mais il se réfère à des éléments différents : très souvent c'est au regard de la quantité d'une substance déversée ou présente dans un milieu qu'on l'évoque, parfois c'est autour de la notion de risque que ferait peser une substance. À cela s'ajoute la notion de *déchet* dont on verra qu'elle est bien particulière en droit de l'environnement.

À titre liminaire, il faut bien prendre en compte le fait que la pollution, ce n'est pas la substance elle-même, aussi toxique soit-elle. Ce qui permet de qualifier de pollution un événement, c'est son effet de perturbation sur le milieu. Par exemple le dioxyde de carbone ou le méthane dans l'atmosphère ne sont pas par eux-mêmes des problèmes puisque la vie animale produit du CO₂ ou du méthane. Cela devient un problème si la quantité déversée a un effet de dérégulation sur un milieu. Celui-ci n'est alors plus en mesure de maintenir l'équilibre préexistant sans que la notion même d'équilibre des écosystèmes ne soit facilement cernable. La pollution se traduit par l'évolution d'un état d'équilibre vers un autre état d'équilibre.

Cela pose problème si ce nouvel état est moins favorable à la vie. Il y a donc pollution quand on identifie des effets négatifs comme par exemple le déversement massif d'hydrocarbures sur une plage. La profanation est acquise si le milieu n'est pas en mesure de digérer la substance, de se défendre autrement que par la recherche d'un nouvel état. Si la plage est souillée par le déversement accidentel d'un bidon d'huile de vidange, il est probable que le milieu ne s'en trouve que peu affecté et sera en mesure de digérer cette pollution sans qu'une intervention particulière soit nécessaire. La situation est différente si cette opération devient fréquente du fait que les habitants de la région ont pris l'habitude de jeter ces huiles usagées sur la plage. Mais l'affaire prend une toute autre ampleur quand un pétrolier perd toute une cargaison. On voit dans cet exemple que la capacité du milieu à réagir est un élément essentiel pour déterminer si nous sommes bien dans une situation qui nécessite une intervention juridique.

La question importante du traitement des conséquences de la pollution ne sera pas évoquée ici : c'est un versant essentiel du droit de l'environnement qui consiste à réparer des atteintes aux milieux et pour lequel le principe du pollueur-payeur joue un rôle central. Il s'agit, lorsque nous savons que nous sommes en présence d'une pollution, de faire en sorte que la réparation ne soit pas assumée collectivement mais directement par celui qui en est la cause. Le principe vise à responsabiliser le pollueur. Mais pour pouvoir engager ce principe de réparation, il faut avoir déterminé ce qui permet de qualifier juridiquement une pollution. Avant de dire qui doit réparer, il faut identifier si le déversement d'une substance représente une pollution.

Examinons ce qui se passe dans le droit de l'environnement en considérant successivement des notions qui permettent progressivement de donner un sens juridique à ce que l'on appelle la pollution à savoir les concepts de déchet puis ceux de seuils et de risques. Enfin nous examinerons rapidement comment le principe de précaution intervient dans ce contexte en venant compléter ces outils.

LE DÉCHET EST-IL UN BON CANDIDAT POUR PERMETTRE DE DÉFINIR LA POLLUTION ?

La piste n'apparaît pas très fructueuse en première approche. En effet, la notion juridique de déchet est totalement déconnectée de la notion d'introduction d'une substance plus ou moins dangereuse dans un milieu. Le déchet c'est ce que l'on abandonne, intentionnellement ou pas. C'est ce que la directive 2008/98/CE sur les déchets nous apprend et cette définition européenne est celle retenue depuis 1975 : « *"déchets" : toute substance ou tout objet dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire* ». La Cour de justice de l'Union européenne a été souvent interrogée sur la portée exacte de cette définition comme en témoigne par exemple l'arrêt *Van de Walle* qui fait d'un accident un cas d'abandon d'un produit. La Cour insiste également sur l'indépendance entre la notion de déchet et les effets de cet abandon sur le milieu. Le déchet est donc caractérisé par l'abandon d'une substance ou d'un objet sans que cette substance soit dépourvue de valeur ou même qu'on la caractérise comme posant un problème de toxicité ou de surabondance par rapport au milieu : j'abandonne un sac de diamants dans la rue, il devient un déchet alors même que sa valeur économique est grande et que le diamant est un élément chimique très stable.

