

Université de Limoges
Faculté de droit et des sciences économiques

Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de
l'Aménagement et de l'Urbanisme (CRIDEAU-CNRS/INRA)

Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement

Thèse présentée pour le doctorat en droit nouveau régime,
et soutenue publiquement le 22 juin 2005 par

Guillaume BONNEL

Jury :

Directeur de
la recherche :

Monsieur Michel PRIEUR
Professeur émérite à l'Université de Limoges
Directeur scientifique du CRIDEAU

Rapporteurs :

Madame Marie-Anne COHENDET
Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

Monsieur Jean UNTERMAIER
Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon III
Directeur de l'Institut de Droit de l'Environnement

Suffragants :

Monsieur Gérard MONÉDIAIRE
Maître de conférences à l'Université de Limoges
Directeur du CRIDEAU

Madame Aude ROUYÈRE
Professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV

Monsieur Michel TROPER
Professeur à l'Université de Paris X, Nanterre
Membre de l'Institut Universitaire de France

À Katia et Mahaut.

Sommaire

Introduction

Première partie – Un procédé d'expression normative stimulé par l'empathie formelle du droit de l'environnement.

Titre premier – La dimension métaphysique du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme de la transcendance.

Chapitre 1 – Une figure polymorphe de l'inconditionné.

Chapitre 2 – Le principe juridique face à l'effondrement des transcendances.

Chapitre 3 – Une voie médiane entre autonomie et hétéronomie.

Titre deuxième – La réception d'une notion juridique incertaine en droit de l'environnement.

Chapitre 1 – Le principe juridique écrit dans le droit français : un corpus hétérogène et dénué de régime juridique propre.

Chapitre 2 – La configuration légistique des principes du droit de l'environnement : une double vertu clarifiante et fondatrice.

Titre troisième – Les principes juridiques écrits comme outil d'une "écologisation" du texte de la norme ?

Chapitre 1 – La spécificité du texte des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison.

Chapitre 2 – Le conceptualisme juridique au service de l'empathie formelle du droit : les principes juridiques écrits comme outils d'une "légalité environnementale"?

Seconde partie – Un moyen de justification des décisions bridé par le tropisme textuel du juge.

Titre premier – La dimension justificative du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme panlégiste.

Chapitre 1 – Le principe juridique et la figure du juge transcripateur.

Chapitre 2 – Le principe juridique et la figure du juge codéterminateur.

Titre deuxième – La réception d'une notion émancipatrice par le juge.

Chapitre 1 – La notion de principe juridique écrit dans la justification des décisions juridictionnelles : constitution d'un référentiel comparatif.

Chapitre 2 – Les principes du droit de l'environnement dans la motivation des décisions juridictionnelles.

Titre troisième – Les principes du droit de l'environnement comme outils d'une "écologisation" de la décision juridique ?

Chapitre 1 – La spécificité jurisprudentielle des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison.

Chapitre 2 – Un constructivisme juridictionnel au service de l'empathie formelle du droit : les principes du droit de l'environnement comme outils d'une décision écologique ?

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

Abréviations principales

A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
B.D.E.I.	Bulletin du droit de l'environnement industriel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C.E.	Conseil d'État
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Coll.	Collection
F.U.S.L.	Facultés universitaires Saint Louis
Ibid.	Ibidem
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.S.(C.R.)	Journal officiel du Sénat, Compte rendu des débats
J.O.A.N.(C.R.)	Journal officiel de l'Assemblée nationale, Compte rendu des débats
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N.S.S.	Nature sciences sociétés
Op. cit.	Opere citato
Rec.	Recueil Lebon
Req.	Requête
R.J.E.	Revue juridique de l'environnement
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique
R.E.D.E.	Revue européenne de droit de l'environnement
R.F.A.P.	Revue française d'administration publique
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
R.T. D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
S.F.D.E.	Société française pour le droit de l'environnement

Hector : Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.

Busiris : Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne.

Hector : Je te demande, moi, une interprétation. C'est plus juridique encore.

Jean GIRAUDOUX : "La Guerre de Troie n'aura pas lieu", Grasset, 1943, page 121.

Introduction

L'observation du droit dans ses formes les plus immédiatement perceptibles suggère un constat d'évidence que ne renieraient ni le théoricien ni le praticien : à côté de la règle de droit générale et abstraite conçue comme la panacée du droit moderne, apparaît de plus en plus massivement dans le paysage formel constitué par les techniques d'expression normatives la figure banalisée du "principe juridique écrit". Le phénomène ayant donné naissance à cette nébuleuse bigarrée occupe le terrain du droit français de manière à la fois horizontale et verticale, investissant tous ses champs et tous ses niveaux hiérarchiques. Il occupe le terrain du droit de l'environnement d'une manière empirique et expérimentale, en s'incarnant dans des principes à la fois législatifs et constitutionnels, dont l'aura est aussi médiatique que le régime juridique encore à peu près inconnu.

Un premier examen révèle que de l'identité *matérielle* du droit de l'environnement ces principes rendent compte avec une clarté et une concision saisissantes. On ne saurait trop conseiller à un observateur non juriste soucieux d'appréhender l'essence du droit de l'environnement de s'attacher à la pleine compréhension de ces principes, qui constituent un véritable support pédagogique à l'usage du néophyte. L'émergence progressive de ce condensé paradigmatique multiforme – conventions internationales, code de l'environnement, Charte de l'environnement de 2005 – a été largement et excellemment étudié sous cet angle matériel¹. Modèle curatif incarné par le principe pollueur-payeur, modèle préventif habitant le principe de prévention et de correction par priorité à la source, modèle anticipatif sous tendant le principe de précaution, sans négliger le modèle participatif porté par un principe complété en 2002 sous l'effet du droit international², aménageant la démocratie représentative en matière environnementale. Le réseau conceptuel qui nimbe le corpus législatif des principes généraux du droit de l'environnement – définition de l'environnement formant patrimoine commun de la nation, intérêt général attaché à la protection de l'environnement, développement durable comme objectif trans-générationnel, droit de vivre dans un environnement sain, principe d'équilibre entre zones urbaines et zones rurales, devoir de veiller à la protection de l'environnement pesant sur les personnes publiques et privées – offre de surcroît au profane une vision complète des objectifs législatifs et des finalités d'une politique publique déclinée ensuite en règles et en techniques détaillées. De toute évidence, l'objectif symbolique ayant guidé la formulation législative des principes, objectif somme toute

¹ Voir sur ce point **N. de SADELEER** : "Les principes du pollueur payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement", Bruylant, Aupelf-Uref, Bruxelles, 1999, notamment le chapitre 1 : "Les assises épistémologiques des principes".

² Voir la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité qui complète la formulation du principe législatif de participation : "Le 4° du II de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement est ainsi rédigé : 4° – Le principe de participation, selon lequel chacun a accès (*remplaçant "doit avoir accès"*) aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, (*la suite a été ajoutée*), et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire", J.O. n° 50 du 28 février 2002, page 3808.

assez classique dans l'imaginaire juridique de la codification³, s'est soldé par un succès⁴. Le corpus inaugural du code de l'environnement, affirmant avec concision les intérêts qu'il véhicule sous la forme de préférences abstraites, joue pleinement son double rôle de signal à l'égard d'autres intérêts légitimes mais potentiellement contradictoires, et de prémisse téléologique pour les autorités en charge de l'interprétation et de l'application des règles plus détaillées. Un regard jeté alentour en direction des codes ou des textes servant de base à d'autres politiques publiques ferait d'ailleurs apparaître avec une surabondante variété matérielle nombre de ces principes écrits formulant des intérêts ou des objectifs très divers. Ainsi, pour ne citer que les plus récents, le Livre préliminaire inséré dans le Code forestier par la loi d'orientation sur la forêt qui s'intitule "Principes fondamentaux de la politique forestière" et comporte 14 articles affirmant dans un élan syncrétique les fonctions économiques, sociales et environnementales de cette dernière⁵, ou l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique qui pose le principe fondamental de "droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé".

Le corpus constitutionnel des principes environnementaux, qui dans ses formes rédactionnelles se distingue du corpus législatif, notamment en ce qu'il ne conserve formellement le qualificatif de "principe" que pour l'un d'entre eux, noie quant à lui les quatre principes initiaux dans un ensemble de dix articles précédés de sept considérants qui reformulent sensiblement les mêmes valeurs : interdépendance entre l'Humanité et son milieu naturel, environnement formant patrimoine commun des êtres humains, prise en compte de l'influence croissante de l'Homme sur les conditions de la vie, sensibilité de la diversité biologique, de l'épanouissement de la personne et du progrès des sociétés humaines aux modes de consommation, de production, et à l'exploitation des ressources naturelles, équivalence entre la protection de l'environnement et les intérêts fondamentaux de la nation, développement durable comme objectif trans-générationnel. À ce niveau constitutionnel, en revanche,

³ Voir par exemple **E. KANT** : "On souhaite depuis longtemps - et ce vœu, qui sait quand ? s'accomplira peut-être un jour - de pouvoir enfin découvrir, à la place de l'infinie variété des lois civiles, les principes de ces lois ; car c'est en cela seulement que peut consister le secret de simplifier, comme on dit, la législation", *in E. KANT* : "Critique de la raison pure", traduction A. TREMESAYGUES ET B. PACAUD, PUF, 6^{ème} édition Quadrige, Paris, 2001, page 256. En bon lecteur de KANT, et comme pour réaliser ce vœu ironiquement évoqué, PORTALIS se fera l'apôtre des principes juridiques dans son "Discours préliminaire sur le projet de Code civil" : "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière" *in J.E.M. PORTALIS* : "Écrits et discours juridiques et politiques", Collection des publications du centre de philosophie du droit, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, page 26.

⁴ Voir dans ce sens **A. ROUYÈRE** au sujet du principe de précaution : "Le juge ne fait pas une application homogène du principe, l'essentiel pour lui est de mobiliser la ressource symbolique dont il est porteur", *in "L'exigence de précaution saisie par le juge"*, *RFDA* n°2 mars-avril 2000, Dossier spécial : "De nouveaux principes généraux du droit ?", page 270.

⁵ Voir notamment les dispositions suivantes : "La mise en valeur et la protection des forêts sont reconnues d'intérêt général. La politique forestière prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale des forêts et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable. (...). La gestion durable des forêts garantit leur diversité biologique, leur productivité, leur capacité de régénération, leur vitalité et leur capacité à satisfaire, actuellement et pour l'avenir, les fonctions économique, écologique et sociale pertinentes, aux niveaux local, national et international, sans causer de préjudices à d'autres écosystèmes. (...). Ses orientations, ses financements, ses investissements et ses institutions s'inscrivent dans le long terme. Elle privilégie les mesures incitatives et contractuelles, notamment par la recherche de justes contreparties pour les services rendus par la forêt et les forestiers en assurant les fonctions environnementale et sociale lorsque cela conduit à des contraintes ou à des surcoûts d'investissement et de gestion", Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, J.O. n° 159 du 11 juillet 2001, page 11001.

l'environnement jouit du privilège de l'exclusivité attaché aux intérêts qu'une nation se désigne à elle-même comme supérieurs : on ne trouve en effet point de Charte de l'urbanisme, de Charte du travail ou de Charte de la famille qui consacraient un corpus de principes similaires. La constitutionnalisation des principes environnementaux sonne le glas de leur "sectorialité" en venant enrichir matériellement le bloc de constitutionnalité pour en faire un nouveau champ autonome des droits de l'homme⁶.

Mais ce n'est pas pour des raisons matérielles que ce phénomène de prolifération des principes juridiques écrits qui mêle hypernomie et anomie est déroutant, c'est parce que la rationalité juridique affiche sa difficulté à l'incorporer au prisme de ses catégories formelles. Or un examen rapide montre que leur développement, sous les divers qualificatifs de "principes", "principes généraux", "principes fondamentaux" ou "principes directeurs", ne touche pas exclusivement les textes législatifs mais également les textes constitutionnels, les textes réglementaires, de même que les circulaires⁷. À première vue pourtant, et pour les principes législatifs, ce phénomène aurait pu être absorbé par le paysage dessiné par le constituant du 4 octobre 1958, qui avait souhaité donner un nom et un régime à ces normes en distinguant clairement la règle du *principe fondamental* pour tracer une ligne de partage entre les matières réservées intégralement à la loi et celles dont elle ne détermine que les linéaments⁸. Cependant, en raison de l'interprétation relativiste qui a été donnée de cette distinction par le Conseil constitutionnel et de sa quasi-désuétude⁹, les "principes fondamentaux" visés par l'article 34 de la Constitution ne seraient d'aucun secours pour qui chercherait une catégorie formelle d'adoption pour les principes législatifs écrits du droit de l'environnement. Et pour cause, l'environnement n'est devenu une compétence législative au titre des domaines où la loi fixe les principes fondamentaux que depuis l'adoption de la Charte du premier mars 2005, date à laquelle les principes ont dans le même temps été constitutionnalisés. Au niveau constitutionnel les catégories d'adoption qui auraient permis d'accueillir les nouveaux principes environnementaux ne manquaient pourtant pas, mais c'est une voie juridique beaucoup moins lisible qui a été retenue puisque ces principes n'ont été affiliés, là aussi, à aucune des catégories établies de principes constitutionnels.

Plus généralement, la confrontation des principes utilisés en droit de l'environnement avec la typologie du droit public existante débouche sur un résultat décevant, puisqu'ils ne semblent à première vue revêtir qu'imparfaitement les habits des catégories traditionnelles de principes reconnues en droit français ; il faudra peut-être s'y résoudre, les principes généraux du droit administratif, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes particulièrement nécessaires à notre

⁶ B. MATHIEU : "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15/2003, DALLOZ, page 146.

⁷ D'une manière plus générale ce phénomène s'intègre dans un phénomène de développement du "droit souple", dont l'environnement est l'un des terrains privilégiés, voir dans ce sens et notamment pour l'exemple du principe de précaution C. THIBIERGE : "Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit", RTDC 2003, page 623.

⁸ Voir l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁹ Voir dans ce sens L. FAVOREU (dir.) : "Droit constitutionnel", 5^{ème} édition, Précis DALLOZ, page 685.

temps, principes, règles, exigences et objectifs à valeur constitutionnelle¹⁰ n'accueilleront sans doute pas aisément en leur giron la figure apparemment *sui generis* des principes écrits du droit de l'environnement.

De là à inférer la spécificité de leur usage dans ce champ il n'y a qu'un pas qu'il serait bien imprudent de franchir sans préambule, sans tenter d'éclairer d'abord la notion de *principe juridique* elle-même, puis celle de *principe juridique écrit*. Le seul constat qui s'impose à ce stade sans encourir le grief de constituer lui-même un *a priori* est que cette notion semble totalement dépourvue d'un régime juridique univoque à même d'encadrer son fonctionnement en tant que norme ; il suffit pour s'en convaincre de la comparer à d'autres techniques d'expression normative utilisées couramment en droit de l'environnement comme l'autorisation préalable, la règle intégrant un seuil quantifié ou le zonage. Il faudra donc s'en contenter, voire même s'en saisir, puisque c'est précisément cette carence qui autorise à risquer l'hypothèse d'un usage spécifique, là où la consécration juridictionnelle de "principes généraux du droit" de l'environnement, dûment labellisés par le juge administratif, n'aurait permis que le rattachement à un corpus théorique existant et l'adhésion au cortège d'attributs qui lui sont connexes : caractère non écrit, valeur supra-décrétale et infra législative, découverte prétorienne par induction amplifiante...

On le perçoit aisément, la polysémie du concept de principe au sein du champ juridique impose un préalable abstraitif qui tenterait de retrouver, sous la profusion des catégories existantes, quelques lignes sommaires qui donneraient à lire les constantes de cette notion avant qu'elle n'ait gagné le champ du droit et ne s'y soit brouillée de complexes nuances formelles. Pourtant, envisager la notion de principe indépendamment de tout jugement classificateur l'inféodant à telle ou telle catégorie normative, pourrait passer pour une gageure nominaliste. Il est vrai que le droit s'est approprié cette notion depuis si longtemps qu'il semble avoir recouvert d'un voile de complexité technique ses déterminations internes, lesquelles conservent pourtant, sous les prodiges taxinomiques du conceptualisme juridique, la même essence élémentaire et indifférenciée. La célèbre "loi de parcimonie" de Guillaume d'Occam, selon laquelle "Il ne faut pas multiplier les êtres sans nécessité", vient heurter ici le *modus operandi* classificateur d'une science juridique peu encline à renier ses subtiles distinctions. Au demeurant, et sans aller jusqu'à dénier l'utilité ou la pertinence technique des multiples catégories de principes juridiques, le recours à un nominalisme prudent semble bien constituer le seul point de départ possible à toute analyse de la situation de vacuité méthodologique à laquelle sont livrés les principes écrits utilisés en droit de l'environnement, faute de rattachement indiscutable aux catégories existantes.

Cette opération de déconstruction – comment penser le principe indépendamment des catégorisations juridiques dont il a fait l'objet ? – conduira à définir les configurations intellectuelles qui

¹⁰ Voir pour une telle confrontation **N. de SADELEER** : "Les principes du pollueur payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement", op. cit., Deuxième partie : "Nature juridique des principes du pollueur payeur, de prévention et de précaution", pages 233 à 271.

permettent l'existence de la notion de manière à mieux comprendre les conditions de son importation dans le champ juridique environnemental. Cette analyse conceptuelle du principe juridique commandera alors d'investir plus avant les termes antinomiques d'un couple avec lequel il faudra se familiariser : celui statique et perpétuel du *principe-emblème* qui unifie et synthétise le droit derrière une figure représentative et transcendante, et celui dynamique et actualisé du *principe-norme* qui constitue un outil pratique au service du réglage de l'action et de la prise de décision. La recherche d'un noyau conceptuel propre à la notion de principe elle-même partira de ces deux versants du principe pour constituer, dans un but de clarification, le premier temps de chacune des deux parties du plan qui sera proposé pour cette recherche. Elle approfondira par là les deux paradigmes qui conditionnent l'émergence du principe en tant que concept juridique et qui déterminent, *a priori*, son usage en droit de l'environnement. On parlera pour les identifier d'un *paradigme de la transcendance*, lié à la fonction du principe comme *procédé d'expression normative*, et d'un *paradigme panlégiste*, lié à la fonction du principe comme *moyen de justification des décisions*. Ces configurations enchevillées l'une à l'autre déterminent, pour le meilleur et pour le pire, la pensée qui se donne pour objet la notion de principe juridique écrit en droit de l'environnement. Chacune d'elles marque de son empreinte l'un des deux moments essentiels de la démarche juridique¹¹ : une dimension généalogique de production *textuelle* des normes placée sous les auspices de la transcendance, et une dimension opératoire de *traitement décisionnel des faits* s'accomplissant sous l'empire du panlégisme. La *transcendance* sous-tend une vision positive du principe comme fondement et comme clé de lecture du droit ; le *panlégisme* conditionne une vision négative du principe comme concept normatif, puisque exigeant du droit une autosuffisance fondée sur le texte et non sur la dialectique entre le texte et les faits. La première de ces figures semble n'avoir jamais réellement faussé compagnie aux différents modes de problématisation du droit, y compris ceux qui postulent son caractère auto-référentiel ou auto-poïétique¹², témoignant par là d'un dépassement du clivage entre positivisme juridique et jusnaturalisme au nom d'un véritable "paradigme de la transcendance". La seconde détermine depuis la Révolution française un centralisme textuel ou *panlégisme*¹³ débouchant sur un modèle académique et mécanique d'application¹⁴ du droit qui va de

¹¹ Selon M. DELMAS-MARTY et J.F. COSTE : "L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur logiques et droit", in D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.) : "Dire le droit. Langue, texte et cognition", LGDJ, Collection "Droit et société" n°3, Paris, 1992, pages 111.

¹² Voir dans ce sens F. EWALD : "Ainsi le droit se présente-t-il avec une structure double et divisée. Cette structure définit le cadre de toute expérience juridique possible. Les systèmes juridiques peuvent varier, se différencier au cours de l'histoire (...) ces variations ne peuvent affecter la structure double et divisée de l'expérience juridique. (...) La doctrine de l'auto-poïésis est une manière de formuler ce problème de la règle de jugement, du droit du droit." in "Le droit du droit", *Archives de philosophie du droit*, Tome 31 "Le système juridique", SIREY-CNRS, 1986, pages 246-247. Voir également J. CHEVALLIER : "Le droit est d'abord investi d'un capital d'autorité, lié au privilège de la transcendance : la laïcisation n'a pas fait disparaître en effet cette dimension transcendantale, en débarrassant le droit de la gangue magique ou religieuse qui l'entourait dans les sociétés traditionnelles ; l'autorité qui s'attache à lui découle toujours d'un mécanisme d'imputation à un sujet anonyme, insaisissable et mystérieux, d'où provient la Loi, sujet qui est désormais l'État" in "Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique", *RDJ* n°3/98, page 666.

¹³ "Le panlégisme consiste, rappelons-le, à croire que tout le droit peut se trouver dans la loi. Il prétend donc imposer une théorie de la séparation institutionnelle de la raison pratique et de la raison théorique, selon laquelle le juge doit seulement comprendre et appliquer ce que le législateur a décidé", G. VANNIER :

pair avec un effacement du juge, et qui n'est que très timidement concurrencé par des modèles théoriques alternatifs, tels la théorie réaliste de l'interprétation ou la pesée globale des intérêts¹⁵.

Ce n'est qu'en prenant acte du *modus operandi* de ces deux "forces formatrices d'habitudes" qu'il sera ensuite possible de comprendre les fonctions de la notion principe juridique écrit en droit de l'environnement. Ces deux déterminants de la notion de principe juridique, qui comme on le verra sont enracinés dans son étymologie, conditionnent largement les schèmes sous l'emprise desquels la doctrine est conduite soit à la dénigrer comme foncièrement déficitaire en regard des canons de la "juridicité"¹⁶ illustrés par les règles détaillées, soit à lui prêter par rapport à son objet les vertus d'une panacée qui ne sont pas sans rappeler la "règle de Lesbos" louée par Aristote¹⁷. L'accueil réservé au principe écrit oscille en effet entre l'enthousiasme pour une figure renouvelée de l'hétéronomie, et le déni d'une norme incapable de satisfaire les canons de la logique déductive dans le cadre de la subsumption des faits, c'est à dire incapable de fonder juridiquement la décision d'un juge. De par sa connivence avec le registre mythologique du fondement, l'histoire juridique du principe s'est trouvée enchaînée au paradigme de la transcendance. Son instrumentalisation actuelle et sa banalisation corrélative par le droit des politiques publiques, qui tendent à en faire une simple norme au fonctionnement spécifique – le "principe directeur" – contredit l'usage solennel à visée universalisante qui en était fait dans le préambule des codes modernes. Le "capital de transcendance" des principes, impliqué dans le travail d'objectivation des fondements du droit, est sommé de s'adapter au "pluralisme des vérités" qui impose la coexistence de principes concurrents dont l'universalité s'est peu à peu altérée. Il faudra montrer par la suite – et cette démarche détermine le plan proposé – comment ces paradigmes charpentent la fonction des principes, pour l'un dans *l'écriture du droit de l'environnement*, pour l'autre dans la *justification des décisions juridictionnelles*. Pour éviter la précipitation, on affirmera simplement à ce stade que toute évaluation critique portant sur les principes du droit de l'environnement ne peut se comprendre que par rapport à ces deux configurations secrètement complémentaires ; elles constitueront la raison d'être du plan retenu pour cette étude.

"Argumentation et droit : introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman", L'interrogation philosophique, PUF, Paris, 2001, page 108.

¹⁴ La notion "d'application" du droit (du latin *applicare* : "appliquer un objet contre", in **E. BAUMGARTNER** et **P. MÉNARD** : "Dictionnaire étymologique et historique de la langue française", Librairie générale française, Paris, 1996, page 40) semble témoigner d'une conception rigide de la séparation entre le droit et le fait au sens où la rencontre entre ces deux moments du phénomène juridique s'opérerait par le biais d'une subsumption parfaite se déroulant au sein de la méthode syllogistique. Le choix du terme "concrétisation", antonyme "d'abstraction" lui sera préféré pour sa plus grande neutralité.

¹⁵ "Le dédale du droit des politiques publiques prend deux aspects. Celui, très compliqué, de l'empilement successif de règles fixes cherchant désespérément à coller à une réalité mouvante. Celui, complexe, des principes directeurs générant des pesées d'intérêts concrètes, non reproductibles, car devant s'adapter à chaque cas d'espèce" in **C.-A. MORAND** : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", LGDJ, Collection droit et société n°26, Maison des Sciences de l'homme, Paris, 1999, page 194.

¹⁶ Pour un exemple d'une telle vision des principes de l'environnement considérés comme trop vagues et trop évanescents pour pouvoir prétendre à une quelconque opérationnalité voir **L. LANOY** "Réflexions sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement", *BDEI* n° 2/1996, page 2.

¹⁷ "En effet, pour tout ce qui est indéterminé, la règle ne peut donner de détermination précise, au contraire de ce qui se passe dans l'architecture à Lesbos, avec la règle de plomb ; cette règle, qui ne reste pas rigide, peut épouser les formes de la pierre ; de même les décrets s'adaptent aux circonstances particulières", **ARISTOTE** : "Éthique à Nicomaque", chapitre X, Garnier Flammarion, Paris, page 163.

Mais il faudra avant d'expliciter ce plan, et en guise d'introduction, formuler les présupposés inhérents à une recherche menée davantage sous l'angle d'une étude *formelle* de la notion de principe écrit comme technique juridique, que sous l'angle d'une analyse *matérielle* du contenu des principes législatifs et constitutionnels du droit français de l'environnement. La question de savoir si ce champ peut mettre à profit le défaut de régime juridique attaché à la notion de principe juridique écrit pour en faire une norme *spécifique*, en vue de s'adapter formellement à son objet, tant au plan de l'écriture de la norme que du traitement décisionnel des faits, ne peut nourrir pour l'instant qu'une simple hypothèse, "l'empathie formelle du droit", qui sera comme le fil d'Ariane de cette investigation. La présentation de cette hypothèse s'opérera par le biais des cinq étapes introductives suivantes.

1 – L'antinomie structurelle du principe juridique.

Le programme des propos qui vont suivre pourrait consister en une tentative de substituer à la définition nominale des principes une définition réelle, en suivant le critère établi par Emmanuel Kant pour distinguer entre une signification donnée arbitrairement et l'exposé des déterminations internes d'un concept¹⁸.

La première piste qui mérite d'être suivie est indiquée par l'antinomie qui dissocie au sein du principe une fonction *normative* d'un segment de réalité et une fonction *représentative* d'un champ du droit. Les principes du droit de l'environnement ont depuis leur inscription en droit français été loués pour leurs vertus synthétiques et comme clé de lecture d'un droit de l'environnement trop éparpillé et trop technique¹⁹. Le choix de la notion de "principe" parmi l'ensemble des vocables juridiques désignant des normes générales²⁰ semble avoir poursuivi un objectif avéré de représentativité, que l'on retrouve sous la plume de la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question²¹, pour qui les principes "transcendent les règles positives et les ordonnent dans une structure rationnelle", "accélèrent la systématisation logique du droit de l'environnement" et tiennent lieu de "clé de voûte du code"²², répondent à une fonction de "structuration du droit de l'environnement" et de "légitimation des politiques de l'environnement"²³, ou encore constituent "l'ossature solide du droit de l'environnement"²⁴

¹⁸ E. KANT : "Logique", Traduction par L. GUILLERMIT, Librairie philosophique J. VRIN, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1997, page 153, § 106.

¹⁹ Voir par exemple C. CANS : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", RJE n°2/1995, page 196, J. MORAND-DEVILLER : "Droit et gestion de l'environnement, un nouveau système à inventer", RFAP, n°53, 1990, page 23, Y. JÉGOUZO : "Les principes généraux du droit de l'environnement", op. cit., page 209, J. de MALAFOSSE : "Les principes généraux du droit de l'environnement", in "Mélanges dédiés à Louis Boyer", Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, pages 405 et 406.

²⁰ Les expressions suivantes apparaissent à la simple lecture des codes : "dispositions générales", "règles générales", "directives générales", "généralités"...

²¹ Voir également la liste des métaphores ("armatures", "poutres maîtresses", "éléments fédérateurs") recensées au sujet des principes juridiques par M. DELMAS-MARTY : "Pour un droit commun", Seuil, Paris, 1994, page 131.

²² N. de SADELEER : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement", Bruylant, Bruxelles, 1999, page 308.

²³ Y. JÉGOUZO : "Les principes généraux du droit de l'environnement", RFDA vol. 12, n° 2/1996, page 215.

et "les piliers sur lesquels [la construction des droits nationaux de l'environnement] repose"²⁵. Les auteurs du Rapport Coppens de préparation de la Charte de l'environnement soulignaient également les enjeux symboliques attachés à la notion de principe, qui "marque la volonté d'ériger le concept véhiculé au rang suprême, dans les intentions politiques et sociales de leurs auteurs, pour lui donner l'autorité la plus large possible au delà des frontières nationales"²⁶.

Or, il est permis de s'interroger pour savoir dans quelle mesure cette vocation à l'amélioration de la lisibilité du droit, qui confine le principe juridique dans une forme de dépouillement elliptique²⁷, peut elle être cumulée avec une vocation normative qui quant à elle exige une capacité à discriminer parmi les phénomènes ? N'est-ce pas précisément en sacrifiant à cette nouvelle fonction emblématique, comme signe adressé aux représentants d'autres intérêts légitimes ou comme outil du sursaut identitaire d'un droit émergent, que le principe perd ses propriétés normatives ? Réduit à une épure, le principe de droit de l'environnement condense une matière complexe et foisonnante en usant de concepts très généraux mais perd en même temps les qualités performatives qui marquent son appartenance au champ du droit, c'est à dire sa capacité à modifier l'ordre du réel. L'on pourrait affirmer pour abrégé que plus une norme est dotée d'une fonction représentative, source d'imprécision textuelle et de fuite dans la généralité, plus elle nécessite le relais d'une méthode de concrétisation qui lui est extérieure, témoignant d'une écriture continuée du droit "à plusieurs mains" : interprétation, évaluation des standards, adoption d'une norme écrite plus précise. La figure du principe juridique viendrait donc s'inscrire en faux contre l'idéal panlégiste et légicentriste de la norme autosuffisante permettant de faire face à tous les cas de figure par simple application mécanique. Cette supposition semble corroborée par le fait que la portée normative qui est reconnue à certains types de principes juridiques également dotés d'une dimension emblématique, comme par exemple les principes généraux du droit administratif²⁸ ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, résulte du fait qu'ils sont relayés par un corpus méthodologique extrêmement précis, et dotés d'un régime juridique constituant pour certains d'entre eux une véritable appellation contrôlée²⁹. Mais ce constat intuitif, pour être affiné,

²⁴ **É. NAIM-GESBERT** : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", Thèse Droit, Lyon, 1997, page 507.

²⁵ **C.A. MORAND** : "Vers un droit de l'environnement souple et flexible: le rôle et le fonctionnement des principes", in **F. OST, S. GUTWIRTH (dir.)** : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", FUSL, Bruxelles, 1996, page 263.

²⁶ Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement, Ministère de l'écologie et du développement durable, 2003, page 42.

²⁷ Contrairement à ce qui a pu être dit à leur sujet les principes ne sont précisément pas du "droit qui bavarde" mais, pour employer une autre métaphore du "droit taciturne", qui en dit le moins possible pour mieux embrasser le champ très vaste du droit de l'environnement.

²⁸ Les principes généraux du droit sont souvent présentés sous cet angle, voir par exemple **J. RIVERO** et **J. WALINE** : "Il y a à la racine de tout système de droit une conception de l'homme et du monde qui implique certains postulats. C'est à ce fond éthique que se rattachent les principes généraux du droit", in "Droit administratif", Précis Dalloz, 18^{ème} édition, Paris, 2000, page 73 ; voir également **G. BRAIBANT** et **B. STIRN** : "Les principes correspondent à un certain état de civilisation, un consensus populaire à un moment donné de l'évolution de l'histoire", in "Le droit administratif français", 5^{ème} édition, Presses de sciences po & Dalloz, Collection amphithéâtre, Paris, 1999, page 222.

²⁹ Voir **R. CHAPUS** : "les principes généraux du droit, qui bénéficient d'une *appellation contrôlée*, ne doivent pas être confondus – ni avec les *principes fondamentaux* de diverses matières dont la détermination est réservée à la loi par la Constitution (article 34) – ni avec les *principes fondamentaux reconnus par les lois de*

mérite d'être livré à une analogie qui permettra de penser cette antinomie avec les outils de la philosophie et de déterminer ce que les principes, en s'adjoignant cette fonction représentative, empruntent à leur insu aux propriétés philosophiques du *concept*.

Universel figuré par un signe³⁰, le principe serait donc au foisonnement des règles détaillées ce que le concept est à la diversité de ses objets : une représentation qui leur est commune et qui peut être contenue dans la multitude de leur collection. C'est en se référant à ce pouvoir discriminant, pouvoir de distinguer ce qui est inclus et ce qui est exclu d'un ensemble, que les principes du droit de l'environnement accèdent à leur fonction symbolique constitutive de l'unité d'un système juridique, et partant, à instituer l'intelligibilité et donc l'existence de cette branche du droit. Or, dans cette double démarche distinctive et constitutive d'un "tout", le principe est tiraillé entre deux aspirations contradictoires qui doivent s'équilibrer. Sur ce point précis, et si l'on accepte de l'assimiler à une *représentation*, la destinée du principe rejoint celle du *concept* dont la compréhension et l'extension s'enchaînent dans un rapport inverse³¹. Moins les caractéristiques générales permettant de regrouper une série d'objets sous un même concept sont précises et "discriminantes", plus la série effective des objets particuliers qui peuvent en répondre est importante. Ainsi en va-t-il, pour prendre un exemple grand pourvoyeur de métaphores juridiques, du concept d'arbre, sous lequel peut-être rangée une liste infinie d'arbres d'espèces variables, pour peu qu'ils répondent aux éléments minimaux qui délimitent la compréhension de ce concept : tronc, branches, feuilles³². En enrichissant cette compréhension de critères supplémentaires – taille, couleurs, caducité ou persistance du feuillage – on réduit d'autant le champ de son extension en excluant certains spécimens qui devront être rangés sous un autre concept. Comme nous le dit Emmanuel Kant "l'extension d'un concept est d'autant plus grande que davantage de choses peuvent se trouver sous lui et être pensées grâce à lui"³³, en d'autres termes, "plus un concept renferme de choses *sous* lui, moins il en a *en* lui et inversement"³⁴. À charge pour le législateur utilisateur de principes, pour reprendre ici le fil de l'analogie, de doser leur degré de généralité en fonction de l'étendue du champ juridique dont il désire qu'ils rendent compte : plus ce dernier est vaste et nécessite le recours à des concepts englobants et donc généraux, plus la densité normative du

la République, qui sont des principes textuels de valeur constitutionnelle" in "Droit administratif général", op. cit., page 84.

³⁰ La définition du "signe" est donnée en ces termes par André Lalande : "Objet matériel, figure ou son, tenant lieu d'une chose absente ou impossible à percevoir, et servant (...) à la rappeler à l'esprit(...)", A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", PUF, Paris, page 991.

³¹ La définition du "concept" est présentée comme suit par Luc Ferry : "Le concept présente deux traits caractéristiques (que l'on retrouve aujourd'hui dans la définition d'un ensemble en mathématiques), la *compréhension* et l'*extension*. La compréhension est la propriété de classement autour de laquelle vont se regrouper les éléments qui lui correspondent. Elle indique les points communs à un certain nombre d'objets. L'extension est la collection même de ces objets", L. FERRY in Préface à E. KANT : "Critique de la raison pure", (traduction de J. BARNI et P. ARCHAMBAUT), Garnier Flammarion, Paris, 1987, page 3.

³² "Par exemple, je vois un pin, un saule et un tilleul. En comparant tout d'abord ces objets entre eux, je remarque qu'ils diffèrent les uns des autres au point de vue des branches, du tronc, des feuilles etc... ; mais si ensuite je réfléchis uniquement à ce qu'ils ont de commun entre eux, le tronc, les branches et les feuilles mêmes et si je fais abstraction de leur taille, de leur configuration etc..., j'obtiens un concept d'arbre", E. KANT "Logique", Traduction par A. PHILONENKO, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1997, page 103, § 6.

³³ Ibid. page 105, § 7.

³⁴ Ibid. page 105, § 8.

principe sera faible. L'équation peut se formuler en d'autres termes : *la capacité d'une norme à distinguer des phénomènes est inversement proportionnelle à sa capacité à les regrouper dans un même ensemble*. La vocation représentative du principe, vocation à regrouper et à "signaler" les normes à la tête desquelles ils se trouve, apparaît donc comme antinomique avec sa vocation normative, vocation à discriminer. Cette contradiction interne, qui fait toute la richesse des principes, suggère également une ligne de défense face au principal grief qui leur est adressé de ne pas être opérationnels, c'est à dire de ne pas pouvoir fonder juridiquement une décision. Le principe utilise des concepts flous pour représenter, ce qui le rend par là même inapte à fournir les catégories permettant de saisir des situations de fait très précises. L'exemple du principe de prévention peut trouver ici une portée illustrative. Ce principe du code de l'environnement dont la compréhension est la plus sobre, puisque le législateur se dispense de définir précisément ce en quoi consiste l'approche de prévention alors qu'il consacre plusieurs lignes aux trois autres principes, comme en témoigne l'usage récurrent de la formule "selon lequel" qui précède leur formulation³⁵, n'est-il pas aussi celui qui habite le plus consubstantiellement la matière, au point de se confondre littéralement avec elle³⁶ ?

Tel serait donc le sens logique de la généralité du principe juridique, indexée en quelque sorte sur l'étendue de la branche du droit qu'il structure, et qui n'est autre que l'expression de ses vertus représentatives, synthétiques ou récapitulatives. Il est donc possible de formuler ici provisoirement le constat que c'est bien du côté du *corpus méthodologique* qui doit les relayer et non du côté du *matériau textuel* dont ils sont constitués qu'une voie pour la concrétisation normative des principes pourra être trouvée, puisque vouloir préciser textuellement leur contenu pour les rapprocher du modèle des règles fixes reviendrait à leur faire perdre la dimension représentative qui leur est consubstantielle. La recherche d'une définition de la normativité qui intègre cette dimension semble ouvrir une voie beaucoup plus stimulante. Pour l'essentiel, il s'agira de concevoir le texte de la norme comme une simple hypothèse de départ soumise à un long processus de concrétisation chargé d'en déterminer progressivement le sens, c'est à dire d'accepter que la densité normative des principes soit répartie sur un axe rendant toute leur envergure – notamment dans le cadre de la mise en relation des faits avec les concepts de la règle – aux autorités en charge de la mise en œuvre du droit.

C'est précisément à cette fin, et parce que la réalité environnementale se laissait moins facilement mettre en catégories au sein des textes juridiques, que le droit de l'environnement a eu recours à ces normes certes *indéterminées*, mais pas *indéterminables*.

³⁵ Une comparaison des alinéa 1°, 2°,3°,4° de l'article L. 110-1, II du Code de l'environnement révèle que seul le principe de prévention ne fait pas l'objet de la formule explicative "selon lequel".

³⁶ Voir dans ce sens N. de SADELEER : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement", Bruylant, Bruxelles, 1999, page 107.

2 – L'acclimatation du principe juridique en droit de l'environnement.

L'antinomie fondamentale qui habite la notion de principe a donc été mise à profit par le droit de l'environnement, comme par de très nombreux autres champs juridiques, pour améliorer son intelligibilité globale tout en consacrant ses axiomes essentiels. La généralité de la notion de principe, au sens de "ce qui convient à tous les individus d'une classe"³⁷, est ici utilisée autant pour son degré d'abstraction et son prestige symbolique que pour l'étendue de son champ de validité³⁸, qui comme le précise indirectement l'article L. 110-1 du Code de l'environnement couvrait dans un premier temps l'intégralité de la politique publique environnementale³⁹, et depuis la Charte de l'environnement du premier mars 2005 l'ensemble du champ juridique français. L'importation du concept de principe dans le champ du droit puis dans celui du droit de l'environnement impose un exercice de décryptage de la manière dont les termes de l'antinomie présentée ci-dessus se sont trouvés acclimatés.

Le champ de l'environnement dans lequel cette problématique juridique se déploie stigmatise en effet les limites des paradigmes de la transcendance et du panlégisme⁴⁰. Le premier se trouve questionné par l'émergence des éthiques environnementales qui construisent de la transcendance à partir d'une recomposition des rapports homme/nature marqués du sceau de l'anthropocentrisme⁴¹. À ces modèles, qui restaurent une transcendance en destituant l'homme de son piédestal, on préférera "l'heuristique de la peur" d'Hans Jonas, transcendance d'un futur dont les périls sont stigmatisés sur un présent qui peut encore éviter le pire⁴², ou transcendance du "peuple perpétuel" sur le "peuple actuel"⁴³. Le second pousse dans ses retranchements le modèle déductiviste fondé sur la gestion par le droit d'une réalité prévisible et subsumable sous les catégories de la règle abstraite. Le droit romano-germanique nourrit en effet de tous ses espoirs une règle écrite préexistante, qui fixe par avance tous les déploiements possibles de la réalité dans la raideur du marbre. Or, la réalité environnementale, ou le segment de réalité construit et dénommé comme tel, semble moins ductile que la réalité sociale, semblant fuir sans cesse hors de la règle qui cherche à la cerner ; à preuve, la branche du droit qui se l'est donné pour objet n'a d'autre recours que d'osciller sans cesse entre une tentation pointilliste et

³⁷ "Général", sens C, in A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 379.