De ce fait ce n'est pas cette notion qui peut nous servir à déterminer ce qu'est la pollution même s'il faut remarquer que la définition du déchet comme procédant uniquement de l'abandon fait naître une présomption de pollution attachée à la substance abandonnée. Le sens même de cette définition très large est bien de faire entrer dans une catégorie devant faire l'objet d'une attention particulière certains produits de notre activité. La notion juridique de déchet enclenche comme un signal d'alerte sur ces produits : pour sortir de la catégorie de déchet, il faudra faire ses preuves comme par exemple démontrer que l'on peut être valorisé ou que l'on remplit des conditions de pureté à l'issue d'un processus de recyclage.

Il n'en reste pas moins que certains déchets sont bien toxiques et dangereux et doivent être traités avec des précautions particulières. Mais à la base, la notion de déchet ne conduit pas à une pollution dans tous les cas. C'est ce qui permet de valoriser, de recycler ou de réutiliser des déchets : il est possible de sortir de la qualification de déchet par des processus de « réhabilitation » qui montrent bien que la substance n'est pas par elle-même un problème à éliminer.

Pour les déchets qui sont effectivement dangereux, on détermine cette dangerosité avec des seuils correspondant à l'identification de substances chimiques précises comme par exemple les métaux lourds ou les hydrocarbures. Mais on le voit, il s'agit

d'une catégorie spécifique de déchets et ce n'est pas la notion même de déchet qui renvoie à ce caractère de dangerosité. Il faut donc faire appel à une première notion qui est centrale dans l'appréciation de la pollution : la notion de seuil.

LA POLLUTION COMME UN EXCES

La pollution est en effet d'abord vue historiquement comme un excès par rapport à un seuil qui peut être explicite ou qui peut être celui de la tolérance des voisins. Intuitivement c'est bien de cela qu'il s'agit : on sait bien que, passé une certaine limite, une nuisance intervient.

Bien avant l'apparition du droit de l'environnement comme domaine clairement identifié du droit, la question de la pollution est appréhendée par la notion de « trouble de voisinage » et par le constat d'effets négatifs. Le décret impérial de 1810, décret relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre et incommode, qui fonde la notion d'installation dangereuse ou insalubre repose sur une logique de voisinage.

Le « trouble de voisinage » est d'ailleurs une notion juridique centrale puisqu'elle intervient dans le droit romain avec les « confins » ou « l'ambitus » de la loi des XII tables. On peut noter que la table VII sur les biens immobiliers porte presque uniquement sur la question du voisinage. On peut y voir un double effet de nécessité de protection de la propriété d'autrui et de protection de la santé des voisins. Le voisinage est l'espace de friction entre deux propriétés. C'est bien à la frontière que le conflit peut se nouer et ce conflit peut prendre la forme d'un empiètement par des émanations de la propriété voisine qui vont affecter la jouissance ou la valeur même de la propriété.

La notion même de propriété suppose la définition d'une limite et le droit romain s'intéresse donc à ce qui se passe à proximité de cette limite. Lorsque Rousseau évoque la naissance de la société civile, il décrit ce processus d'appropriation comme un processus de délimitation par l'introduction de barrières physiques interdisant l'atteinte à un espace : « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. »¹. Ainsi la notion de dégradation d'un milieu perçu comme la propriété d'une personne conduit à identifier des troubles de voisinage. On pourrait objecter que les troubles de voisinage ne sont pas tous inclus dans ce que l'on appelle la pollution. C'est certes vrai mais bon nombre de ces troubles sont bien à ranger dans cette catégorie car la notion d'environnement est large : elle inclut la pollution sonore ou olfactive comme celle liée à la qualité de l'air, le rejet ou la contamination d'eau comme de celle du sol.