³⁸ Selon la distinction établie par B. VITANYI : "La signification de la généralité des principes de droit", *RGDIP* 1976, page 543.

³⁹ Qui à défaut d'être définie, peut être décrite en ces termes au prix d'une reformulation de l'article L. 110-1 : la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en l'état et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels, des sites et paysages, de la qualité de l'air, des espèces animales et végétales, et de la diversité et des équilibres biologiques auxquels ils participent.

⁴⁰ C.-A. MORAND : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, n°5/91, page 201.

⁴¹ Voir pour un exposé détaillé des éthiques environnementales (valeur intrinsèque, éco-centrisme, bio-centrisme, patho-centrisme, holisme faible, holisme fort) C. LARRÈRE : "Les philosophies de l'environnement", PUF, Paris, 1997, page 23 et s...

⁴² Voir C. COUTEL : "L'heuristique de la peur : imaginer le pire pour qu'il n'arrive pas", in "Le principe de précaution. Précaution, philosophie et droit", *Droit de l'environnement* n° 90, juillet-août 2001, Actes du Colloque organisé les 17 et 18 mai 2001 par l'Université d'Artois : "Les principes généraux du droit de l'environnement", page 174.

⁴³ M. GAUCHET : "La révolution des pouvoirs", Paris, Gallimard, 1995, p 45, cité par F. OST in "Le temps du droit", op. cit. page 208.

une tentation holiste, ou comme le dit François Ost entre hypernomie et anomie⁴⁴. Plus que jamais le statut du texte juridique et sa relation au réel sont questionnés par la problématique environnementale. Doit-on croire pour autant que le droit moderne, qui déployait les modalités d'un pacte civil constitué "contre nature", pour s'en tenir à la théorie Hobbesienne, possédait une certaine trivialité qui fut appelée à disparaître avec le retour de ce tiers exclu, longtemps tenu "hors la loi"⁴⁵, au sein d'une relation plus complexe car devenue tripartite ? Le droit de l'environnement, n'en déplaise aux tenants d'un "contrat naturel" figurant une nature érigée en sujet juridique étrangement prolixe⁴⁶, apparaît en effet bien davantage comme une forme de "stipulation pour autrui" qui manifeste une relation avec un tiers bénéficiaire devenant créancier sans avoir été partie au contrat, et qui par surcroît resterait ici muet et dénué d'une véritable autonomie volitive. Toujours un contrat social en somme, mais amendé d'une stipulation pour autrui qui évacue commodément la problématique épineuse de la représentation des intérêts de la nature puisque le "stipulant", corps social soucieux de protection de l'environnement, tantôt pris d'élan panthéistes, tantôt aiguillonné par la peur, y contracte en son nom propre et non comme représentant ou mandataire du bénéficiaire⁴⁷. On ne s'étonnera pas de la difficulté corrélatrice de la tâche échue au rédacteur de la norme environnementale, contraint de formuler ce droit *stipulé pour autrui* en s'affranchissant de la pression des pseudo représentants de ce singulier bénéficiaire, protecteurs ou utilisateurs, qui se revendiquent tous de légitimités contradictoires.

De fait, l'anticipation de la réalité environnementale au sein de la règle de droit est une tâche dont la complexité s'est révélée croissante. Si le cartésianisme avait dessiné une configuration épistémologique attestant de la maîtrise de l'homme "sujet-ingénieur" sur le monde "objet-étendue"⁴⁸, la catégorisation juridique de l'environnement renvoie davantage à la complexité d'un réel incertain et difficilement mesurable, perpétuellement changeant et imprévisible⁴⁹. De surcroît, cette "stipulation pour autrui" nécessite une médiatisation et une interprétation des intérêts ineffables du tiers. L'intégration de

⁴⁴ "On peut penser que le droit de l'environnement est particulièrement exposé à la difficulté de s'en tenir à ce degré optimal de précision. Tantôt ce sont des règles exagérément détaillées, toujours menacées d'être débordées par les transformations de leur contexte d'application ; tantôt, à l'inverse, ce sont des règles à ce point vagues que l'on est bien en peine de leur trouver un terrain d'application", **F. OST** in Préface à **N. de SADELEER** : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement", Bruylant, Bruxelles, 1999, page 18.

⁴⁵ Comme le souligne le titre d'un ouvrage de **F. OST** : "La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit", La découverte, Paris, 1995.

⁴⁶ "En fait, la terre nous parle en termes de forces, de liens et d'interactions, et cela suffit à faire un contrat. Chacun des partenaires en symbiose doit donc, de droit, à l'autre la vie sous peine de mort", **M. SERRES** in "Le contrat naturel", François Bourin, Paris, 1990, page 69.

⁴⁷ Sur le mécanisme de la "stipulation pour autrui" voir **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE** : "Droit civil. Les obligations", Précis Dalloz, 5^{ème} édition, Paris, 1993, page 375.

⁴⁸ "Car elles (les notions générales touchant à la physique) m'ont fait voir qu'il est possible de parvenir à des connaissances qui sont fort utiles à la vie, et qu'au lieu de cette philosophie spéculative qu'on enseigne dans les écoles, on peut en trouver une pratique, par laquelle, connaissant la force et les actions du feu, de l'eau, de l'air, des astres, des cieux et de tous les autres corps qui nous environnent, aussi distinctement que nous connaissons les divers métiers de nos artisans, nous les pourrions employer en même façon à tous les usages auxquels ils sont propres, et ainsi nous rendre comme maîtres et possesseurs de la Nature. Ce qui n'est pas seulement à désirer pour l'invention d'une infinité d'artifices, qui feraient qu'on jouirait, sans aucune peine, des fruits de la terre et de toutes les commodités qui s'y trouvent, mais principalement aussi pour la conservation de la santé(...)", **R. DESCARTES** in "Discours de la méthode", Garnier Flammarion, 1966, Paris, page 84.

⁴⁹ **P. KNOEPFEL** : "Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité", in **C. A. MORAND (dir.)** : "Figures de la légalité", Publisud, 1992, page 141.

l'environnement dans le projet juridique nécessite un relais cognitif, celui du savoir scientifique, qui joue comme un prisme d'encodage entre le réel et la règle, ajoutant encore à la complexité de l'opération de "mise en concepts". Les notions d'*atteinte*, de *nuisance* ou de *dommage* à l'environnement ne sont en effet pas objectives et nécessitent la fixation d'un seuil discriminant, toute activité humaine ayant un impact sur la nature, ce n'est qu'après franchissement de ce seuil qu'un simple "phénomène" devient un "dommage" pouvant être éventuellement incriminé ensuite comme "délit"⁵⁰. C'est dans le passage du "phénomène" au "délit" que se déploie le champ du juridique comme outil d'une politisation de la nature, en vertu d'une sorte "d'arbitraire du seuil". On ne légifère donc pas sur l'environnement en soi mais sur la *relation à l'environnement* qui se constitue à un moment et dans une société donnés. Autrement dit le droit "de" l'environnement, entendu dans sa dimension objective et sans aborder ici la question d'un droit subjectif "à" l'environnement, est en réalité davantage un droit "pour" l'environnement ou "au nom" de l'environnement. Le droit, pas davantage que l'esprit, n'entre jamais en contact direct avec la substance du réel, ne serait-ce que parce qu'il utilise le matériau du langage comme outil de représentation et de catégorisation du monde vécu. Par conséquent il n'est pas neutre, mais construit l'objectivité de la réalité environnementale comme pour venir en constituer une interprétation officielle⁵¹.

Lorsqu'il est appréhendé par ce droit moderne, structuré pour des certitudes inaltérables, constitué de règles détaillées et fortement hiérarchisées s'appliquant mécaniquement à une réalité simple, ordonnée et construite comme prévisible⁵², l'environnement se dérobe et tient résolument en échec le paradigme de la subsomption mécanique que déploie le syllogisme. Le particulier, incarné par une forme de débordement factuel, refuse de se laisser subsumer, littéralement de se laisser "prendre sous"⁵³, la généralité de la règle juridique. C'est bien la question de cette généralité, voire cette idéalité du droit qui est ici mise en cause de manière particulièrement aiguë puisque comme le disait Gaston Bachelard "devant la nature, l'heure de la généralisation complète et définitive n'est jamais sonnée"⁵⁴. Cette imperfection fondamentale de la règle de droit, tributaire de celle du langage, n'est d'ailleurs pas un problème propre à l'environnement, ni même un problème nouveau puisqu'elle était déjà évoquée par

⁵⁰ Voir sur ce point **E. NAIM-GESBERT** : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", Thèse Droit, Lyon, 1997, page 505. Voir également la remarque du même auteur : "Par le jeu économique, social, politique, le seuil se détermine par un processus plus ou moins complexe de cristallisation de normes techniques dans le système juridique. Il appartient au droit, effectivement, de considérer et de traduire dans ses éléments constitutifs la ligne de partage entre ce que la société envisage comme trouble admissible et comme trouble non admissible", in "L'anormalité d'un trouble à l'ordre public écologique", *Droit de l'environnement* n°120, juillet-août 2004, page 139.

⁵¹ **C. GRZEGORCZYK** : "Le droit comme interprétation officielle de la réalité", *Droits. Revue de théorie juridique*, n°11/1990, page 31.

⁵² **P. DURAN** : "Piloter l'action publique avec ou sans le droit ?", *Politique et management public*, vol. 11, décembre 1993, n°4, page 7.

⁵³ Le verbe "subsumer" (XIX^è) est emprunté au latin médiéval *subsumere* : "prendre sous", et signifie en français "ramener un élément particulier à une loi générale", in **E. BAUMGARTNER** et **P. MÉNARD** : "Dictionnaire étymologique et historique de la langue française", op. cit., page 758.

⁵⁴ **G. BACHELARD** : "Essai sur la connaissance approchée", VRIN, édition de 1981, page 10.

Aristote⁵⁵. La problématique de l'environnement ne fait que la mettre en relief avec une acuité toute particulière, dans la mesure où elle présente au droit une réalité qui conduit à un dérèglement des stratégies et des formes normatives. La mise en œuvre de l'idéal aristotélicien de la "règle de Lesbos"⁵⁶, règle de plomb qui s'adapte à toutes les circonvolutions du réel, a conduit à l'éclatement du droit de l'environnement, écartelé entre les manifestations hémorragiques et labyrinthiques d'un "droit d'ingénieurs"⁵⁷ et la figure symbolique mais trop peu opérationnelle des principes. D'un côté l'on trouve l'empire déclinant de la règle fixe et du panlégisme qui tentaient de faire du droit de l'environnement un système axiomatique concrétisable par la seule logique déductive, illustré par la réglementation qui utilise la technique des seuils quantifiés. De l'autre côté l'on constate le dépassement de cette vision par "l'incursion du factuel"⁵⁸ dans la majeure des syllogismes par le biais des concepts indéterminés qui s'y trouvent et qui rendent difficile, voire impossible, toute concrétisation mécanique par voie déductive.

À une philosophie des règles détaillées, conçues pour orchestrer la maîtrise du réel et tentant de lui être homothétique, s'opposerait donc une philosophie des principes, laissant davantage de place à l'indécision et à la retenue du droit dans sa difficile tâche de capture conceptuelle de la réalité. Devant ces difficultés la notion traditionnelle de sécurité juridique, souvent assimilée à "sécurité textuelle" (pourtant un système juridique prétorien peut tout à fait être "sûr") se trouve singulièrement mise à mal puisque l'indétermination des normes fait voler en éclat la prévisibilité des solutions juridiques basées sur le texte. À un droit qui se pensait comme "miroir du réel", c'est à dire qui renvoyait une image fidèle et monolithique de la réalité, mais qui était donc placé soit dans une relation contrefactuelle de rivalité mimétique au sens ou l'emploie René Girard⁵⁹, soit sous la sujétion de ses interprètes officiels, les principes juridiques substituent l'image d'un droit hypothétique qui "parie" sur le réel mais ne s'enferme pas dans le piège du mimétisme⁶⁰. La capture du réel dans le droit ne s'opérant plus *a priori* dans une exactitude pointilliste et définitive, selon l'image des grands codes napoléoniens, mais de manière heuristique, progressive ou itérative, au fil d'un processus multiforme de concrétisation qui est également un processus de "densification" progressive de la norme.

⁵⁵ "La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général ; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance", **ARISTOTE** in "Éthique à Nicomaque", op. cit., page 162.

⁵⁶ **ARISTOTE** : "Éthique à Nicomaque", op. cit., page 163.

⁵⁷ **Y. JÉGOUZO** : "Les principes généraux du droit de l'environnement", *RFDA* n°12, mars-avril 1996, page 215.

⁵⁸ Voir l'exemple donné par **J. SOHNLE** entre la technique des seuils, qui répond à une démarche de concrétisation purement syllogistique, et celle des concepts nécessitant des appréciations valorisantes, comme le critère du "dommage significatif", qui met le syllogisme déductif en échec, in "Le paradigme post-positiviste, ou révélation d'une méthode spécifique en droit international de l'environnement", *REDE* 3/1998, première partie, page 277.

⁵⁹ **R. GIRARD** : "Des choses cachées depuis la fondation du monde", Grasset, Biblio essais, 1978, page 410.

⁶⁰ "Or, si le réel est le domaine du relatif, de l'incohérent et du complexe (...) comment le droit ne pourrait-il pas lui-même refléter ces caractéristiques ?", **S. ANDRINI** : "Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit", LGDJ, Collection "Droit et société", Recherches et travaux, Maison des sciences de l'homme, Paris, 1997, page 227.

Il ne s'agit pas pour autant de reléguer au rang des archaïsmes l'appareillage de règles détaillées ou "mimétiques" qui encerclent et construisent un réel maîtrisable, défini dans la règle au moyen de seuils quantifiés et de critères scientifiques ou esthétiques érigés en catégories juridiques. L'hypothèse que l'on se propose de développer, envisagée pour l'instant à titre exploratoire, est que le dilemme ne consiste pas à opposer une réalité de règles détaillées à une réalité de principes écrits, mais à structurer une méthode de concrétisation du droit qui organiserait leur complémentarité pour redéfinir les rapports entre le droit et ce segment particulier de réalité qu'est l'environnement. On postulera pour commencer que les structures formelles et la méthodologie du droit – techniques de rédaction de la norme, traitement des faits juridiques, interprétation du texte et raisonnement juridique – possèdent une capacité à se configurer spécifiquement face à leur objet, si celui-ci leur impose des contraintes particulières.

3 – L'hypothèse de l'empathie formelle du droit.

L'indéniable succès remporté par les principes du droit de l'environnement au plan matériel laisse de côté le débat plus ingrat car plus technique de leur configuration *formelle*, c'est à dire non pas du message dont ils sont porteurs, mais de l'enveloppe externe qui en constitue le vecteur juridique. Cette dimension technique des normes, qui isole ce que les linguistes appellent le *signifiant* par rapport au *signifié*, renvoie directement à la méthodologie juridique que Jean Dabin définissait comme ce qui assure la "pénétration du droit dans la vie"⁶¹. S'il est vrai que la forme et le fond des normes ne peuvent pas être tenus séparés, il faut néanmoins s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur de 1995 à recourir, pour la première fois en droit interne de l'environnement, et en préalable à une constitutionnalisation qui allait intervenir dix années plus tard, à la technique du principe juridique écrit pour fonder *a posteriori* un ensemble de normes qu'on disait volontiers dénué d'ossature. Cette focalisation sur la dimension formelle des principes est également justifiée par le fait que leur analyse montre qu'ils contiennent finalement très peu de choix opérés en termes de hiérarchisation de valeurs, comme celle qui affirmerait, par exemple, une relégation du progrès scientifique au second plan face à une menace d'atteinte à l'environnement, mais constituent davantage des *matrices comportementales* permettant d'orchestrer la pesée des intérêts en présence. Ce choix technique engage une série de présupposés dans lesquels s'engouffrent des enjeux cruciaux de théorie et de philosophie du droit, enjeux rendus plus complexes encore par le fait qu'ils gravitent autour de la question de l'appréhension juridique de l'environnement, objet de droit porteur de contraintes que l'on décrit volontiers comme

⁶¹ J. DABIN : "Théorie générale du droit", Dalloz, Collection "Philosophie du droit", Paris, 1969 page 267. Pour J. L. BERGEL la méthodologie juridique se définit comme "l'étude des procédés et des méthodes que les juristes sont amenés à pratiquer dans leurs activités de recherche, de création et d'application du droit et, plus généralement, pour parvenir à la solution des problèmes juridiques", in "Méthodologie juridique", PUF, Thémis droit privé, Paris, 2001, page 18.

"particulières" et qui débouchent tout naturellement sur la revendication – parfois teintée de corporatisme – d'une spécificité.

Ce débat formel s'ouvre par un constat : les principes du droit de l'environnement, comme on le montrera, ne se rangent sous aucune catégorie juridique préexistante au régime juridique de laquelle ils pourraient opportunément se rattacher. Cette remarque est valable tant pour les principes non écrits, ou principes implicites, que pour les catégories nombreuses de principes écrits. Le droit se trouve dans une situation qui consiste à devoir assimiler un phénomène juridique spontané qui n'a pas été préalablement mis en catégories⁶². De fait, les principes environnementaux n'entrent dans aucune des catégories de principes élaborées par la science du droit⁶³, et ne peuvent pour l'instant prétendre constituer davantage qu'une simple mise en forme *sui generis* de la matière législative et constitutionnelle. Première conséquence de cette singularité formelle, les principes se trouvent confrontés à une situation de *vide méthodologique*. Ils ne peuvent être rattachés à aucun corpus théorique qui permettrait de les doter d'une méthode existante d'élaboration ou de mise en œuvre, telle l'induction amplifiante pour les principes généraux du droit administratif, ou telle la découverte de nouveaux principes fondamentaux dans les lois de la République pour le Conseil constitutionnel.

La question mérite d'être posée du sens profond de ces ambiguïtés formelles, indépendamment des considérations sociologiques qui conduiraient à pointer la pusillanimité rédactionnelle du législateur ou du constituant et la timidité du juge en face de principes qui n'attendent plus que son estampille pour se métamorphoser – formellement s'entend – en principes généraux du droit. Sans vouloir ici dénigrer, bien au contraire, la posture qui consiste à repérer dans la faiblesse normative des principes une manifestation à peine cryptée d'un néo-libéralisme dérégulateur, pourvoyeur de normes floues et de concepts indéterminés, relevant d'un consensus minimal laissant toute latitude aux forces du marché en minant l'ancrage textuel d'une régulation étatique⁶⁴, on préférera poser l'hypothèse plus constructive

⁶² Le développement de la notion de service public au milieu du XX^{ème} siècle donne également une bonne illustration de ce type de phénomène. Voir sur ce point **M. WALINE** : "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", in "Mélanges en l'honneur de Jean DABIN", Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 1963, page 359 et s.

⁶³ Voir dans ce sens **J. C. HÉLIN** : "Y-a-t-il des principes généraux de droit de l'environnement ?", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, Numéro spécial : "Les principes du droit de l'environnement", Actes du colloque organisé par l'Université d'Artois, page 193.

⁶⁴ Voir par exemple **S. CHARBONNEAU** : "Le droit mou, si paradoxalement célébré aujourd'hui par les positivistes d'hier, en renonçant à la fonction contraignante de la règle de droit, laisse le champ social ouvert aux rapports de pouvoirs et à l'idéologie dominante contemporaine qui est celle du développement", in "Le principe de précaution ou les limites d'un principe politique", *Nature, sciences et sociétés*, n°2/2001, vol. 9, page 47. Voir également **J. CHEVALLIER** : "(...) le droit de la mondialisation est en effet formulé pour l'essentiel dans les conventions internationales sous la forme de principes, qui laissent aux États une importante marge de liberté au niveau de leur mise en œuvre concrète. (...) on est donc bien en présence d'une harmonisation, passant par la fixation de règles communes minimales, plutôt que d'une unification, qui suppose l'adoption de règles identiques. (...) il constitue davantage l'expression d'un dénominateur commun sur lequel se sont accordés les États que la manifestation d'un ordre supérieur", in "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation", **C. A. MORAND (dir.)** : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001 pages 57 et 58. Voir également **F. OST** constatant que "l'Union européenne a été condamnée pour son refus d'importer de la viande américaine aux hormones, l'Organe de règlement des différends considérant que le principe de précaution – pourtant désormais consacré par de nombreux instruments internationaux, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité", in "Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature", **C. A. MORAND (dir.)** : "Le droit saisi par la mondialisation", op. cit. page 26, et **J. L. BERGEL** : "Il s'agit de normes souples et délibérément indéterminées, de notions cadres, qui laissent au juge un large

mais aussi plus intuitive de *l'empathie formelle du droit*, c'est à dire de la capacité du droit, par l'usage de catégories théoriquement "neuves"⁶⁵ comme celle des principes juridiques écrits, à se configurer formellement pour mieux appréhender la parcelle de réalité qu'il s'est donnée pour objet. La catégorie des "principes écrits" à laquelle on peut rattacher les principes environnementaux⁶⁶ ne serait dans cette perspective qu'une catégorie heuristique utilisée empiriquement et provisoirement par une discipline soucieuse d'adapter ses structures à son objet. Cette hypothèse débouche sur le projet de recherche de la spécificité méthodologique du droit de l'environnement dans le cadre de sa relation au réel, dont les principes seraient une expérimentation, volontairement affranchie des catégories classiques pour ne pas avoir à subir leur inertie.

Pourtant un constat relativiste entache l'exclusivité de ce programme de recherche ; c'est que le droit a toujours eu à traiter de réalités mouvantes, insaisissables et rebelles à toute catégorisation. Il suffit d'évoquer pour s'en convaincre les difficultés du droit pénal face à la réalité psychique de l'individu⁶⁷ ou celles du droit civil face au corps humain et au commencement de la vie. Le droit de l'environnement n'a pas l'apanage des réalités incertaines et fuyantes, des expertises préalables nécessaires à toute qualification des faits⁶⁸ ou du déplacement des juges sur le terrain de leur constat⁶⁹. C'est toutefois au sein de cette discipline qu'est apparue l'hypothèse, initiée par l'approche autopoïétique du droit, d'une "empathie systémique"⁷⁰ qui conduirait peu à peu à une forme "d'écologisation du droit"⁷¹, c'est à dire à une transformation formelle de la norme par souci mimétique d'adaptation à la complexité de cette réalité "socio-naturelle". Cette innovation est sans doute à mettre au compte de la jeunesse du droit de l'environnement, et à la dimension expérimentale qui a pu le

pouvoir d'appréciation et ont l'avantage d'une grande plasticité, mais correspondent à une forme de déréglementation", in *"Méthodologie juridique"*, Thémis Droit privé, PUF, Paris, 2001, page 306.

⁶⁵ On n'entend par là l'absence de théorie constituée ou "sédimentée" comme celles qui régissent les "principes généraux du droit" ou les "principes fondamentaux des lois de la République". Comparés à de telles institutions les objectifs et principes législatifs peuvent être considérés comme "pauvres" au sens où ils sont éphémères et tributaires des aléas des majorités parlementaire.

⁶⁶ Y. JÉGOUZO : "Les principes généraux du droit de l'environnement", *RFDA*, vol. 12, n°2, mars-avril 1996, page 214.

⁶⁷ Une parenté évidente avec le droit de l'environnement est attestée par ces propos de S. PORTELLI : "Finalement, le choix de l'expert paraît plus politique que médical. Avec cet inconvénient que les motivations réelles ne sont pas toujours apparentes, la 'politique' de l'expert se cachant subtilement sous son savoir pour éviter toute contestation de légitimité", "La pratique de l'article L. 122-1 du Code pénal", in C. LOUZOUN et D. SALAS (dir.) : "Justice et psychiatrie : normes, responsabilité, éthique", Érès, Toulouse, 1998, page 159.

⁶⁸ Voir G. MONÉDIAIRE : " Une étude d'ampleur révélerait, à n'en pas douter, l'insinuation constante de l'expertise technico-scientifique dans l'intégralité des procédures de mise en œuvre du droit de l'environnement", in "Qualification matérielle et qualification juridique des faits : expertise et droit de l'environnement", INSTITUT FÉDÉRATIF ENVIRONNEMENT ET EAU : "Incertitude juridique. Incertitude scientifique", Les cahiers du CRIDEAU, n°3, Pulim, 2001, page 115.

⁶⁹ Sur la spécificité des modes de preuve, notamment la descente sur les lieux, déployés par la Cour Internationale de Justice lors de l'affaire "Gabçikovo-Nagymaros" ayant donné lieu à l'arrêt du 25 septembre 1997 voir J. SOHNLE : "Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire Gabçikovo-Nagymaros", *RGDIP* n°1/1998, page 93.

⁷⁰ C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., page 127.

⁷¹ C. A. MORAND : "Nous entendons (...) par écologisation du droit les transformations structurelles que celui-ci doit subir pour être à même d'assumer les tâches qu'on attend de lui pour assurer une protection efficace de l'environnement", in "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, 1991, n°5, page 218.

conduire à mettre en place des techniques aussi novatrices que l'étude d'impact⁷², la gestion intégrée ou la notion de circonscription écologique. L'hypothèse de "l'empathie formelle du droit de l'environnement" est de surcroît un moyen de ne pas confiner l'approche des principes dans les limites d'un constat d'échec, lié à des présupposés méthodologiques qui conduisent souvent à déplorer leur déficit de juridicité. Sans vouloir lui prêter une charge messianique, l'émergence des principes dans le paysage juridique environnemental soulève une série d'obstacles épistémologiques, comme les facteurs de résistance qui se manifestent lors de la constitution d'une connaissance⁷³, à même d'occasionner, au débouché de la crise suscitée par le choc des habitudes mentales, ce que Thomas Kuhn appelle un "changement de paradigme"⁷⁴. On comprendra qu'un simple déni de la juridicité de ces principes écrits ne pourrait satisfaire le juriste confronté à leur développement massif dans de nombreux champs du droit et cherchant à identifier leur fonction et leur régime juridique.

En tout état de cause, les principes constituent un bon exemple de ces mutations formelles puisqu'il s'agit de normes dont le développement massif est récent, et qui, bien que faisant de larges emprunts aux catégories classiques du droit moderne, ne parviennent pas à les habiter pleinement, montrant des velléités de s'en affranchir par leur fonctionnement. La vérification de cette hypothèse prendra la forme d'une confrontation des principes du droit de l'environnement avec certains éléments fondamentaux de la méthodologie juridique comme le conceptualisme et la légistique utilisés dans la rédaction des normes, ou le syllogisme judiciaire, la qualification des faits et l'interprétation du texte utilisés dans le traitement décisionnel des faits.

Cette hypothèse, qui sous tend l'idée d'une spécificité des principes comme instruments juridiques souples adaptés à un objet mouvant, conduit à postuler l'existence d'un pluralisme méthodologique en droit. Les principes, s'ils ne répondent pas aisément aux canons de la méthode syllogistique de réalisation du droit décrite notamment par Henri Motulsky⁷⁵ en raison de leur trop grande

⁷² Voir notamment **M. PRIEUR** qui la qualifie de "procédure administrative révolutionnaire" in "Droit de l'environnement", Précis Dalloz, 5^{ème} édition, Paris, 2004, page 71, et **F. OST** : "Les études d'incidence : un changement de paradigme", in **F. OST (dir.)** : "L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique", FUSL, Bruxelles, 1991, page 9.

⁷³ "Quand on cherche les conditions psychologiques des progrès de la science, on arrive bientôt à cette conviction que c'est en termes d'obstacles qu'il faut poser le problème de la connaissance scientifique. Et il ne s'agit pas de considérer des obstacles externes, comme la complexité et la fugacité des phénomènes, ni d'incriminer la faiblesse des sens et de l'esprit humain : c'est dans l'acte même de connaître, intimement, qu'apparaissent, par une sorte de nécessité fonctionnelle, des lenteurs et des troubles. (...) c'est là que nous décèlerons les causes d'inertie que nous appellerons obstacles épistémologiques", **G. BACHELARD** : "La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective", Librairie philosophique J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1975, page 13.

⁷⁴ "Le passage d'un paradigme en état de crise à un nouveau paradigme d'où puisse naître une nouvelle tradition de science normale est loin d'être un processus cumulatif, réalisable à partir de variantes ou d'extensions de l'ancien paradigme. C'est plutôt une reconstruction de tout un secteur sur de nouveaux fondements, reconstruction qui change certaines des généralisations théoriques les plus élémentaires de ce secteur et aussi nombre des méthodes et applications paradigmatiques", **T. KUHN** : "La structure des révolutions scientifiques", Champs Flammarion, L. MEYER (trad.), 1962 (pour l'édition originale), Paris, 1983, page 128.

⁷⁵ "Le syllogisme juridique se formule ainsi comme suit :

- telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle,
- or, le cas particulier est contenu dans cette présupposition,
- donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier", in **H. MOTULSKY** : "La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs", DALLOZ, réédition 2002, Paris, page 49.

indétermination, ne doivent pas pour autant être exclus du champ de la "juridicité", mais susciter au contraire le développement de méthodes alternatives.

4 – La "juridicité" des principes juridiques à l'aune d'un pluralisme méthodologique.

La recherche du régime juridique applicable à la notion de principe écrit engage deux présupposés qu'il serait imprudent de laisser œuvrer dans l'ombre, puisqu'ils questionnent le concept de "juridicité" lui-même.

Un premier présupposé concerne la spécificité du concept de droit lui-même, et soulève la question de la place prépondérante que tient l'induction comme critère l'excluant de la catégorie des sciences "cognitives" pour l'inclure dans celle des sciences "normatives". Alors que les premières constatent et relient entre eux des faits observés pour en induire des "lois" qui permettront une fois confirmées d'expliquer et d'anticiper les phénomènes, le droit, adoptant une posture inverse, anticipe les faits pour diriger les conduites ou "réagir sur ces faits au moyen de jugements de valeurs"⁷⁶. Le droit est donc une science de "l'accomplissement", composée d'éléments que la philosophie analytique anglo-saxonne qualifie "d'énoncés performatifs", entendons par là, en suivant la traduction française de "*performance*" (accomplissement, réalisation, résultat⁷⁷), d'énoncés qui "accomplissent un acte en le disant". John Austin, à qui l'on doit cette distinction entre les énoncés constatifs et performatifs⁷⁸, précise que l'objectif de ces derniers n'est pas de "décrire ou d'affirmer ce que l'on fait mais de le faire", et de citer en guise d'exemples un juge qui déclare "la séance est ouverte", ou un individu qui consigne dans son testament "je lègue mes biens à x". La relation que le droit entretient avec le réel est donc finalisée par cette dimension performative qui, si elle n'est pas toujours fidèle aux caractéristiques très précisément cernées par John Austin, ne se cantonne pas au constat, à l'analyse ou à l'ordonnement des faits, mais doit conduire à leur transformation effective. La ligne de partage recoupe celle qui sépare la raison théorique, ayant pour objet exclusif la connaissance⁷⁹, et la raison pratique dont l'objet est l'application de cette connaissance au réglage de l'action⁸⁰. Or, pour assurer l'efficacité de ces énoncés performatifs, Austin dégage une série de conditions qui s'apparentent à des exigences formelles et qui permettent d'assurer le succès de leur réalisation⁸¹. Une première règle A₁ requiert l'existence d'une procédure reconnue par convention et dotée de certains effets, qui comprend l'énoncé des mots en cause par certaines autorités dans des circonstances données. On peut citer par exemple l'acceptation par un État

⁷⁶ L. HUSSON : "Les apories de la logique juridique", Colloque du Centre de Philosophie du droit comparée de Toulouse : "La logique juridique", Pédone, 1967, page 38.

⁷⁷ HARRAP'S, dictionnaire anglais/français-français/anglais, Paris, 1983, page 590.

⁷⁸ J. L. AUSTIN : "Quand dire c'est faire" ("How to do things with words", traduit par G. LANE), Seuil, Paris, 1970, page 41.

⁷⁹ Voir A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", PUF, Paris, page 886.

⁸⁰ L. HUSSON : "L'infrastructure du raisonnement juridique", in C. PERELMAN (dir.) : "Études de logique juridique", Travaux du centre national de recherches logiques, Volume V, Bruylant, Bruxelles, 1973, page 5.

⁸¹ J. L. AUSTIN : "Quand dire c'est faire", op. cit., page 49.

de la clause de juridiction internationale, ou l'acceptation des dispositions d'un contrat par les parties signataires. Il faut ensuite, selon la règle A₂, que dans chaque cas où le performatif est prononcé les circonstances et personnes particulières soient celles qui sont requises pour la procédure en question. Ces deux conditions débouchent sur les conditions de correction formelle B₁ et B₂ selon lesquelles la procédure doit être exécutée correctement et intégralement par les participants. Si l'une de ces conditions fait défaut – absence de procédure, procédure non reconnue ou mal exécutée, incompétence de l'autorité – le performatif perd ses attributs et se trouve en situation d'échec ou "d'énonciation malheureuse"⁸² et Austin d'utiliser ici l'exemple par l'absurde d'une personne qui baptiserait un bateau sans être la personne désignée pour le faire⁸³.

Le grand mérite de cette théorie, telle qu'elle a été interprétée par Pierre Bourdieu⁸⁴, est d'avoir montré que le pouvoir du texte juridique ne se trouve pas uniquement et comme par magie dans les mots eux mêmes mais qu'il leur vient du dehors, d'une autorité ou d'une institution qui doit être parée d'une triple légitimité, à la fois personnelle, circonstancielle et formelle⁸⁵. Ce premier postulat emporte deux conséquences pour l'appréhension des principes du droit de l'environnement en tant qu'énoncés juridiques. Il indique en premier lieu qu'ils ne peuvent pas être uniquement envisagés dans une perspective *descriptive* d'un champ du droit, mais qu'ils se trouvent interpellés par une problématique méthodologique de concrétisation à même de régler leur action sur le réel. Il révèle ensuite qu'ils ne doivent pas être jugés simplement à l'aune textuelle, puisque tous les énoncés performatifs ont besoin d'un relais méthodologique, impliquant lui même des institutions et des procédures, pour que la magie du texte opère. Les principes du droit de l'environnement ne forment donc pas seulement l'emblème identifiant ou le porte drapeau représentatif de cette branche du droit, comme peuvent le faire les catégories des sciences cognitives, tels "l'espèce", le "genre" ou la "famille" utilisés en biologie pour regrouper et hiérarchiser la multiplicité des espèces vivantes. Ils emportent et suscitent l'action, ils sont porteurs d'un projet qui définit un potentiel de concrétisation pragmatique. Cette problématique appelle donc à son tour une recherche en termes de méthodologie, à même de fournir au performatif que représente le principe les conditions procédurales A₁, A₂, B₁ et B₂ de son opérationnalité.

On formulera comme suit ce premier présupposé : *qu'il soit composé ou non de concepts indéterminés*, le droit ne trouve jamais à s'appliquer par le pouvoir intrinsèque des mots mais nécessite un "relais" méthodologique. Autrement dit la force du droit ne réside pas uniquement dans sa dimension textuelle, comme tendent à le faire supposer le panlégisme et la méthode d'application syllogistique qui survalorisent cette dimension, mais aussi dans sa dimension processuelle qui orchestre la saisie du texte par les acteurs.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid., page 56.

⁸⁴ P. BOURDIEU : "Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques", Fayard, Paris, 1997 (1982 pour l'édition originale), page 103.

⁸⁵ Ibid., page 111.

D'où un second présupposé qui pose l'existence d'un pluralisme méthodologique qui pourrait être mis au service de cette visée performative des principes en dehors de la méthode classique basée sur la syllogistique aristotélicienne.

Comme par l'effet d'une habitude immémoriale, et de manière plus nette encore depuis la Révolution française, la direction juridique des conduites est en effet classiquement assurée par un processus décomposé en trois temps, calqué sur la tripartition syllogistique, qui témoigne de la dépendance du droit à l'égard du langage puisque celui-ci y est utilisé comme *a priori*. Le droit isole ou cible d'abord un segment de réalité appelé *antécédent* au moyen de définitions qui délimitent les *conditions* d'application de la règle. Il détaille ensuite les *conséquences* pratiques attachées à la réalisation de ces conditions dans l'ordre des faits, ce qui délimite le *dispositif* de la règle visant ce même segment de réalité. Un organe d'application vérifie ensuite l'adéquation des faits de la cause à ceux qui sont consignés sous forme conditionnelle dans la règle, puis leur applique les conséquences attachées par la règle à leur réalisation effective. Cette démarche ternaire a traditionnellement été incarnée par le modèle de la règle fixe applicable par la voie de la logique déductive à une multitude de cas particuliers figurant autant de manifestations constatées par le juge des *conditions* fixées dans la règle⁸⁶. Or cette méthode est tributaire de la précision des concepts qui sont utilisés dans la règle. Elle place donc automatiquement les principes écrits en situation d'être accusés d'un déficit de juridicité. La recherche d'un régime propre à la notion de principe suggère qu'il existe une autre méthode mieux adaptée aux énoncés contenant des concepts imprécis, fût-elle un simple aménagement de la méthode syllogistique.

On formulera comme suit ce second axiome : la prégnance de la syllogistique juridique comme méthode exclusive de concrétisation du droit est liée au *panlégisme* qui place l'ensemble du phénomène juridique à l'aune de sa dimension textuelle. On considérera que cette méthode, basée sur l'autosuffisance du texte et tributaire d'une précision des concepts qui fait défaut aux principes, est mal adaptée au contexte d'incertitude qui habite le champ de l'environnement. La question connexe de l'insécurité juridique *textuelle* doit donc être repensée par rapport à ce contexte qui présente une réalité environnementale difficile à maîtriser. Comment produire de la sécurité juridique par le biais du texte quand celui-ci est inapte à saisir conceptuellement une réalité changeante et fuyante ? Pourquoi ne pas admettre une vision plus large de la sécurité juridique qui accepterait la concrétisation progressive de textes *au départ* indéterminés, de manière à intégrer dans le processus normatif la dissipation progressive des incertitudes ? Pourquoi ne pas admettre également que le droit de l'environnement fasse apparaître la sécurité juridique comme une fiction, l'État de droit n'étant plus capable de produire des certitudes sociales – et juridiques – à partir d'incertitudes scientifiques ?⁸⁷

⁸⁶ C. A. MORAND : "La fin des règles fixes", Revue européenne de sciences sociales, Tome 34, n°104/1996, page 195.

⁸⁷ P. KNOEPFEL : "Les cycles écologiques et le principe de légalité : de la nécessité d'assouplir les liens de causalité", in C. A. MORAND (dir.) : "Figures de la légalité", Publisud, 1992, page 150.

Une première étape dans ce travail de "décentrage" du texte juridique, qui doit être ramené au rang de simple point de départ d'un processus complexe de concrétisation de la norme, peut-être trouvé dans le "Discours de la méthode juridique" de Friedrich Müller⁸⁸ qui permet d'établir un lien entre l'indétermination des principes et la meilleure prise en compte des éléments factuels évolutifs visés par le texte de la norme. Pour Müller la norme n'est pas un texte mais un vaste travail de construction opéré à *partir* du texte, travail qui ne se limite pas à l'interprétation de ce texte et à la qualification des faits, et qui s'écarte en cela de la croyance du positivisme légaliste dans le mécanisme de la subsumption⁸⁹. La norme juridique ne préexiste pas aux espèces auxquelles elle serait simplement "appliquée", c'est à dire étymologiquement "posée contre", elle doit être produite dans chaque cas d'espèce à partir de texte et en ouvrant ce dernier sur les éléments *factuels* de la norme. Cette théorie remet en cause la ligne de partage entre norme et réalité au nom de la *précompréhension* qui unit le texte au fait dans une relation "d'information" ; le texte "donne forme" au réel de la même manière qu'un concept permet d'organiser ce que qu'Emmanuel Kant appelle le "divers sensible", qui sans lui serait impossible à saisir. En partant de cette approche, la faible densité textuelle des principes généraux peut être envisagée comme un appel à une méthode de concrétisation non syllogistique, dont on tâchera de montrer qu'elle se trouve mise au service de l'empathie formelle du droit de l'environnement.

Une seconde voie dans la recherche d'une méthode alternative au syllogisme peut se baser sur les travaux de Ronald Dworkin caractérisant la distinction entre les règles et les principes, qui établit donc la spécificité des principes par rapport aux règles. Ce dernier a en effet largement ouvert la voie de ce pluralisme méthodologique en étudiant les conséquences logiques de cette distinction sur la méthodologie de concrétisation du droit⁹⁰. Critiquant le "test de pedigree" pratiqué par John Austin et Herbert Lionel Hart qui divise le droit en règles valides et règles non valides⁹¹, Dworkin démontre que certaines normes exclues du système juridique en vertu de ce test sont pourtant d'une importance cruciale pour la résolution des "cas difficiles", c'est à dire des hypothèses où les règles juridiques "valides" sont prises en défaut par les faits, soit qu'elles fassent silence sur une situation, soit qu'elles conduisent à une solution inique⁹². Cette hypothèse réaliste de l'imperfection possible de certains textes met en échec le syllogisme, et, avec lui, l'ensemble de la systématité logique du droit postulée par le

⁸⁸ "En parlant de la "Constitution" ou de la "Loi" les juristes visent essentiellement le texte. Or le texte n'est pas la norme, il n'en constitue que la partie émergée", F. MÜLLER : "Discours de la méthode juridique", PUF, Léviathan, 1996 (traduction de O. JOUANJAN), Paris, page 168.