¹ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

On peut s'intéresser aux quelques définitions de la pollution données par le droit de l'Union européenne. La directive 2008/50/CE sur la qualité de l'air propose de définir le polluant comme « *toute substance présente dans l'air ambiant et susceptible d'avoir des effets nocifs sur la santé humaine et/ou sur l'environnement dans son ensemble* » et pour la directive-cadre sur l'eau comme « *toute substance pouvant entraîner une pollution, en particulier celles figurant sur la liste de l'annexe VIII* ». Cette même directive définit également la notion de pollution comme « *l'introduction directe ou indirecte, par suite de l'activité humaine, de substances ou de chaleur dans l'air, l'eau ou le sol, susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité des écosystèmes aquatiques ou des écosystèmes terrestres dépendant directement des écosystèmes aquatiques, qui entraînent des détériorations aux biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou à d'autres utilisations légitimes de ce dernier* »

On pourra également souligner la proximité de ces définitions avec celle donnée par la directive 2010/75/UE sur les émissions industrielles : « *"pollution" : l'introduction directe ou indirecte, par l'activité humaine, de substances, de vibrations, de chaleur ou de bruit dans l'air, l'eau ou le sol, susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement, d'entraîner des détériorations des biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou à d'autres utilisations légitimes de ce dernier* ».

Le droit français répugne à donner des définitions et ainsi le code de l'environnement ne reprend pas directement ces définitions à l'exception de celle donnée pour la protection des eaux marines (directive 2008/56/CE, article L. 219-8 du code de l'environnement). Mais l'ensemble du droit de l'environnement français qui consiste pour l'essentiel dans une transposition du droit de l'Union, doit bien de façon implicite s'appuyer sur les définitions européennes.

Or ces définitions ont en commun de nous proposer de prendre en compte l'effet de substances introduites dans un milieu, effet qui se traduit par des dégradations. Comment évaluer ces dégradations ? On peut certes les constater : la pollution cause des maladies, fait disparaître des espèces, rend le milieu impropre à d'autres usages... mais si on veut éviter une approche totalement casuistique qui ne permet pas de protéger et d'anticiper, il faut se donner des seuils ou des limites. C'est ici qu'intervient d'un point de vue opérationnel la notion de seuil : pour pouvoir donner un sens aux définitions présentées précédemment, il est pratique de pouvoir écrire que la dégradation du milieu intervient si on y déverse plus de x milligramme de produit.

On opère ainsi pour des raisons pratiques une simplification puisque ce ne seront plus les effets par eux-mêmes qui seront observés mais le fait de rejeter une certaine quantité de substance. On suppose donc que le lien causal entre le déversement de la

substance en une certaine quantité et les perturbations que l'on veut éviter est établi.

Mais on doit tout de suite regarder de plus près : si je définis un seuil de 50 mg/l de nitrates pour considérer qu'au-delà l'eau est polluée, comment est choisi ce seuil ? Il faut en effet rechercher certaines dégradations ou certains dommages qui pourraient apparaître à partir de ce seuil, ce qui suppose un travail d'analyse scientifique. Rapidement, la science et la technique sont appelées en renfort pour préciser le lien causal que nous souhaitons observer. Le seuil ne peut être purement arbitraire ou simplement résulter d'un consensus social ou éthique : il doit être éclairé par des études scientifiques.

Les normes sont très majoritairement définies comme des seuils au regard de la santé humaine. C'est vrai pour l'eau depuis le milieu du XIX^{ème} siècle avec les normes posées par les techniciens hygiénistes et on pourrait s'interroger sur la mise en place de ces normes qui font peu appel aux médecins². On observe à ce sujet une première difficulté dans la détermination du champ scientifique mobilisé. L'analyse pourra faire appel à plusieurs spécialités ou au contraire être l'exclusivité d'un groupe. Il n'en reste pas moins que la tendance tout à fait compréhensible est de prendre comme élément central de l'évaluation les disciplines qui permettent de mesurer des effets sur l'être humain.

On retrouve très fréquemment l'association de la protection de l'environnement avec la préservation de la santé humaine comme c'est le cas explicitement à l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article qui fonde toute la politique environnementale de l'Union européenne : « 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants :

- la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,
- la protection de la santé des personnes,
- l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,
- la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. ».

Même si les deux objectifs – protection de l'environnement et protection de la santé humaine – restent différents, la protection de l'environnement se trouve devoir contribuer à la protection de la santé. Et c'est bien ainsi que beaucoup de seuils seront fixés.

Peut-être peut-on trouver une exception à cette omniprésence du référentiel humain dans la notion d'état écologique que l'on trouve dans la directive-cadre sur l'eau.

² L'eau et l'expertise sanitaire dans la France du XIX^e siècle : le rôle de l'Académie de médecine et des congrès internationaux d'hygiène, Jean-Pierre Goubert *Sciences sociales et santé Année 1985* Volume 3 Numéro 2 pp. 75-102

L'évaluation des masses d'eau est faite en prenant en compte des critères multiples et semble s'intéresser à l'eau « pour elle-même ». Mais les seuils identifiés dans la directive ne se rapportent pas réellement à des atteintes écologiques et il est au demeurant significatif que le comité scientifique européen sur la toxicité soit placé sous l'autorité de la Direction Générale de la Santé et des consommateurs³. On doit alors retenir que la nature n'est que très rarement protégée pour elle-même mais plutôt permettre à l'être humain d'y vivre correctement.

Notons que la notion d'environnement est par elle-même anthropocentrée et fortement ambiguë : ce qui est « environné » dans « l'environnement » c'est l'homme. De même lorsque l'on parle de « milieu » c'est très souvent le milieu dans lequel l'être humain évolue. C'est seulement lorsque l'on évoque la nature que quelque chose d'autre peut apparaître, la nature aurait des exigences pour elle-même. Ces exigences ne pourraient cependant pas s'opposer à celles de la protection de l'être humain : si on suit les dispositions de l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une mesure de protection de la nature qui aurait comme conséquence de nuire à la santé humaine ne serait pas admissible alors que l'inverse est tout à fait possible.

Ainsi le seuil de 50 mg/l pour les nitrates dans l'eau a été choisi par l'Organisation Mondiale de Santé comme un seuil de risque pour la santé humaine. Ce seuil ne nous dit rien sur ce qu'en pensent les plantes et les animaux aquatiques...

LA POLLUTION COMME UN RISQUE

La notion de seuil s'insère dans un ensemble plus vaste qui est celui de la gestion des risques. Le seuil c'est une façon simple de gérer le risque : si on passe le seuil alors il y a un problème. Si on reste en deçà tout va bien. Cette approche simple ne prend pas en compte la réalité des effets : peut-être que 50 mg/l de nitrates dans l'eau est trop optimiste pour certains effets ou au contraire trop strict.

Il y a donc d'abord un choix de privilégier certains effets. Par exemple, la prolifération des algues vertes en Bretagne intervient à des niveaux bien plus faibles de nitrates (10 mg/l) mais on peut choisir - comme c'est le cas avec la norme de 50 mg/l - une norme centrée sur la potabilité. Pourtant si on doit s'intéresser à des phénomènes tels que l'eutrophisation - apparition incontrôlée d'algues asphyxiant un milieu aquatique - il faudra bien rechercher un ensemble de facteurs de risques et parmi ces facteurs, ceux qui doivent faire l'objet de limites.