⁸⁹ F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 41.

⁹⁰ Voir R. DWORKIN : "Prendre les droits au sérieux", Chapitre 2 : "Le modèle des règles I", PUF, Léviathan, Paris, 1995 (pour la traduction française), notamment pages 79 à 87.

⁹¹ Ibid., pages 74 et 76.

⁹² Dworkin mentionne l'exemple de l'affaire "Riggs vs/ Palmer", dans laquelle les faits posaient la question de savoir si un légataire peut bénéficier d'un testament lorsqu'il a tué le testateur, aucune règle "valide" ne prévoyant cette hypothèse, l'application du droit conduisait à favoriser l'héritier homicide. C'est en rappelant que les lois sont soumises aux maximes fondamentales de la Common Law que le juge évita cette situation d'injustice criante en appliquant le principe "nul ne peut invoquer sa propre turpitude" pour débouter l'héritier homicide, Ibid page 80.

panlégisme dont il est le corrélat méthodologique. Les normes spécifiques auxquelles Dworkin a alors recours, "principes" et "politiques"⁹³, se différencient des règles par une distinction logique qui commande à ces dernières une application sur le mode alternatif du "tout ou rien"⁹⁴. Ce fonctionnement se traduit par le fait que dès lors que les faits stipulés dans une règle se réalisent et sont dûment constatés, la règle s'applique avec toutes les conséquences qu'elle contient. En termes de syllogisme, dès que les *conditions* de la prémisse majeure sont remplies, c'est à dire dès que les faits de la prémisse mineure coïncident avec elles, la conclusion met en œuvre le *dispositif* de la majeure sans discussion possible. Autrement dit, une règle s'applique ou ne s'applique pas, mais ne peut transiger, fidèle au principe aristotélicien de milieu exclu⁹⁵. Ainsi par exemple, "le fait, constaté par une autorité dûment habilitée, d'exploiter une installation classée sans autorisation requise est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende"⁹⁶.

Les principes en revanche ne fonctionnent pas selon cette logique, puisqu'ils ne fixent jamais de conséquences découlant automatiquement de la réunion de leurs conditions d'application mais indiquent plutôt "une raison d'aller dans un sens"⁹⁷. Ainsi par exemple, et sans préjudice de l'analyse qui en sera faite plus loin, le principe de participation pose comme conditions d'application "chacun", et comme conséquences "a accès aux informations relatives à l'environnement"⁹⁸. Les principes ne dictent donc pas au juge telle ou telle solution précise mais lui permettent d'argumenter en faveur de telle ou telle issue. La première conséquence méthodologique de cette distinction sur la concrétisation du droit réside dans le fait que plusieurs principes, dotés d'un poids et d'une importance relatives en raison de cette indétermination, peuvent être concurremment et simultanément mis en balance, ce qui est impossible dans le domaine des règles dont l'application est exclusive et alternative.

Cette distinction méthodologique, qui débouche sur la concrétisation du droit par pesée des intérêts⁹⁹, soulève des interrogations qui ont trait notamment aux éventuels recoupements qui existent entre cette distinction issue du droit anglo-saxon et celle, toute continentale, qui sépare le pouvoir discrétionnaire de la compétence liée. Si la première est réductible à la seconde alors la spécificité des principes pourra trouver à s'exprimer au sein des catégories du droit public français, par le biais d'une analyse approfondie du syllogisme juridique dans l'hypothèse où le décideur est livré à son pouvoir

⁹³ Est une *politique* pour Dworkin l'objectif de limiter les accidents de voiture, est un *principe* la maxime "nul ne peut invoquer sa propre turpitude", Ibid. page 80.

⁹⁴ Ibid. page 82.

⁹⁵ "De deux propositions contradictoires, l'une est vraie et l'autre fausse", A. LALANDE, "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 626.

⁹⁶ Article L. 514-9, I du Code de l'environnement.

⁹⁷ R. DWORIN : "Prendre les droits au sérieux", op. cit., page 84.

⁹⁸ Article L. 110-1, II, 4° du Code de l'environnement.

⁹⁹ "L'opposition entre les règles et les principes s'avère extrêmement fructueuse lorsque l'on cherche à déterminer le processus très particulier et très différent du syllogisme juridique qu'impliquent les pesées d'intérêts. Les principes ne se caractérisent pas positivement par ce qu'ils font, mais négativement par une absence. (...); ils aménagent des vides, des blancs dans l'espace normatif qu'ils dessinent", C. A. MORAND : "Pesée d'intérêts et décisions complexes", Site internet du réseau Droit & Sociétés, <http://sos-net.eu.org/red&s/communic/morand01.htm>, page 3.

discrétionnaire. Pour l'heure, et sans répondre ici à la question de savoir si c'est l'*indétermination*¹⁰⁰ ou l'*indéterminabilité* de la norme qui est source de pouvoir discrétionnaire¹⁰¹, on se bornera à formuler une première hypothèse en alléguant que ces distinctions sont déterminées avant tout par la manière dont les normes sont rédigées, ou plus précisément dont la matière législative est mise en forme, et qu'à chaque type de formulation de la norme correspond un mode de concrétisation spécifique. Ces considérations, qui ont trait à la dépendance du droit envers le langage, dominant largement les frontières entre la tradition juridique anglo-saxonne et le droit d'origine romano-germanique¹⁰². La caractérisation des principes au regard de ces techniques rédactionnelles et sous l'angle de la légistique permet de définir la méthode de concrétisation qui leur est adaptée.

Ces deux présupposés inhérents à la formulation même du sujet – la nécessité pour tout énoncé juridique, quelle que soit sa densité normative, de bénéficier d'un relais méthodologique de concrétisation, et l'incompatibilité du panlégisme avec le traitement normatif d'une réalité qui se charge d'incertitudes – permettent d'éclairer la question de la "spécificité" de l'usage de la notion de principe juridique en droit de l'environnement.

5 – Sur la notion de "spécificité" appliquée à un procédé d'expression normative.

La doctrine qui s'exprime en droit de l'environnement a coutume de délivrer à cette discipline un brevet de spécificité *a priori* qui tiendrait à la singularité de son objet, au caractère insaisissable des données écologiques ou aux controverses scientifiques se trouvant au cœur de la détermination du contenu de la norme tant par le législateur que par le juge¹⁰³. La vérification de cette hypothèse, qui

¹⁰⁰ Cette hypothèse est défendue par C. EISENMANN : "La source de discrétionnalité c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l'action. Dès que sur un point quelconque, sous un rapport quelconque, l'action à accomplir par le sujet n'est pas absolument déterminée, du pouvoir discrétionnaire fait son apparition", "Cours de droit administratif", DES, 1949-1950, Les cours du droit, 1950, page 429 et 451, cité par S. RIALS : "Les standards, notions critiques du droit", in C. PERELMAN et R. VAN DER ELST (dir.) : "Les notions à contenu variable en droit", Bruylant, Bruxelles, 1984, page 45.

¹⁰¹ Voir sur ce point S. RIALS : "Les standards, notions critiques du droit", Ibid., page 46.

¹⁰² Certaines fonctions des principes, notamment leur fonction supplétive ou comme le dit Jean-Louis BERGEL "correctrice" sont communes à ces deux traditions juridiques, comme en atteste l'exemple du cas "Riggs vs/ Palmer" évoqué par R. DWORKIN in : "Prendre les droits au sérieux", Léviathan, PUF, Paris, 1995, page 80.

¹⁰³ Voir dans ce sens J. SOHNLE : "Le raisonnement que la Cour internationale de justice a mené dans son arrêt du 25 septembre 1997 relatif à l'affaire du projet de Gabçikovo-Nagymaros illustre l'existence d'une méthode judiciaire spécifique dans l'application du droit international de l'environnement. Ce constat, confirmé par d'autres précédents, atteste d'un changement de paradigme méthodologique propre à cette discipline", in "Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement", REDE n°3/1998, page 262 ; M. A. COHENDET : "Sur le plan de l'articulation entre les concepts juridiques et les concepts environnementaux, l'harmonisation doit aussi être renforcée. Les instruments juridiques classiques, tels que le droit de la responsabilité ou celui de la propriété restent utiles mais se sont depuis longtemps révélés insuffisants", "Vers la constitutionnalisation d'un droit de l'homme à un environnement sain et équilibré" in "Vingt ans de protection de la nature", Hommage au Professeur Michel Despax, PULIM, Limoges, 1996, page 254. voir également E. NAIM-GESBERT : "En effet, les dispositions juridiques à caractère environnemental sont spécifiques en ce sens qu'elles s'appuient sur des 'analyses scientifiques' de la situation qui servent de justification aux règles d'action", in "Expertise scientifique et droit de l'environnement", F. OST et S. GUTWIRTH (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", FUSL, Bruxelles 1996, page 44-45 ; I. DOUSSAN : "En premier lieu, une observation générale s'impose : les cadres et les concepts juridiques existants sont relativement mal adaptés à la protection de l'environnement. (...). En conséquence, il n'est pas étonnant d'observer que la doctrine cherche à adapter les concepts et catégories classiques pour les faire 'coller' à la protection de

nécessiterait de passer au crible d'un référentiel préalablement constitué l'ensemble des techniques qui constituent la méthode du droit de l'environnement, peut trouver un terrain expérimental plus circonscrit dans les principes écrits dont cette discipline s'est dotée. Non seulement ces principes illustrent une technique de rédaction de la norme qui est utilisée dans toutes les branches du droit, mais ils constituent également une sorte de condensé paradigmatique du droit de l'environnement favorable à un examen comparatif mené sous l'angle de la méthodologie juridique.

Toute branche du droit possède en effet une spécificité *matérielle*, c'est à dire un objet propre qui nourrit le contenu proprement original de ses normes. Le droit de la propriété intellectuelle possède à ce titre un objet aussi spécifique que le droit du domaine public maritime ou le droit pénal de l'urbanisme. Sous cet angle la spécificité des principes du droit de l'environnement est acquise¹⁰⁴, confirmée au plan institutionnel par l'existence d'un ministère et d'un code, et même si elle reste discutable, notamment dans le cadre du débat relatif à l'intégration du droit de l'environnement dans les autres politiques publiques, elle ne nécessite pas que l'on s'y attarde. Une autre démarche qui semble plus intéressante consiste à poser la question dans l'autre sens, pour observer l'effet qu'exerce un objet nouvellement saisi par le droit sur sa structure formelle et d'une manière plus générale sur la méthodologie juridique. Peut-on tenter d'établir comment l'environnement objet de droit imprime sa marque à l'outillage juridique lui-même et partant, pour se focaliser sur la technique rédactionnelle qui nous intéresse, à la notion de principe juridique écrit ? Peut-on postuler et vérifier une éventuelle spécificité du principe juridique écrit lorsqu'il prend pour objet l'environnement, eu égard aux canons de la méthodologie juridique et du raisonnement juridique, c'est à dire à la fois dans le cadre de la rédaction des normes et du traitement juridictionnel des faits ?

Le droit de l'environnement utilise deux types de techniques normatives : celles qui sont empruntées au fond commun de la culture juridique romano-germanique, et celles qui lui sont propres ou qui le deviennent à mesure qu'il se les approprie¹⁰⁵. De manière évidente les premières sont de loin les plus abondantes, puisqu'à certains égards de nombreuses techniques, à première vue

l'environnement. Il en va ainsi, par exemple, des notions de patrimoine, de sujet de droit ou des droits subjectifs", in "La place de la discipline juridique dans la problématique environnementale", Dossier de l'environnement de l'INRA, 1999, n°17, page 87 ; voir enfin M. KAMTO : "Toute nouvelle branche du droit apparaît toujours avec quelques spécificités qui la démarquent de celles qui l'ont précédé. Le droit international de l'environnement semble apporter plus que de simples touches au droit international général. Ses développements récents laissent apparaître des perspectives innovatrices ou rénovatrices notamment dans le domaine de ses concepts et ses principes, dans la théorie des obligations où il affiche une inclination marquée pour certains types d'obligations, dans sa technique d'articulation avec l'ordre juridique interne où se dégage une logique du transordre juridique", "Singularité du droit international de l'environnement", in M. PRIEUR et C. LAMBRECHTS (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre KISS, Frison-Roche, Paris, 1998, page 318.

¹⁰⁴ Voir par exemple sur ce point F. OST : "L'étude d'incidences : un changement de paradigme ?" in F. OST (dir.) : "L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique", op.cit., page 9.

¹⁰⁵ Voir pour une distinction au sein du droit de l'environnement entre les "méthodes juridiques novatrices" (ancrage de l'action dans une participation démocratique de terrain, construction de l'action dans un cadre bilatéral, redéfinition de la temporalité de l'action) et "l'usage environnemental d'instruments non spécifiques" (notion de patrimoine, notion d'intérêt général, obligation de prudence et de diligence, domanialité publique et "trust", technique de la dérogation), A. ROUYÈRE : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ?", in D. RENARD, J. CAILLOSSE, D. de BÉCHILLON (dir.) : "L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit", Collection droit et société, n°30, LGDJ, Paris, 2000, pages 92 et s., et pages 101 et s.

consubstantielles du droit de l'environnement, comme la planification, la technique des seuils quantifiés ou le zonage, ne lui doivent en réalité absolument pas leur apparition. Les principes "généraux", "fondamentaux" ou "directeurs", dont on verra qu'ils sont apparus dans le droit bien avant de figurer dans le code de l'environnement¹⁰⁶, ressortent à cette première catégorie des outils simplement *empruntés* au fond commun des techniques d'expression normative. La question de leur éventuelle spécificité conduit donc d'emblée à donner de ce concept une présentation prudente et nuancée.

Le premier constat qui s'impose est qu'aucune forme juridique n'est radicalement nouvelle et que le concept de spécificité apparaît donc comme éminemment relatif. À rigoureusement parler la "spécificité", du latin *specificare* – distinguer une espèce – désigne "ce qui ne se ramène pas à une autre classe déjà connue d'êtres, de phénomènes"¹⁰⁷. La spécificité des principes du droit de l'environnement désigne donc une spécificité sectorielle, celle qui résulte de la transposition d'une technique juridique générale à un champ particulier du réel. Or, comme toutes les branches du droit, le droit de l'environnement se construit par opportunisme, en empruntant des techniques existantes et en les adaptant à son objet propre, et à ce titre il crée très peu de techniques radicalement nouvelles qui surgiraient par génération spontanée. La question de la spécificité se résume donc à une question de "différence significative" par rapport à une catégorie générale, différence qui se doit d'être suffisamment importante pour entraîner l'impossibilité pour la notion en cause à demeurer au sein de cette catégorie. Ainsi par exemple la technique de la planification ne deviendrait "spécifiquement environnementale" qu'à partir du moment où elle serait calquée sur des circonscriptions écologiques et non plus sur des circonscriptions administratives. De la même manière, la spécificité des principes du droit de l'environnement ne pourrait être déduite que d'une modification du concept de principe juridique écrit qui ajouterait à ce dernier une dimension proprement environnementale.

Deux questions épineuses se trouvent alors dévoilées. La première interroge l'existence d'une catégorie "principe juridique écrit" dotée d'une existence conceptuelle suffisamment marquée pour que les principes environnementaux puissent s'en distinguer et s'affirmer comme "spécifiques". Il faudra pour cela comparer les principes juridiques écrits issus d'autres branches du droit pour déterminer leurs points communs et voir s'ils constituent bien une catégorie homogène. La seconde question introduit la problématique des *critères* de la spécificité environnementale, qui permettent de préciser dans quelle mesure les principes environnementaux se distinguent de la catégorie générique des principes juridiques écrits. L'on ne dévoilera pas les résultats de la recherche en annonçant d'ores et déjà que les résultats sont modestes ; ainsi pour prendre un exemple souvent porté au crédit d'une spécificité environnementale et mis en corrélation avec la souplesse de son objet, l'indétermination et le "flou" des principes ne sont absolument pas propres au droit de l'environnement, puisque toutes les branches du

¹⁰⁶ Voir infra page 79.

¹⁰⁷ A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 1018. Au sens courant, "spécifier" désigne "l'action de bien déterminer une idée ou un fait, de les distinguer, par un caractère précis, des notions ou des objets voisins avec lesquels on pourrait les confondre", ibid.

droit utilisent la technique des notions à contenu variable au sein de leurs énoncés. Pourtant la consubstantialité entre la science et le droit de l'environnement, mise en lumière par Éric Naïm-Gesbert¹⁰⁸, confère à ces normes générales quelques traits distinctifs qui tiennent notamment au rôle qu'elles assument dans la politisation et dans l'objectivation juridique de la réalité environnementale. Les principes généraux seraient donc les normes issues de la rencontre entre la démocratie et une réalité de plus en plus construite et assumée politiquement comme incertaine.

On le perçoit aisément, la question de la spécificité des principes du droit de l'environnement doit être envisagée de manière plus large mais aussi plus modeste, et doit davantage conduire à s'interroger sur la spécificité de *l'usage* des principes écrits par le droit de l'environnement, c'est à dire tenter de définir le degré d'appropriation dont cette notion fait l'objet au sein de cette matière en regard des autres champs du droit où elle est également utilisée.

* *

*

La notion de principe juridique écrit en droit de l'environnement sera étudiée successivement à l'aune des deux dimensions qui structurent l'expérience juridique, à savoir un moment *textuel*, celui de l'écriture du droit, et un moment *factuel*, celui de la justification des décisions juridictionnelles. Chacune d'elles permettra d'illustrer et de mesurer la spécificité de ces principes par une mise en relation dont les termes seront constitués non par des systèmes juridiques nationaux, mais par les branches ou des champs du droit français. Les champs du droit international, européen et communautaire ne seront abordés que marginalement, dans une perspective génétique, au sens où ils ont constitué les lieux d'émergence de l'utilisation de la notion de principe juridique écrit en droit de l'environnement, tant au plan textuel que jurisprudentiel.

La première de ces deux étapes (**Première partie**) commencera par repérer la configuration intellectuelle au sein de laquelle se pense la dimension textuelle du principe, l'on parlera à ce sujet du "paradigme de la transcendance" déjà annoncé (**Titre premier**). Elle étudiera ensuite leur place dans le paysage chamarré formé par les principes juridiques afin de les distinguer des catégories voisines (**Titre deuxième**). Elle permettra enfin de le confronter à une problématique de rédaction des normes ou *légistique*, et par conséquent à la technique utilisée par le législateur pour rédiger les textes normatifs, le *conceptualisme*. L'analyse montrera que la contribution du principe général à la mise en place d'une "légalité environnementale" se nourrit, en accréditant l'idée du passage de la légalité contrefactuelle du

¹⁰⁸ E. NAÏM GESBERT : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", op. cit.

code à la légalité itérative et assouplie des *politiques publiques*, de l'hypothèse de l'empathie formelle du droit (**Titre troisième**).

L'étude de la fonction justificative des principes environnementaux dans la prise de décision (**Seconde partie**) conduira ensuite à identifier le "paradigme panlégiste" mentionné plus haut, qui conditionne la pensée de leur relation aux faits. L'analyse révélera que seule une mise à distance du panlégisme permet l'usage des principes écrits par le juge, une alternative y sera trouvée dans la théorie structurante du droit de Friedrich Müller qui permet à la fois de déplacer et d'étendre le centre de gravité de la normativité (**Titre premier**). Il s'agira ensuite de confronter la notion de principe juridique écrit avec le fait environnemental, et donc avec la décision en tant que cette dernière constitue le lieu de cette rencontre avec le fait. C'est ici l'analyse du rôle des principes juridiques écrits dans la justification des décisions juridictionnelles et administratives, qui permettra de révéler leur éventuelle spécificité (**Titre deuxième**). Cette analyse montrera que leur participation à une "décision environnementale" reste encore largement limitée par l'importance attachée par le juge et le décideur à la prédétermination textuelle des normes (**Titre troisième**).

PREMIÈRE PARTIE – Un procédé d'expression normative stimulé par l'empathie formelle du droit de l'environnement.

DEUXIÈME PARTIE – Un moyen de justification des décisions bridé par le tropisme textuel du juge.

PREMIÈRE PARTIE

**Un procédé d'expression normative stimulé par l'empathie formelle
du droit de l'environnement.**

Deux possibilités sont offertes au législateur dans la détermination de l'objet d'une régulation juridique¹⁰⁹ : soit définir cet objet le plus précisément possible, soit déléguer cette détermination aux autorités en charge de l'application de la norme. La fonction textuelle des principes du droit de l'environnement s'exprime à l'intérieur de ce dilemme indépassable qui a pour enjeu politique la séparation – plus ou moins tranchée – des pouvoirs. Le texte du principe écrit, on l'aura deviné, confine à une conception souple et perméable de cette séparation ; le rédacteur de la norme et le décideur travaillent "à plusieurs mains" à une œuvre commune qui consiste à formuler une norme juridique pour répondre à un cas concret. Le premier, se méfiant de l'obsolescence des solutions arrêtées *a priori* et d'un mimétisme pointilliste, "se réfugie dans les clauses générales pour ne pas prendre la décision lui-même et la laisser aux autorités d'application du droit"¹¹⁰. Le second "densifie" un texte indéterminé, en le nourrissant des faits, pour justifier une décision et faire ainsi, en faisant œuvre palliative, œuvre normative ou "quasi normative". Cette option de politique juridique est liée à la figure du principe juridique écrit, et ceux qui structurent le droit de l'environnement en héritent comme tous les autres. La fonction spécifique des principes environnementaux doit être trouvée ailleurs, dans l'éventuelle consubstantialité entre ce choix de technique normative et l'objet environnemental, dans le caractère empathique que cette stratégie peut revêtir face à cet objet que l'on dit volontiers si singulier. Apparemment, le texte juridique venant tisser la légalité environnementale serait donc en opposition avec une conception stricte de la séparation des pouvoirs, et affirmerait en cela une spécificité qui reste à démontrer et à caractériser¹¹¹.

Pour la révéler il faudra procéder en trois étapes successives. La première investira en profondeur le premier volet de l'antinomie structurelle évoquée en introduction, pour remonter à la source de la logique emblématique et représentative qui motive l'usage du principe juridique écrit dans la science législative. Elle mettra en lumière la dimension métaphysique du principe juridique comme symbole de la transcendance du droit et comme forme renouvelée de l'hétéronomie face au "désenchantement du monde" (**Titre premier**). La seconde investira le droit positif pour tenter d'identifier les principes du droit de l'environnement par rapport aux catégories de principes juridiques établies en droit public français, de manière à établir un référentiel comparatif, celui des "principes juridiques écrits" (**Titre deuxième**), qui permettra d'isoler et de caractériser enfin, par comparaison, les spécificités des principes environnementaux dans la construction d'une hypothétique "légalité écologique" (**Titre troisième**).

¹⁰⁹ Selon les propos de J. WROBLESKI : "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n° 4/1988, Cahiers de méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", page 859.

¹¹⁰ Ibid., page 860.

¹¹¹ Ce d'autant plus que comme le dit J. WROBLESKI : "Ces deux options ne correspondent pas seulement à des problèmes de technique 'pure' mais aussi à des choix axiologiques liés à des ensembles d'idées pratiques et théoriques très complexes. Elles sont liées à l'idéologie de la création du droit, de l'application du droit et, au niveau de l'idéologie politique, à la relation entre la législation et l'application du droit présumée par les institutions constitutionnelles et les pratiques du fonctionnement de l'État, ou encore à un niveau plus élevé, aux grandes 'visions du droit' formalistes ou substantives", Ibid.

Titre premier

La dimension métaphysique du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme de la transcendance.

Si par étymologie¹¹² le principe a partie liée avec la source, l'origine ou le commencement¹¹³, c'est davantage pour filer la métaphore du *fondement* que les juristes ont convoqué cette notion. Le chemin est très clair qui part du latin *princeps*, substantif de *primo caps*, "qui occupe la première place" ou "premier de l'empire" durant la période romaine impériale¹¹⁴, pour donner par extension *principium*, "commencement", "origine" ou "début d'un ouvrage¹¹⁵", et pour aboutir quelques siècles plus tard, à la faveur d'un détour par la métaphysique rationaliste, sur la "proposition posée au début d'une déduction, ne se déduisant elle-même d'aucune autre dans le système considéré¹¹⁶". La tentation de l'hypostase surgit ensuite presque naturellement chez les juristes de l'ère moderne et comme le suggère la langue germanique où "grund", préfixe omniprésent dans la traduction de principe¹¹⁷, s'accroche à "norm" pour faire de lui la *norma normarum*, figure paradoxale de l'inconditionné juridique s'il en est¹¹⁸.

Le principe suit donc un cheminement conceptuel en forme de balancier en quête d'équilibre, qui le voit d'abord émerger comme figure de l'inconditionné (**Chapitre 1**), puis subir de plein fouet la crise de la transcendance (**Chapitre 2**), et contribuer enfin à composer une voie médiane entre hétéronomie et autonomie dans le débat théorique sur les fondements du droit (**Chapitre 3**).

¹¹² "Principe : d'abord noté *principe* (fin XII^e) emprunté au latin *principium*, dérivé de *princeps* : qui occupe la première place. Le mot latin désigne le commencement, l'origine dans le temps, le début d'un ouvrage, l'entrée en matière d'un discours ; par abstraction il désigne l'origine fondatrice, d'où le pluriel *principia*, les éléments dont quelque chose est formé, les fondements (...). Dès l'ancien français l'accent est mis sur la notion de fondement, principe, tout en conservant l'idée de commencement, désigne l'origine, la cause première, la source (1265) (...) in A. REY (dir.) : "Dictionnaire historique de la langue française", Le Robert, Paris, 1993, page 1633.

¹¹³ Comme en atteste son usage dans l'Évangile de Jean, selon la traduction établie par M. LÉTURMY et J. GROSJEAN où il est utilisé pour "commencement" : "1 - Au principe était la parole, la parole était chez Dieu et la parole était Dieu". 2 - Elle était au principe chez Dieu", "Nouveau Testament", Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1971, page 271.

¹¹⁴ A. ERNOU, A. MEILLET : "Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots", 3^e édition, Klincksieck, Paris, 1951, page 947.

¹¹⁵ F. GAFFIOT : "Dictionnaire latin-français", édition revue et commentée par P. FLOBERT, Hachette, Paris, 2000, page 1254.

¹¹⁶ "Principe" 2° *Au point de vue logique*, sens C, définition dont l'usage est recommandé par A. LALANDE en raison de sa clarté, in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 828.

¹¹⁷ "Principe" se traduit littéralement par "Prinzip" mais les dimensions du terme qui renvoient à la notion de fondement font place au préfixe "Grund" ("Grundsatz" pour principe au sens de "règle de conduite" ou "hypothèse", "Urgrund" pour principe au sens de "source"), Harrap's Universal, Edimbourg, 1996, page 604.

¹¹⁸ "Mais il est impossible que la quête du fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée - elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême. La norme suprême ne peut donc être que supposée", H. KELSEN : "Théorie pure du droit", Traduction de C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, Paris, 1999, page 194. Hans Kelsen précisera le statut de la norme fondamentale dans un ouvrage posthume : "la norme fondamentale (...) n'est pas une hypothèse - comme je l'ai moi-même quelquefois caractérisée - , mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme", voir H. KELSEN : "Théorie générale des normes", (traduction O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, Léviathan, Paris, 1996, page 345.

Chapitre I – Une figure polymorphe de l'inconditionné.

Telle pourrait être, brossée à grands traits, l'histoire conceptuelle de la notion de principe, trahissant sa secrète connivence avec la métaphysique entendue ici comme science des limites ou science des confins postulant l'existence d'un "dehors". Limite perceptible du monde sensible, limite mythologique rassemblant une communauté religieuse, limite fondatrice d'un système de pensée ou d'un ordre de vérité, limite axiomatique d'un système déductif et enfin, limite instituante d'une communauté juridique ou d'une branche du droit. Le principe succèderait donc au mythe pour borner l'horizon du rationalisme occidental.

Une approche plus fine montrerait pourtant que le principe tient moins du mythe, récit fabuleux mettant en scène le mystère des origines, que du *symbole* comme "signe représentant une réalité abstraite ou absente"¹¹⁹. Car c'est bien la dimension synthétique du symbole, manifestant un "désir d'unifier la création et d'abolir la multiplicité"¹²⁰, qui lui permet de rendre le "tout" intelligible et d'incarner dans le quotidien des occurrences particulières l'expérience irréalisable de l'universel¹²¹. Le principe, comme le symbole donc, donne à vivre l'expérience ineffable de la totalité et donne à voir la cohérence d'un ensemble, qu'il soit communauté religieuse, collectivité politique ou système de pensée, sans oublier – ce qui pourrait en constituer une synthèse – le système juridique.

C'est donc une image architecturale, celle de la première pierre "disant le sens d'une institution plus qu'elle n'en supporte réellement le poids¹²²", qui permet ici de relier le sens commun au lexique juridique pour montrer que le choix du mot "principe" pour désigner un certain type de normes ne relève absolument pas du hasard. La quête métaphysique du "principe de vérité" caché au delà des apparences, qu'elle se traduise par l'ascension vers le monde intelligible du prisonnier de la caverne de Platon¹²³ ou qu'elle prenne la forme plus moderne du "morceau de cire" de Descartes déjouant les pièges de la perception¹²⁴, auréole la notion de principe d'un halo d'indisponibilité solennelle que le champ juridique ne fait que convertir dans le registre de la raison. La magie logicienne de l'induction amplifiante par laquelle le Conseil d'État français "découvre" les principes généraux du droit¹²⁵ en fournit du reste une illustration qui rappelle étrangement l'idéalisme platonicien et sa coupure entre un monde

¹¹⁹ E. BAUMGARTNER et P. MÉNARD : "Dictionnaire étymologique et historique de la langue française", Encyclopédies d'aujourd'hui, Librairie Générale Française, Paris, 1996, page 763.

¹²⁰ M. ELIADE : "Traité d'histoire des religions", Bibliothèque historique Payot, Paris, 1949, page 381.

¹²¹ Voir sur les fonctions du symbole M. DAVY : "Initiation à la symbolique romane", Champs Flammarion, Paris, 1977, page 98.

¹²² F. OST: "Le temps du droit", Éditions Odile Jacob, Paris, 1999, page 57.

¹²³ J. ANNAS : "Introduction à la République de Platon", PUF, Paris, 1994, page 320.

¹²⁴ R. DESCARTES : "Méditations métaphysiques", deuxième méditation, "Les intégrales de philo", Nathan, Paris, 1983, page 51.

¹²⁵ "Le juge cherche son inspiration dans des dispositions législatives particulières mais convergentes ou même dans une seule de ces dispositions si elle lui paraît, comme les autres, significative d'une certaine orientation du droit ; il est également sensible aux exigences de la conscience juridique du temps et à celle de l'État de droit", R. CHAPUS : "Droit administratif général", op. cit., page 85.

sensible, figuré par les dispositions convergentes du droit positif, et un monde intelligible, figuré par le principe sous-jacent qui les fonde et qui les inspire.

Pourtant la définition juridique générale du principe, catégorie mère qui préside à la destinée conceptuelle des principes "sectoriels" du droit de l'environnement, passe assez largement sous silence la charge métaphysique dont il est investi¹²⁶. On la voit parfois affleurer imperceptiblement, comme dans la définition issue du *Dictionnaire de la terminologie du droit international*¹²⁷ qui qualifie les *principes de droit* de "propositions premières dégagées par voie de synthèse", définition présentant des consonances très nettes avec celle de la métaphysique selon André Lalande "qui constitue ou qui concerne un haut degré de synthèse des connaissances particulières"¹²⁸, ou celle professée en 1882 par Paul Janet dans son Cours de philosophie pour qui elle forme "la science des premiers principes et des premières causes"¹²⁹. Affinités d'autant plus étranges qu'elles n'apparaissent qu'à l'état de traces dans la littérature juridique consacrée aux principes. La doctrine se contentant de dissimuler cette généalogie honteuse sous le voile des euphémismes ou de la transcrire dans le registre logique de l'induction pour définir les principes comme "le sens commun des lois internes"¹³⁰, "des données générales et primordiales qui domineraient l'ordre juridique"¹³¹, ou comme "le fruit d'aspirations latentes du corps social ou l'expression de l'esprit des lois"¹³². Autant de formules qui trahissent pourtant la présence de cette charge métaphysique comme le suggère l'usage omniprésent du registre de la quintessence, de la sous-jacence et de la "chose en soi". Il s'en dégage l'idée que les principes forment le souffle du droit comme un éther subtil ressortissant à un ordre de réalité surplombant auquel on ne peut accéder que par un dépassement des apparences sensibles¹³³. De toute évidence la fortune juridique du principe hors de l'empire déclinant du jusnaturalisme n'a été possible ou pensable qu'au prix du congédiement de tout ce qui tenait à son indexation sur un ordre supérieur et transcendant, sans pour autant réussir à en refouler les résurgences promptes à s'incarner dans un idéalisme objectif aux résonances très néo-platoniciennes. Il est donc nécessaire de déconstruire l'opération d'émondage ayant isolé cette notion

¹²⁶ La définition très complète donnée en 7 points par G. CORNU en laisse transparaitre quelques signes, qu'il nous soit permis ici de n'en citer que quelques extraits : "règle juridique (...) s'imposant avec une autorité supérieure", "maxime intransgressible", "règle tenue pour absolue", "élément essentiel qui caractérise un régime", in "Vocabulaire juridique", "Principe", PUF, 8^{ème} édition, 2000, Paris, page 672 et 673.

¹²⁷ "Principes de droit" : "Propositions premières dégagées de l'ensemble du système juridique par voie de synthèse, considérées comme exactes et susceptibles, en conséquence, de justifier des déductions dans l'ordre juridique" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL : "Dictionnaire de la terminologie du droit international", Union académique internationale, Sirey, 1959, page 472.

¹²⁸ A. LALANDE : Métaphysique 2, sens C, in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 621.

¹²⁹ Citée par A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 620.

¹³⁰ P. M. DUPUY : "Droit international public", Section 3 : "Les principes généraux du droit", Précis DALLOZ, 4^{ème} édition, Paris, 1998, page 301.

¹³¹ J. COMBACAU, S. SUR : "Droit international public", Section VII : "Principes généraux du droit", Domat, Montchrestien, Paris, 1999, page 104.

¹³² J. L. BERGEL : "Théorie générale du droit", DALLOZ Méthodes du droit, 3^{ème} édition, Paris, 1998, page 90.

¹³³ Pour une transposition juridique de cette aspiration, voir le programme que se fixe H. ROLIN en ouverture de son cours de l'Académie de droit international consacré aux principes : "l'objet de cet enseignement sera moins l'exposé des règles gouvernant chacune des matières, qu'un essai de synthèse des principes essentiels qui paraissent se dégager de l'évolution actuelle de la société politique mondiale", *RCADI* tome 77, "Les principes de droit international public", page 309.

de ses "impuretés" métaphysiques afin de rendre à ces dernières la place qui leur revient dans la restitution d'une ontologie "intégrale" du principe.

C'est que la mémoire de ces mots ordinaires parmi lesquels le droit puise ses catégories en leur donnant un sens particulier¹³⁴ est parfois tenace. Malgré son travestissement sous les traits d'un discours logicien la dimension métaphysique du principe est toujours prompte à se manifester à l'occasion d'une sorte de "retour du refoulé" dont les débats relatifs aux dysfonctionnements des principes environnementaux constituent une parfaite illustration. La "juridicisation" du principe convertit ses attributs métaphysiques en attributs logiques¹³⁵ mais néglige toujours de le définir au plan conceptuel, faisant l'économie d'une définition ontologique qui doit donc être reconstituée *a posteriori*.

Le chemin de cette archéologie sémantique permet de prolonger pour un temps la métaphore architecturale *via* un détour par la pensée scolastique qui a inauguré la conversion logique du principe en vantant sa fonction clarificatrice. Pour réconcilier la raison et la foi, le programme de la scolastique primitive et classique adopte un principe de *manifestatio* ou principe de clarification qui vise à rendre explicite le déroulement de la pensée à partir de principes. "Dans la scolastique on considérait que la seule manière légitime et solide d'obtenir l'adhésion de l'esprit était de déduire ce que l'on voulait démontrer de propositions plus simples et primitives, possédant par elles mêmes une valeur d'autorité ou d'évidence¹³⁶". Ces postulats de nécessité déductive et "d'inféribilité mutuelle" qui permettent d'établir des corrélations univoques entre les étapes d'un raisonnement sans jamais perdre de vue leur point de départ, ont trouvé à s'exprimer formellement dans la figure de la cathédrale gothique qui, comme l'a montré Erwin Panofsky, traduit par un impératif de transparence cette vertu auto-explicative et clarificatrice¹³⁷. Pour couronner la métaphore, il resterait alors à avancer que le principe est à un système de pensée ce que l'arc-boutant est à la cathédrale gothique, c'est à dire à la fois ce qui *fonde* et ce qui *clarifie*.

Ces deux pivots d'une définition générale du principe valent pour toutes les catégorisations auxquelles cette notion a été livrée par la suite sous l'empire de la rationalité juridique, même si ces catégories privilégient souvent à leur profit l'une ou l'autre de ces deux dimensions pour faire osciller le principe du côté de la norme "clé de lecture" ou de la norme "fondement causal"¹³⁸. Les constantes

¹³⁴ "Comme tout langage savant, le langage juridique consiste en un usage particulier du langage ordinaire, les analystes ont beaucoup de peine à découvrir le véritable principe de ce mélange de dépendance et d'indépendance", P. BOURDIEU : "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Dossier "La force du droit", 1986, page 9.

¹³⁵ F. OST et J. LENOBLE parlent à ce titre d'un "véritable enracinement de la logique dans le sol de l'idéal" in "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique", FUSL, Bruxelles, 1980, page 188.

¹³⁶ A. LALANDE: "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", *op. cit.*, page 365.

¹³⁷ E. PANOFSKY : "Architecture gothique et pensée scolastique", Les éditions de minuit, Collection "Le sens commun", Paris, 1967, page 106.

¹³⁸ La catégorie des principes généraux du droit, comme le souligne F. MODERNE, analyse les principes comme "des conséquences, des résultats que l'on extrait des textes de droit positif", et renforce leur dimension d'appartenance au droit au détriment de leur dimension causale dans l'engendrement du droit, in "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", RFDA n°15, juillet-août 1999, page 723. La catégorie des "principes législatifs" en revanche, situés en tête des codes dont ils jouent le rôle de clé de voûte, se concilient davantage le statut de "fondement causal du droit" puisque, comme le précise l'article L. 110-1. Il du Code de l'environnement, la protection, mise en valeur, la restauration, la remise en état et la

fonctionnelles du principe, qui transcendent l'infinie variété des espèces du genre, ont souvent été noyées au sein de nuances formelles ayant présidé à l'émergence de taxinomies parfois vécilleuses. L'acclimatation de la notion au sein de la discipline juridique s'est en effet traduite par un rapide éclatement sous l'effet d'une structuration qui vit œuvrer deux puissants paradigmes. La division du droit en branches¹³⁹ donna naissance à des principes sectoriels dont le niveau de généralité est souvent similaire mais qui diffèrent par leur contenu et leur champ d'application matériel, et la hiérarchie des normes¹⁴⁰ suscita l'apparition de principes qui, énoncés par des autorités de niveau différent, se distinguent par leur portée, leur régime et leur forme juridiques. L'importance accordée ou non à la forme écrite du principe, critère majeur qui présida à l'émergence de la "catégorie reine" des *principes généraux du droit*, ressort à cette dernière variable. En un mot, les principes sont instrumentalisés par les catégories opératoires du droit, et c'est précisément le résultat de ce travail au terme duquel les principes deviennent de simples outils que d'en travestir la dimension métaphysique qui les maintenait retranchés derrière un voile d'indisponibilité.

Aux lendemains de son entrée dans le champ juridique la dimension transcendante du principe se trouve donc éclatée, entendons "convertie", pour venir fonder logiquement, de manière explicite¹⁴¹ ou implicite¹⁴², pour reprendre ici la distinction établie par Jerzy Wroblewski¹⁴³, les îlots de rationalité matériellement ou formellement constitués que sont les *branches* et les *niveaux* du droit. Au sein du premier registre se distinguent par exemple les principes fondamentaux de la politique forestière¹⁴⁴ et les principes généraux de l'éducation¹⁴⁵, et au sein du second les principes généraux du droit administratif et les principes à valeur constitutionnelle. On peut donc se résoudre, sans sacrifier pour autant à une approche trop radicalement nominaliste, à considérer que la très riche taxinomie des principes établie par la science juridique ne remet pas en cause le noyau de sa définition générale. Elle

gestion des espaces, ressources et milieux naturels, sites et paysages etc..., *s'inspirent* dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants.