³ https://ec.europa.eu/health/scientific_committees/environmental_risks_en

Ce choix de certains effets est à la fois un choix social et un choix par défaut. Il est un choix social en ce qu'il traduit nos préférences collectives plus ou moins explicitement. On doit cependant constater que le caractère éminemment technique du chiffre que l'on va retenir n'incite pas beaucoup au débat politique. Le débat se résume dans le meilleur des cas à la question de l'adoption ou de l'absence d'adoption d'un chiffre sans que l'on puisse disposer d'alternatives ou de réflexions plus larges sur les méthodes à employer pour atteindre un objectif.

C'est aussi un choix par défaut très souvent du fait que le chiffre dispose d'une certaine magie qui le rend séduisant... faute d'alternatives plus pratiques. Sa précision, son apparence de rationalité et sa capacité à offrir un espace de compromis sont des atouts considérables : le débat peut alors se nouer autour d'une position non plus sur la pertinence du critère retenu mais sur le niveau plus ou moins haut d'exigence à atteindre.

On doit garder en tête ce pouvoir du chiffre unique et du seuil car toute tentative de développer d'autres approches conduit à une complexité plus grande et doit lutter avec la notion de seuil pour trouver sa place sans qu'aucune victoire ne puisse être définitive⁴.

Il n'en reste pas moins que même en restant sur l'idée que l'on protège la santé humaine, la notion de risque permet a priori de prendre en compte l'exposition à des substances toxiques de façon plus fine que par un seuil. Cela résulte de la connaissance scientifique elle-même puisque ce que la science peut nous dire la plupart du temps, c'est que l'exposition à une substance aura des effets négatifs de façon très progressive sans qu'un point de bascule soit identifiable autrement que par une probabilité de dégradation ou de dommage.

On déplace alors la question du seuil d'une valeur représentant la quantité limite d'introduction d'un produit dans un milieu à la notion de risque acceptable : quel est le risque acceptable lorsque l'on développe de nouveaux projets routiers ? On sait que l'augmentation du trafic automobile engendre plus de pollution atmosphérique et que cette pollution à proximité des axes de transport induit, en fonction des niveaux de polluants et de la durée d'exposition, une diminution de l'espérance de vie. On choisit le plus souvent implicitement de considérer que le risque supplémentaire ajouté par un projet est acceptable. Quel niveau de pollution par les pesticides accepte-t-on pour que

⁴ On peut à cet égard se référer à toutes les tentatives visant à compléter un indicateur comme le Produit Intérieur Brut : la pertinence de ces analyses et le souhait de prendre en compte des éléments plus représentatifs de la santé d'une économie se heurtent toujours à la force d'un chiffre pratique, simple, largement vulgarisé.

l'eau reste qualifiée de potable ?

Il apparaît toujours que l'analyse scientifique peut au mieux fournir une estimation des dégradations probables en fonction d'une exposition à un niveau d'une substance toxique mais qu'elle est incapable de dire que les problèmes surgissent à partir d'un chiffre précis : on voit alors apparaître encore plus clairement le fait que le chiffre magique donné dans la loi comme seuil à respecter s'éloigne d'une réalité empirique qui permettrait de saisir les effets d'un polluant sur son milieu. Ce chiffre est alors d'un point de vue scientifique le meilleur représentant d'un niveau de risque qui bascule d'un niveau acceptable à un niveau d'interdiction.

Mais il arrive aussi qu'il soit impossible de déterminer une échelle de risques pour une technologie donnée. Nous sommes alors à un niveau de complexité bien supérieur puisqu'il n'est plus possible de s'appuyer sur des éléments chiffrés même probabilistes. C'est alors qu'intervient le principe de précaution.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION, ÉTAPE ULTIME DE L'ANALYSE DU RISQUE

La place du principe de précaution ne peut être comprise que si les limites des approches mécanistes (seuils) ou probabilistes (risques) sont perçues. On opère avec le principe de précaution un renversement puisque l'on va constater l'impasse de l'approche technique et scientifique pour essayer de dégager des principes d'action dans un monde où l'incertitude n'est plus modélisable.

Le principe est inscrit dans le droit de l'Union européenne et il est aujourd'hui inscrit dans la Constitution par la Charte de l'environnement de 2004. C'est un des principes de la déclaration de Rio. Il est très souvent caricaturé comme permettant de s'opposer à toute innovation comme c'est par exemple le cas dans le rapport Attali de 2008 ou encore le rapport parlementaire récent sur les objets connectés du 10 janvier 2017 : il serait un principe d'immobilisme ou réactionnaire traduisant la technophobie qu'il faudrait remplacer par un « principe d'innovation » ! De telles critiques sont sans fondement si on cherche à comprendre le fonctionnement de ce principe et à quel type de problème il cherche à apporter une solution.

Partons de la formulation du principe afin d'éviter toute équivoque.

L'article 5 de la Charte est ainsi rédigé : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures*

d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

La formulation n'est certainement par une interdiction. Il faut souligner que le principe est surtout un principe permettant l'action administrative dans un contexte où la preuve est difficile. En effet, le principe reconnaît d'abord qu'il existe des situations dans lesquelles la connaissance scientifique ne permet pas d'établir des seuils ou même des estimations des risques et que dans certaines de ces situations des dommages très graves sont néanmoins possibles. Le principe n'intervient que dans l'hypothèse de la conjonction de ces deux dimensions.

On peut nier que cela corresponde à la réalité mais il est difficile de ne pas voir que l'impact de l'activité humaine sur le monde est de plus en plus fort au détriment des équilibres les plus élémentaires de la nature. Inutile de rappeler que le changement climatique, l'accumulation de plastique dans les océans ou l'accélération vertigineuse de la disparition des espèces résultent des activités humaines. Il n'est plus possible de faire comme si ces activités ne pouvaient de toute façon qu'avoir un impact négligeable et marginal. Sans recourir à une exigence éthique vis-à-vis de notre environnement et de celui des générations à venir, toute ressource devient potentiellement rare et impose que son utilisation ne soit pas captée par tel ou tel intérêt y compris pour des raisons d'efficacité économique.

Or s'il n'est pas possible de déterminer avec l'aide de la technique ou de la science les impacts d'une activité, est-on condamné à un choix binaire qui conduit à l'interdiction ou l'autorisation au grès des sentiments politiques du moment ?

Le principe de précaution impose dans une telle situation d'agir : il ne s'agit pas d'interdire une activité mais d'adopter des mesures provisoires et d'engager des évaluations qui permettent de développer la connaissance nécessaire à la prise d'une décision plus éclairée.

Le principe de précaution n'a aujourd'hui que très peu été mobilisé juridiquement. Les affaires les plus médiatisées portent en France sur l'interdiction des antennes relais de téléphonie mais il faut souligner que ces quelques affaires n'ont pas débouché sur une interdiction généralisée des antennes. Il est abusif de présenter ce principe comme un frein à l'innovation alors même que, par exemple, l'utilisation massive des pesticides par l'agriculture conduit à des risques de dommages conséquents sur l'environnement et la santé humaine connus depuis près de 20 ans pour qu'intervienne seulement en

2017 quelques timides mesures !

L'illustration la plus claire de l'utilisation du principe est celle faite par l'Union européenne dans la crise de la vache folle : il s'agissait de savoir si les exportations de bœuf en provenance du Royaume-Uni pouvaient être interdites temporairement. La preuve scientifique de la nocivité des produits n'était pas faite, l'estimation du risque associé ne pouvait être produite et pourtant il fallait prendre des mesures. Le principe de précaution a permis de prendre ces mesures et a permis de les lever lorsque les risques ont pu être identifiés. On le voit, loin d'être une manifestation de l'obscurantisme, l'usage du principe de précaution est au contraire une façon de compléter les outils disponibles pour traiter sérieusement des effets sur l'environnement et la santé de l'activité humaine.

On doit plutôt déplorer que le principe ne soit pas plus souvent appliqué : il exige que l'évaluation et les études scientifiques se développent dans des secteurs où il peut être commode de ne pas s'interroger sur les conséquences de l'utilisation des techniques sur l'environnement⁵.