¹³⁹ Pour une étude approfondie de l'importance et de la dimension structurante d'un phénomène qui nous autorise à parler de "paradigme" voir **F. GRUA** : "Les divisions du droit", *RTDC* n°1/1992, janvier-mars 1993, page 59.

¹⁴⁰ La prégnance de l'idée de hiérarchie des normes en droit français est attestée en ces termes par **D. de BÉCHILLON** : "L'enseignement des publicistes français porte en effet, avec une assez remarquable constance – au moins depuis Carré de Malberg – qu'une gradation des institutions de l'État structure le fond de notre système juridique et commande directement la hiérarchisation de ses normes" in "Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation", *RIEJ*, n°32/1994, page 82.

¹⁴¹ Comme c'est le cas des "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dont "Sept (...) peuvent être qualifiés d'incontestables" selon **B. GENEVOIS** (liberté d'association, liberté d'enseignement, indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, respect des droits de la défense, indépendance de la juridiction administrative, compétence de la juridiction administrative dans le contentieux de la réformation des décisions prises par la puissance publique, compétence de l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière), in "Une catégorie de principes à valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", *RFDA*, n°3/1998, page 485.

¹⁴² Comme c'est le cas pour les principes généraux du droit non encore "découverts", et comme le suggèrent **G. VEDEL** et **P. DELVOLVÉ** : "Le principe général des droits de la défense (...) procède d'une constatation : de nombreux textes législatifs ou réglementaires consacrent les droits de la défense dans une multiplicité d'hypothèses. Il faut donc supposer que ces dispositions textuelles ne sont que l'application à tel ou tel cas d'un principe général qui en est la source. Le juge ne fait que constater ce principe général (...)", in "Droit administratif général", Tome 1, Thémis droit public, Paris, 1992, p 474.

¹⁴³ **J. WROBLEWSKI** : "Principes du droit", in **A. J. ARNAUD (dir.)** : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, Paris, pages 475.

¹⁴⁴ Code forestier, op. cit., articles L. 1 à L. 14.

¹⁴⁵ Code de l'éducation, articles L; 111-1 à L. 164-3.

se contente de lui greffer une série de caractères formels (institutions ou organes habilités à édicter ou à reconnaître un principe, place dans la hiérarchie des normes, caractère écrit ou non écrit, texture plus ou moins indéterminée...) et matériels (branche du droit concernée, dispositions de fond véhiculées par le principe : valeurs proclamées, hiérarchisation des intérêts pris en compte, choix idéologiques...). L'image de la cathédrale gothique n'en perd pas pour autant ses vertus explicatives et les nouveaux attributs – une *variable matérielle* et une *variable formelle* en somme – dont le droit dote la notion de principe peuvent toujours y trouver une illustration métaphorique qui relativise l'importance de ces distinctions par rapport à l'unité fonctionnelle de la notion. La vertu *fondatrice* et *clarificatrice* d'un principe pouvant s'appliquer à des registres aussi différents que le programme iconographique d'un portail et la structure d'un pilier composite, variables matérielles comparables aux *branches du droit*. De même que l'importance hiérarchique de ces deux propriétés cardinales peut tout à fait varier au sein de la construction en fonction du niveau où elles sont mises en œuvre, qu'il s'agisse des piliers de la nef ou des colonnettes du triforium, variables formelles figurant les *degrés de la hiérarchie des normes*...

Les principes sont donc bien attelés à une mission d'ordonnement des relations entre l'*un* et le *multiple*, clivage qui recoupe celui qui sépare le *droit* et le *fait* dans la pensée juridique moderne, et plus généralement celui qui sépare la *pensée* comme foyer d'unité et le *divers sensible* comme foisonnement offert à la synthèse rationnelle. On ne s'étonnera donc pas de constater que c'est la mystérieuse vertu synthétique du principe qui recueille, lors de l'élaboration des grands codes modernes, les faveurs d'une politique juridique soucieuse de condenser toute la réalité en formules générales et d'établir des principes "féconds en conséquences"¹⁴⁶. À bien des égards les principes généraux, contreforts renforçant la solidité de l'édifice juridico-logique et nourrissant l'illusion de sa complétude, contribuent donc à légitimer le droit moderne lui-même¹⁴⁷. Or c'est précisément en raison de cette connivence avec la métaphysique des fondements, dont ils constituent une incarnation logique, que les principes ont fait l'objet des assauts de plus en plus nourris de ceux qui allaient bientôt les démasquer comme des outils de légitimation du pouvoir.

Comme aurait pu en effet le laisser supposer la dimension militaire de leur étymologie – les *principes* étaient également les "premières lignes" des armées romaines¹⁴⁸ – les principes ont été placés aux avant-postes d'une *crise de la transcendance* qui a sonné pour eux l'heure d'une disgrâce bien résumée par ce propos de François Ewald selon lequel désormais "aucun principe juridique ne peut plus se penser à l'universel"¹⁴⁹. Mort du principe donc, et nécessaire transfiguration... Pourtant si l'impraticabilité des modèles religieux de la transcendance du droit prive les principes de leur rôle de

¹⁴⁶ "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière", J.E.M. PORTALIS : "Discours préliminaire sur le projet de Code civil", in J.E.M. PORTALIS : "Écrits et discours juridiques et politiques", op.cit., page 26.

¹⁴⁷ F. MODERNE : "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", RFDA n°4/1999, dossier "Les principes : permanence et nouveauté", page 734.

¹⁴⁸ F. GAFFIOT : "Dictionnaire latin-français", op. cit., page 1254.

¹⁴⁹ F. EWALD : "L'État providence", Grasset, Paris, 1986, page 41.

réfèrent critique radicalement externe ou "révélé", elle leur ouvre la voie d'une reconversion comme surgissement d'une forme "d'auto-transcendance"¹⁵⁰ ou de "transcendance horizontale"¹⁵¹, c'est à dire comme manifestation juridique d'une société se liant à elle même dans le projet d'un droit situé à mi chemin entre les apories de l'auto-référence et l'archaïsme d'une transcendance utilisée comme support de l'hétéronomie, mais bientôt démasquée comme forme euphémisée du pouvoir. Cette voie ambitieuse, qui semble être la seule porte de sortie pour une norme demeurée trop longtemps au service de la transcendance du droit et qui risquerait de subir avec elle les foudres du relativisme¹⁵² et du "désenchantement du monde", se concilie finalement assez bien les objectifs d'un droit de l'environnement qui manifeste le tournant épistémologique du "droit naturel" au "droit de la nature", c'est à dire d'un droit dont le réfèrent transcendant est désormais devenu l'objet, et qui est condamné à produire ou à faire surgir lui-même un nouveau réfèrent critique.

¹⁵⁰ Que **F. OST** définit comme "l'effort du social pour s'inscrire dans l'horizon du tiers médiateur qu'il contribue pourtant à produire : "Du Sināi au champ de Mars : l'autre et le même au fondement du droit", donner raison 7, Éditions Lessius, 1999, Bruxelles, page 13.

¹⁵¹ **S. ANDRINI** : "Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit", op. cit., page 173.

¹⁵² Voir **A.J. ARNAUD** et **M.J. FARIÑAS DULCE** : "Alors que nos droits ont été patiemment élaborés sur des fondements universalistes, individualistes et subjectivistes qui ont permis l'élaboration de la très protectrice notion de droits de l'homme, voici que l'idée de relativité des cultures nous rappelle que ce qui est considéré ici comme sécurité des personnes peut passer, ailleurs, pour une atteinte à des principes fondamentaux", in "Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques", Académie Européenne de Théorie du Droit, Bruylant, Bruxelles, 1998, page 230.

Chapitre II – Le principe juridique face à l'effondrement des transcendances.¹⁵³

Certaines manifestations des foudres anti-métaphysiques nietzschéennes – "On appelle à la rescousse tout ce qui est respectable pour donner au droit l'apparence de l'éternité"¹⁵⁴ – semblent très directement viser la figure solennelle des principes. Ces aphorismes cinglants, qui furent adressés aux préceptes moraux, dessinent les traits de la configuration intellectuelle qui détermine la pensée contemporaine. Le relativisme, l'historicisme, le positivisme et autres figures d'un "désenchantement du monde"¹⁵⁵, en tirant les leçons de la "mort de dieu", ont imprégné la pensée juridique des accents dégrisants de la crise de l'universel.

Retranché jusqu'alors dans une extériorité critique fondée sur son irréductibilité au fait¹⁵⁶, le droit fut peu à peu démasqué comme "la guerre continuée par d'autres moyens"¹⁵⁷, pour paraphraser Michel Foucault renversant la formule de Karl von Clausewitz, c'est à dire comme l'un des outils les plus performants d'une euphémisation des rapports de domination. L'analyse foucauldienne, très révélatrice d'une vision dessillée des universaux du droit moderne, démythifie, au fil d'une archéologie des "savoirs assujettis", c'est à dire en réintégrant dans le champ historiographique des textes et récits de révoltes rendus muets par l'histoire officielle¹⁵⁸, les assises fondatrices de la transcendance juridique à commencer par le pacte civil de Thomas Hobbes. Il faut, comme le disait Nietzsche, "se débarrasser de la rêverie qui faisait commencer l'État par un contrat"¹⁵⁹. Le droit selon cette critique, loin de faire cesser les rapports de force existants dans "l'état de nature", aurait pour fonction de les réinscrire par une sorte de guerre silencieuse dans les institutions, le langage et les corps¹⁶⁰. Il s'agit, toujours selon Michel Foucault, "de retrouver le sang qui a séché sous les codes (...) sous la stabilité du droit retrouver l'infini de l'histoire, sous la formule de la loi les cris de guerre, sous l'équilibre de la justice la dissymétrie des forces"¹⁶¹. Le législateur et l'administration, puis la doctrine qui leur emboîte le pas¹⁶², exerçant une

¹⁵³ L'expression est empruntée à l'ouvrage de **A. RENAUT** et **L. SOSOE** : "Philosophie du droit", PUF, Collection "Recherches politiques", Paris, 1991, page 37.

¹⁵⁴ **F. NIETZSCHE** : "La volonté de puissance", G. BIANQUIS (trad.), Paris, Gallimard, § 487, page 349.

¹⁵⁵ Voir sur ce point Marcel GAUCHET au sujet des formes du basculement en dehors de l'âge des religions : "(...) parce que la logique conservatrice de l'intégration dans l'être et de la solidarité avec le donné naturel ou culturel s'est renversée, parce que la nécessité de l'attache hiérarchique s'est dissoute, parce que les contraintes à concevoir le monde en tout point uni à ses origines (pensée mythique) et partout correspondant à lui même (pensée symbolique) se sont défaites", **M. GAUCHET** : "Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion", Gallimard, Paris, 1985, page 134.

¹⁵⁶ "Le droit, par opposition au fait est, dans tout ordre de choses, le légitime par opposition au réel, en tant que celui-ci peut être illégitime" **A. LALANDE** in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", PUF, Paris, 1988, page 252.

¹⁵⁷ **M. FOUCAULT** : "Il faut défendre la société", Cours au Collège de France, 1976. Hautes études, Paris, Gallimard, Seuil. Édité par l'"Association pour le Centre Michel FOUCAULT", sous la direction de F. EWALD et A. FONTANA, 1997, page 16.

¹⁵⁸ **Y. C. ZARKA** : "Foucault et le concept non juridique du pouvoir", *Cités. Philosophie, politique, histoire* n°2/2000, mars 2000, n° spécial : "Michel Foucault : de la guerre des races au bio-pouvoir", PUF, page 44.

¹⁵⁹ **F. NIETZSCHE** : "Généalogie de la morale", Folio Essais, Gallimard, Paris, 1971 (pour la traduction française établies par **I. HILDENBRAND** et **J. GRATIEN**), page 96.

¹⁶⁰ Ibid. page 45.

¹⁶¹ **M. FOUCAULT** : "Il faut défendre la société", *op. cit.*, page 48.

¹⁶² Voir sur ce point **P. JESTAZ** et **C. JAMIN** : "pour l'essentiel, la doctrine française reste un pouvoir allié du pouvoir, qui donne vie et forme aux créations de celui-ci, et qui surtout facilite la mise en œuvre des textes", in "L'entité doctrinale française", **DALLOZ** 1997, chronique, page 172.

"forme pure du pouvoir" puisque désormais euphémisée dans un discours juridique qui adoucit et objective son emprise sur le sujet¹⁶³. Ainsi la transcendance du droit se trouve-t-elle ravalée par cette approche, qu'on a pu qualifier de nominaliste, au rang d'artifice du pouvoir, de fausse évidence ou "d'universel abstrait" n'ayant pas plus de contenu qu'un simple mot¹⁶⁴. Ce mot ne désignant que des pratiques dites "juridiques" mises au service d'autant "d'effets de vérité" indissociables d'un certain type de rationalité et, pour emprunter le vocabulaire de Pierre Bourdieu, de la stratégie de domination symbolique qu'elle corrobore¹⁶⁵.

Les principes ont été directement visés par cette critique du fait de leur rôle privilégié dans le travail de cette "posture universalisante"¹⁶⁶ qui caractérise le champ juridique. Par cet effet d'universalisation les principes se trouvaient en effet assumer une part essentielle de l'efficacité symbolique du droit dans sa tâche de légitimation et d'objectivation d'un pouvoir historiquement situé, voire arbitraire. La crise du modèle jusnaturaliste, doté d'un très fort quotient métaphysique, entraîna les principes dans le sillage du "désenchantement du droit"¹⁶⁷. Comme l'a en effet montré Léo Strauss, si le droit naturel subit le double assaut de l'historicisme et du relativisme des valeurs, c'est qu'il est grevé d'un passif à double visage, de deux défauts rédhibitoires. Il postule d'abord l'unité de la notion de justice là où la pensée de l'histoire, qui fait régner le particularisme, en montre une infinie diversité¹⁶⁸ ; aucune forme juridique ne pouvant plus dès lors ambitionner un statut méta-historique pour atteindre à l'universel puisque l'universel lui-même est démasqué comme un produit, chimérique, de l'histoire. Il prétend ensuite évaluer la valeur en partant des faits, ce qui contredit l'irréductibilité cardinale des faits aux valeurs, actualisation wébérienne de la distinction kantienne entre "l'être" et le "devoir-être" qui débouche sur l'opposition entre réalité et norme¹⁶⁹. Le pluralisme des valeurs ou "pluralisme des vérités"¹⁷⁰ renvoie ainsi le droit à l'horizon démythifié et laïcisé du conventionnalisme. Chaque segment historique et chaque communauté politique construisant leur propre univers de référence méta-social pour asseoir ou étalonner un certain nombre de valeurs qui ne sont finalement que relatives car historiquement ou socialement situées. Les principes, qui furent la forme juridique privilégiée de l'affirmation de telles valeurs, furent donc accusés de participer au vaste projet ethnocentriste d'universalisation des valeurs dominantes¹⁷¹.

¹⁶³ M. FOUCAULT : "Histoire de la sexualité I : la volonté de savoir", Gallimard, Tel, Paris, 1976, page 110.

¹⁶⁴ F. EWALD : "Pour un positivisme critique. Michel FOUCAULT et la philosophie du droit", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°3/1986, PUF, page 138.

¹⁶⁵ Voir J. COMMAILLES : "Pour Bourdieu l'analyse de la production de la norme s'inscrit dans une théorie de la domination symbolique. La mise en valeur de l'effet de neutralisation et de l'effet d'universalisation dans la construction du discours juridique a pour fonction de dévoiler les mécanismes suivant lesquels le droit contribuerait, avec une extrême efficacité, à l'exercice de cette domination symbolique" in "Le juridique dans le politique", "Droit et politique", CURAP, PUF, 1993, page 275.

¹⁶⁶ P. BOURDIEU : "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", op. cit., page 5.

¹⁶⁷ J. HABERMAS : "Droit et démocratie. Entre faits et normes", Gallimard Essais, Paris, 1997, page 71

¹⁶⁸ L. STRAUSS : "Droit naturel et histoire", Champs-Flammarion, Paris, 1986, (1953 pour l'édition originale), page 21.

¹⁶⁹ Ibid., page 49.

¹⁷⁰ E. NAIM-GESBERT : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", op. cit., page 44.

¹⁷¹ "C'est ainsi que ceux qui ont porté l'État (français) à un degré d'universalité supérieur à celui de la plupart des nations contemporaines (avec le Code civil, le système métrique, la monnaie décimale et tant

Il semble que ce soit l'essence même de la configuration intellectuelle ayant conduit à ancrer le droit sur une forme de transcendance qui s'est ainsi trouvée disqualifiée. Le paradoxe veut pourtant que cette forme de dualisme, inaugurée par la distinction aristotélicienne entre la "justice naturelle" et la "justice politique" qui en est dérivée¹⁷², demeure un horizon indépassable de la pensée sur le droit, à tel point que selon François Ewald il est beaucoup plus facile d'échapper au droit naturel qu'au mode de problématisation dont il est synonyme¹⁷³. La transcendance, éternellement polymorphe, renaît donc de ses cendres sous les traits les plus inattendus, attestant d'un véritable *continuum* par rapport aux modèles dualistes dénoncés pour leur archaïsme par la pensée "post-métaphysique". La transcendance demeure mais change simplement d'assise et de visage. La mystérieuse "grundnorm" de Hans Kelsen n'en serait d'ailleurs qu'un avatar témoignant de l'entrelacement de la sphère du mythe et de celle de la raison dans la figure du législateur rationnel¹⁷⁴. L'interminable variété des figures du *fondement*, de l'*apeiron* d'Anaximandre¹⁷⁵ à la rationalité procédurale de Jürgen Habermas¹⁷⁶, en passant par l'approche autopoïétique du droit développée par Niklas Luhmann, ne parvient pas à faire vaciller sur son socle la pérennité du paradigme de la transcendance. Le débat subit simplement un décentrement pour se reformuler dans les termes d'une échelle graduelle qui fait varier le degré de référence externe des différentes instances fondatrices du droit, sachant que l'hypothèse extrême de l'autoréférentialité et de la circularité absolue d'un système social est considérée comme impraticable par Niklas Luhmann lui-même¹⁷⁷.

d'autres inventions rationnelles), les révolutionnaires de 89, ont immédiatement investi leur foi universaliste dans un impérialisme de l'universel placé au service d'un État national (ou nationaliste) et de ses dignitaires", P. BOURDIEU : "Méditations pascaliennes", Paris, Seuil, 1997, page 93.

¹⁷² ARISTOTE : "Éthique à Nicomaque", Garnier-Flammarion, Chapitre VII, page 152.

¹⁷³ F. EWALD : "Pour un positivisme critique. Michel FOUCAULT et la philosophie du droit", op. cit., page 140. Voir également dans le même sens P. AMSELEK : "L'idée de droit naturel apparaît comme une remarquable constante dans l'histoire juridique des hommes (...) il semble qu'elle soit aussi ancienne que le droit lui-même et, en quelque sorte, consubstantielle à lui (...)", in "Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel ?", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 23 : "Formes de rationalité en droit", Sirey, Paris, 1978, page 343, ainsi que F. OST et M. VAN DE KERCHOVE : "Les positivistes apparaissent comme les héritiers de la métaphysique jusnaturaliste, au lieu de s'en tenir au postulat méthodologique de la nécessaire positivité de l'objet de la science du droit, ils ont généralement cherché en outre à fonder, c'est à dire à justifier, le caractère obligatoire des normes juridiques", in "De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science juridique", *Archives de philosophie du droit*, Tome 33 "La philosophie du droit aujourd'hui", SIREY, Paris, 1988, page 177.

¹⁷⁴ "Le projet de Kelsen d'affranchir le droit de la métaphysique échoue car il réintroduit de l'idéal au sein du droit positif lui-même. D'une part il ne renonce pas à la quête du fondement du droit (la "pierre philosophale"), d'autre part il accorde au droit un pouvoir surnaturel de transsubstantiation du réel, par sa capacité à s'auto-valider...", in J. LENOBLE, F. OST : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique", FUSL, Bruxelles, 1980, page 472.

¹⁷⁵ Voir "Cosmos" in M. CAZENAVE : "Encyclopédie des symboles", Le livre de poche, Paris, 1996, page 166.

¹⁷⁶ Voir P. BOURETZ : "La vérité de tout contenu propositionnel n'est plus garantie par un critère extérieur(...)Ce qui valide l'énoncé n'est plus son contenu mais le fait qu'il ait franchi le cap d'une procédure d'argumentation valide" in "Droit et communication : Jürgen HABERMAS", P. BOURETZ (dir.) : "La force du droit : panorama des débats contemporains", Éditions Esprit, Philosophie, Paris, 1991, page 172.