Le principe de précaution est un principe qui vise à mieux intégrer le risque dans la prise de décision et de ne pas se contenter d'attendre l'apparition des dégâts et d'y remédier par des mesures curatives : la puissance de l'intervention humaine peut conduire à des situations irréversibles et il est inconcevable de ne pas en tenir compte.

CONCLUSION

Cette courte exploration met en évidence la complexité de la notion de pollution qui reste une notion multiforme pour le droit. J'ai essayé de montrer que la pollution pour être caractérisée juridiquement nécessite de recourir à des outils de plus en plus complexes pour appréhender l'incertitude entourant nécessairement la notion d'atteinte au milieu. De ce fait, le concept de pollution, s'il pouvait être à première vue marqué par une certaine évidence, s'éloigne de la terre des certitudes tranquilles. Le droit de l'environnement montre combien il est difficile aujourd'hui de résumer les problèmes posés par l'exploitation de la planète à quelques idées simples : les outils doivent faire place à l'évaluation du risque et à la gestion de l'incertitude.

Cette exploration montre aussi que le droit de l'environnement fait une place centrale à la santé humaine et donc à l'être humain. C'est très souvent l'humain qui est la mesure principale et parfois la seule mesure de l'atteinte à l'environnement. La

⁵ On se référera au rapport de l'Agence européenne pour l'environnement « *Late lessons on early warnings* » qui illustre par des cas pratiques le coût collectif de l'absence de mise en œuvre du principe de précaution <https://www.eea.europa.eu/publications/late-lessons-2>

question est donc de savoir s'il faut dépasser l'anthropocentrisme et comment le faire : les difficultés liées à quantifier la pollution et à justifier de précautions seront démultipliées s'il faut tenir compte de l'équilibre des écosystèmes et ne plus se contenter de tout rapporter à l'homme. La définition même d'une situation « naturelle » pose problème. Une espèce invasive va modifier l'équilibre d'un écosystème. L'action de l'homme depuis des siècles a eu un effet certain sur des équilibres ou des paysages qui nous paraissent naturels. L'objet même qui doit être préservé a des contours moins tranchés !

Enfin, nous voudrions souligner que le droit de l'environnement nous oblige à repenser nos catégories juridiques. Il est en effet un droit qui fait appel à toutes les branches du droit : dans ce qui précède, nous avons évoqué le droit civil avec les troubles de voisinage, le droit constitutionnel avec le principe de précaution, le droit de l'Union européenne pour ce qui concerne la définition du déchet, l'histoire du droit en faisant référence au droit romain ou à l'origine de la législation sur les installations classées. On aurait pu très facilement mobiliser d'autres branches du droit comme par exemple le droit administratif dans sa dimension de police administrative ou encore le droit pénal pour la répression des pollutions engendrées par des installations ou par l'abandon sauvage de déchets. De même que l'étude scientifique de l'environnement exige de mobiliser l'ensemble des disciplines scientifiques, le juriste ne pourra se cantonner à un seul domaine du droit s'il veut faire du droit de l'environnement. C'est assurément un atout dans un monde où la spécialisation technique peut faire perdre de vue les enjeux eux-mêmes.

Enfin, ce droit traduit tout particulièrement la tension entre des objectifs politiques ou éthiques et leur matérialisation dans les règles. S'il est acquis que le développement humain se fait aujourd'hui au détriment des équilibres naturels et que les capacités de production dépassent les ressources disponibles, il est beaucoup moins facile de transformer ces messages récurrents en actions précises. En s'intéressant au droit de l'environnement, on mesure l'extraordinaire complexité de nos sociétés et cette complexité est difficile à communiquer dans des slogans réducteurs. Le droit de l'environnement est une invitation à s'engager dans un travail précis et minutieux de recherche de solutions provisoires et imparfaites.



Toutes les infos sur
www.collegesuperieur.com