¹⁷⁷ "Comme Luhmann l'explique, les systèmes autoréférentiels traitent *toujours* avec eux-mêmes, mais ne peuvent pas traiter *seulement* avec eux-mêmes. Il faut éviter la complète circularité du système (...). Sans un tel contact avec l'extérieur, le système se structurerait comme pure tautologie (...). De plus, il y a quelque chose de paradoxal dans le fait que le système puisse s'établir lui-même, et non sur la base de quelque chose qui lui soit donné préalablement en chaque occasion", J. A. GARCÍA AMADO : "La société et le droit chez Luhmann" in A. J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (dir.) : "Niklas Luhmann observateur du droit", Collection droit et société vol. 5, LGDJ, Paris, 1993, page 121.

Droit révélé, mythologie, tradition, pacte civil ou contrat social, raison déductive ou procédurale : la liste des supports d'une transcendance du droit, tous plus ou moins auréolés de mystère, est si interminable qu'elle semble témoigner d'un véritable déterminisme de la pensée humaine¹⁷⁸. "Tout raisonnement implique une régression infinie", conclut Lewis Carroll dans "L'invention à deux voix"¹⁷⁹, car chaque réflexion fait appel à une règle supérieure qui la justifie, cette règle étant à son tour fondée sur une métarègle elle-même fondée sur une méta-métarègle et ce jusqu'à l'infini. On trouve d'ailleurs une illustration juridique de cette aspiration proprement métaphysique à une forme supérieure d'inconditionné dans le fonctionnement du principe de validité d'Hans Kelsen¹⁸⁰ ou dans le système de la règle secondaire de reconnaissance d'Herbert Lionel Hart. Le système juridique se décompose pour ce dernier en deux types de règles, les règles "primaires" qui régissent directement le fonctionnement de la société, et les règles secondaires ou "règles de reconnaissance", qui fixent les conditions de juridicité des premières, garantissant ainsi la frontière entre le juridique et le non juridique¹⁸¹. Mais dans ces deux hypothèses la question se pose pourtant immédiatement, après celle du fondement de la règle, de connaître le fondement de la métarègle qui fonde la règle, puis de la "méta-métarègle" qui fonde la métarègle. Derrière ce jeu de poupées gigognes la pensée "désenchanteresse" aura tôt fait de démasquer le montage illusoire d'un pouvoir dominant constituant par ce biais l'armature "mythologique"¹⁸² de son discours de vérité.

Cette aspiration métaphysique à une forme d'inconditionné a donc tenté plus d'une fois les juristes, qui ont prétendu dériver le droit d'une chaîne polysyllogistique progressant de conclusion en prémisses et de prémisses en conclusions pour atteindre un principe suprême dont tout le particulier pourrait se déduire logiquement¹⁸³. Ce penchant était vivement décrié par Nietzsche comme un fantasme du "despotisme logique"¹⁸⁴ né chez Socrate : "la croyance inébranlable que la pensée, en suivant le fil conducteur de la causalité, peut atteindre jusqu'aux abîmes les plus lointains de l'être et qu'elle est à même non seulement de connaître l'être, mais encore de le corriger"¹⁸⁵. En d'autres termes l'aspiration métaphysique est l'avatar d'une "conception théorique du monde" supplantant la vie par un rationalisme

¹⁷⁸ "Et en effet la perspective d'un arrière monde et l'épreuve de l'altérité constituent l'un des axes organisateurs de l'imaginaire humain. De même que la rencontre de l'infigurable infini indifférencié représente un horizon inéliminable et structurant pour la pensée", **M. GAUCHET** : "Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion", op. cit., page 135.

¹⁷⁹ Cité par **D. HOFSTADTER** : "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", Interéditions, Centre national des lettres, 1985, page 771.

¹⁸⁰ "L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale - norme supposée", **H. KELSEN** : "Théorie pure du droit", op. cit. page 224.

¹⁸¹ **H. L. A. HART** : "Le concept de droit", FUSL, Bruxelles, 1994, page 127.

¹⁸² **J. LENOBLE, F. OST** : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique", op. cit., page 7.

¹⁸³ **A. RENAUT** : "Kant aujourd'hui", op. cit., page 135.

¹⁸⁴ **F. NIETZSCHE** : "La naissance de la tragédie", Folio Essais, Gallimard, Paris, 1977 (pour la traduction française établie par **M. HAAR, P. LACOUÉ-LABARTHE et J. L. NANCY**), page 90.

¹⁸⁵ **F. NIETZSCHE** : "La naissance de la tragédie", op. cit., page 92.

dogmatique où l'abstraction des concepts l'emporte sur l'existence concrète de leurs objets¹⁸⁶. Cette volonté de réduire la profusion du réel pour la traduire en concepts abstraits manifesterait toujours selon Nietzsche une forme de nihilisme incapable d'assumer les différences, et qui n'aurait de cesse de réduire l'autre à soi-même¹⁸⁷. Les mésaventures de la transcendance – y compris celle qui prend la raison pour origine – dépassent donc largement le domaine juridique pour rejoindre la destinée de toute la rationalité occidentale vers un lieu où les idéologies et les valeurs universelles brûleraient sur un même autel. Transposé à la tradition juridique de facture romano-germanique, cet irrationalisme pourrait très naturellement nourrir une critique radicale de la posture contrefactuelle ou mimétique du droit moderne, et pointer d'un doigt accusateur l'illusion des grands codes napoléoniens homothétiques au réel et soucieux de tout rapporter à l'aune de la raison juridique.

On comprendra aisément que la survie contemporaine de la notion de principe, en dehors de toute solution dogmatique consistant à affirmer sa légitimité *ex-abrupto*, soit désormais tributaire de la déconstruction de son lien privilégié avec le concept de transcendance. Mais l'ontologie du principe peut-elle ainsi se décliner sur un mode "post-métaphysique", autrement dit peut-elle s'abstraire de toute référence à l'universel ? La fonction du droit, qui est de demeurer une instance critique par rapport au réel¹⁸⁸, est elle pour autant consubstantiellement et définitivement rivée à l'idée d'une transcendance radicale, même entendue sous la forme moderne d'un inconditionné rationnel de type "norme fondamentale" ? La réponse à ces questions se trouve sans doute moins dans l'abandon pur et simple de tout référent transcendant que dans l'aménagement et la recomposition de cette notion.

Littéralement, la transcendance désigne "ce qui s'élève au delà d'un niveau ou d'une limite donnée", et "ce qui ne résulte pas du jeu naturel d'une certaine classe d'êtres ou d'actions mais suppose l'intervention d'un principe extérieur et supérieur à celle-ci"¹⁸⁹. La compréhension du concept de transcendance se condense donc autour d'une double dimension *d'extériorité* et de *supériorité*. La dimension de supériorité, qui confère à la transcendance une connotation "verticale" peut être considérée comme une notion secondaire par rapport à celle d'extériorité, au sens où l'on peut envisager la supériorité comme une simple modalité de l'extériorité. En conséquence, un recentrage de la notion de transcendance des fondements du droit sur *l'extériorité* de ces fondements ménage la possibilité d'une "transcendance horizontale"¹⁹⁰. Abandonner l'hétéronomie verticale, telle pourrait être la première étape de ce remaniement de la notion de transcendance du droit, puisque la quête du

¹⁸⁶ S. GOYARD-FABRE : "Comment le droit a détruit le droit", *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, n° 77/2001 "Nietzsche et le droit", page 26.

¹⁸⁷ P. VALADIER : "Nietzsche et la noblesse du droit", *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, op. cit., page 32.

¹⁸⁸ A. RENAUT, L. SOSOE : "(...) il faut insister sur la fonction qui, à la faveur du regain d'intérêt et de considération dont il bénéficie, se trouve aujourd'hui primordialement reconnue au droit. Cette fonction, pour rassembler en un mot ses divers aspects, se trouve être essentiellement une fonction critique", "Philosophie du droit", op. cit., page 26.

¹⁸⁹ A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", "Transcendant", op. cit., page 1144.

¹⁹⁰ S. ANDRINI : "Le miroir du réel : essai sur l'esthétique du droit", op. cit., page 173.

"droit au delà du droit"¹⁹¹, avatar de la quête platonicienne des idées cachées sous les apparences sensibles, se révèle aussi vaine et infinie que l'antériorité du fondement du droit demeure indisponible¹⁹². Il faut donc retenir avec François Ost "qu'il n'est pas de force instituante qui ne prenne appui sur des formes instituées"¹⁹³ ou accepter comme y invite Pierre Bourdieu que "rien n'est donc plus vain, en ces matières, que l'ambition de la raison qui prétend se fonder elle-même, en procédant par déduction rigoureuse à partir de principes"¹⁹⁴.

On se donnera néanmoins le temps d'ouvrir la voie d'un second aménagement du concept de transcendance en travaillant cette fois la notion d'extériorité. Si le droit doit demeurer une instance critique par rapport au réel, cela n'implique pas nécessairement qu'il doive en être tenu séparé de manière radicale, ainsi le caractère socialement construit – et non plus révélé – de cette extériorité n'est pas *a priori* contradictoire avec sa fonction critique.

Finalement la notion de transcendance devrait pouvoir s'accommoder assez facilement d'une laïcisation et d'une relativisation, pour ne se maintenir dans son rôle de fondement du droit que dans les limites opératoires de "l'extériorité construite". Il ne reste plus qu'à en trouver l'expression juridique...

¹⁹¹ R. DWORKIN : "L'empire du droit", PUF, Collection "Recherches politiques", 1994 (1986 pour l'édition originale), page 435.

¹⁹² F. OST : "Le temps du droit", *op. cit.*, page 57.

¹⁹³ Ibid., page 63.

¹⁹⁴ P. BOURDIEU : "Méditations pascaliennes", *op. cit.*, page 114. Voir également dans ce même ouvrage : "Ainsi, le seul fondement possible de la loi est à rechercher dans l'histoire qui, précisément, anéantit toute espèce de fondement", *ibid.*

Chapitre III – Le principe juridique comme voie médiane entre autonomie et hétéronomie.

La pensée sur le droit s'est dotée d'outils théoriques qui prennent acte de cette crise de l'universel et ré-enracinent le juridique dans un environnement laïcisé et démythifié. Le droit issu de l'effondrement des transcendances, privé de toute référence externe dans un monde où les valeurs coexistent et se contredisent, devient "réflexif" et autoréférentiel¹⁹⁵ au sens où comme le disait Kelsen il règle lui-même sa propre création et se débarrasse de tout ce qui lui est étranger¹⁹⁶. La théorie de l'autopoièse part de ce constat¹⁹⁷ et le prolonge pour montrer que les sociétés occidentales se développent en produisant des systèmes autonomes qui s'apparentent à des cellules vivantes¹⁹⁸. Le système juridique se trouve ainsi épuré de toute référence à une transcendance, n'ayant nul besoin d'une "hiérarchie des normes, d'un principe régulateur ou d'une norme fondamentale"¹⁹⁹. Ainsi le droit coupé de toute ambition métaphysique s'affranchit du système religieux pour lui substituer ses propres critères de fonctionnement et devenir de plus en plus autonome, au risque de se couper des systèmes sur lesquels il est censé exercer une fonction régulatrice. L'autonomie de ces cellules "autonomes" allant de pair avec leur clôture, le droit ne tarde pas à perdre sa capacité d'action sur les autres systèmes sociaux qui développent une capacité de résistance à ses commandements. En outre, la concurrence avec d'autres systèmes pour la légitimité d'action sur le réel est le prix à payer de cet effondrement des transcendances, dans une course à l'auto-légitimation²⁰⁰ qui se déroule sur fond d'internormativité.

Cette résistance des systèmes autonomes pousse le droit à "l'empathie systémique"²⁰¹, c'est à dire à la nécessité de comprendre la logique interne des îlots de réalité sur lesquels il doit agir afin de parvenir à ses fins. Le droit, comme Michel Foucault le disait du pouvoir, devient séducteur et abandonne la tactique répressive pour développer les registres d'action incitative ou interactive qui ont été déployés depuis l'avènement de l'État providence²⁰² : "programmes conditionnels" octroyant des prestations selon un mécanisme normatif qui fonctionne sur le modèle condition/conséquence, "programmes

¹⁹⁵ **G. TEUBNER** : "Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation", Bruylant, LGDJ, Collection "La pensée juridique moderne", 1996, page 182.

¹⁹⁶ **H. KELSEN** : "Théorie pure du droit", Deuxième édition (1960) Traduction de C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, Paris, 1999, page 9.

¹⁹⁷ Sur les liens entre l'analyse autopoiétique du droit et la "Théorie pure du droit" de Kelsen voir **E. SERVERIN** : "Sociologie du droit", La découverte, Repères n°282, 2000, Paris, page 28, ainsi que **F. OST** : "Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31 : "Le système juridique", Sirey-CNRS, 1986, pages 141 à 144.

¹⁹⁸ Sur l'autopoièse telle que formulée par **H. MATUREANA** et **F. VARELA** avant son application au droit par **N. LUHMANN** et **G. TEUBNER** voir **F. OST** : "Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoiétique appliqué au droit", *op. cit.*, pages 135 à 138.

¹⁹⁹ *Ibid.*, page 140.

²⁰⁰ Le débat entre juristes, scientifiques et économistes sur la "juridicité" du principe de précaution en fournit un bon exemple.

²⁰¹ **C. A. MORAND** : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", *op. cit.*, page 127.

²⁰² Voir sur ce point **H. WILLKE** : "Trois types de structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés, programmes relationnels" in **C. A. MORAND (dir.)** : "L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", Publisud, Paris, 1991, page 65 et s. Voir également pour un tableau mettant en relation les différentes formes d'États et de droits **C. A. MORAND** : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", *op. cit.*, page 16.

finalisés" poursuivant une série d'objectifs au service desquels sont placés des moyens dont l'efficacité fait l'objet d'une évaluation, "programmes relationnels" établissant des rapports de contractualisation entre émetteur et destinataire de la norme pour produire un droit négocié et perpétuellement réajusté, "actes incitateurs" visant à la direction souple des conduites et dotés d'une faible densité normative. Cette norme, désormais désacralisée²⁰³ et descendue de son piédestal, doit anticiper les réactions de ses destinataires pour optimiser son efficacité et parvenir à construire des procédures permettant un discours intersystémique²⁰⁴. Une illustration de cette transformation du droit, qui procède par cycles itératifs et tient compte des réactions des destinataires de la norme peut être trouvée dans le jeu des articles 1 et 13 de la loi *d'orientation et d'incitation* du 20 mai 1998 relative à la réduction du temps de travail qui prévoient de différer une partie des mesures prévues en fonction des résultats d'un rapport à intervenir à mi-parcours²⁰⁵. Le droit, à l'image de la manière dont le professeur Michel Prieur qualifie la notion d'environnement, devient donc lui-même un droit "caméléon"²⁰⁶. Cette vision d'une société atomisée, faite d'îlots juxtaposés totalement isolés les uns des autres, manifesterait l'effet centripète de "l'effondrement des transcendances" et du "pluralisme des vérités" que pourrait caractériser cette formule de Luigi Pirandello : "il n'y a pas de réalité, à chacun sa réalité, que le plus puissant gagne"...

Un ré-enchantement du monde est-il seulement possible après constat aussi paralysant ?

La figure des principes du droit de l'environnement, vient au secours de ce dilemme entre auto-fondation et transcendance, ou entre autonomie et hétéronomie pour tenter, sinon d'y mettre fin, tout au moins de briser l'obstacle épistémologique²⁰⁷ qu'il constitue en ouvrant une voie médiane... Deux passerelles permettent de tenter de repérer la manière dont le capital de transcendance des principes a été réinterprété ou réinvesti au sein des systèmes juridiques "post-modernes" pour répondre aux apories d'un droit qui resterait clos sur lui-même : le rôle qui leur est dévolu dans le cadre d'un "positivisme critique", et la relativisation de l'opposition entre une vision du droit considéré comme produit de la seule volonté d'une communauté politique, ou *autonomie*²⁰⁸, et celle où la même communauté reçoit le droit de l'extérieur, ou *hétéronomie*²⁰⁹. Dans cette perspective le principe apparaît comme figure possible de "l'auto-transcendance", c'est à dire d'une construction sociale de l'hétéronomie qui vise à échapper aux apories de l'auto-référence.

La possibilité de la clôture et de l'autoréférentialité radicales d'un système axiomatique est démentie par le théorème d'incomplétude de Kurt Gödel qui démontre, dans le domaine des mathématiques,

²⁰³ P. AMSELEK : "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", in C. A. MORAND (dir.): "L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", op. cit., page 129.

²⁰⁴ H. WILLKE : "La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles", in P. AMSELEK et C. GRZEGORCYK (dir.) : "Controverses autour de l'ontologie du droit", PUF, Collection "Questions", Paris, 1989, p 161.

²⁰⁵ Voir les articles 1 et 13, JO n° 136 du 14 juin 1998, page 9037.

²⁰⁶ M. PRIEUR : "Droit de l'environnement", op. cit., page 1.

²⁰⁷ Pour une définition de cette notion évoquée plus haut voir G. BACHELARD "La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective", op. cit., page 13.

²⁰⁸ A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 101.

²⁰⁹ Ibid., page 412.

que tout système formel comporte des propositions indécidables, c'est à dire qui ne peuvent être prouvées à l'aide des ressources internes du système en cause²¹⁰. La question de la pertinence des analogies tirées de ce théorème pour l'appliquer aux sciences sociales a soulevé de nombreux débats dans lesquels il n'est pas possible d'entrer ici²¹¹. En se bornant à en faire une lecture très libre et simplement métaphorique on peut en déduire qu'un système juridique conçu comme une construction formelle ne peut se fonder exclusivement sur lui même et s'auto-légitimer, sauf à se retrouver dans une de ces situations de régression à l'infini illustrées par les "boucles étranges" du graphiste Hollandais Maurits Cornelis Escher. Un système juridique totalement clos sur lui même se retrouverait dans la situation de ces escaliers infinis où le début et la fin se rejoignent, et dont les personnages ne peuvent jamais sortir, circulant dans un décor en vase clos sans aucun lien avec l'extérieur²¹². Ces mondes, parfaitement cohérents en eux mêmes, présentent pourtant des "nœuds" inexplicables et qui renvoient au génie omnipotent de leur créateur, similaires à ceux auxquels se heurtent les systèmes d'intelligence artificielle qui prouvent que "les machines ne peuvent rien faire sans règles leur disant de le faire"²¹³. Comme en atteste le théorème de Gödel, le système formel a besoin d'une forme d'extériorité fondatrice ou critique qui empêche que ne surviennent des propositions indécidables. L'analogie que l'on se proposera de formuler plus loin est relative aux lacunes des systèmes juridiques. En posant l'hypothèse de la complétude des systèmes juridiques formalisés, la moindre lacune apparaît comme une proposition indécidable et conduit à se référer à un niveau supérieur, qui ne peut être que celui des principes. La question de la transcendance se repose donc inlassablement, au cœur même des théories qui ont visé à en affranchir le droit, mais sous des traits qui se modifient et perdent leur connotation religieuse pour devenir des questions de pure logique.

Il s'agit, pour tenter sortir de ces apories, de construire une forme de transcendance du droit, ou d'hétéronomie, qui lui permette de maintenir sa capacité critique ou évaluatrice sur le réel. Le point de départ de cette recherche a été formulé par François Ewald analysant les travaux de Michel Foucault sous l'angle du droit, puis par Luc J. Wintgens comme un "positivisme critique"²¹⁴, c'est à dire un dépassement du positivisme qui permette au droit de retrouver une capacité d'évaluation légitime des

²¹⁰ E. NAGEL, J.R. NEWMAN, K. GÖDEL, J. Y GIRARD : "Le théorème de Gödel", Seuil, Paris, 1989.

²¹¹ Voir sur ce point J. BOUVERESSE : "Dans la plupart des discussions philosophiques sur le théorème de Gödel, on a tendance à confondre deux notions bien différentes d'indécidabilité : celle d'indécidabilité relative et celle d'indécidabilité absolue. Il n'est jamais question chez Gödel que d'indécidabilité relative, c'est à dire d'indécidabilité par rapport à un système formel ou à une classe de systèmes formels d'une certaine espèce", in "Prodiges et vertiges de l'analogie. De l'abus des belles lettres dans la pensée", Éditions Raisons d'agir, Paris, 1999, page 84.

²¹² Voir par exemple in B. ERNST : "Le miroir magique de M.C. ESCHER", Taschen, Berlin, 1986, les œuvres suivantes : *La relativité*, lithographie, 1953, page 47 ; *En haut et en bas*, lithographie 1947, page 52 ; *Cage d'escalier*, lithographie, 1951, page 55 ; *Mouvement perpétuel*, lithographie, 1961, page 89 ; *Montée et descente*, lithographie, 1960, page 91.

²¹³ D. HOFSTADTER : "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", Interéditions, Centre national des lettres, Paris, 1985, page 771.

²¹⁴ Le cadre théorique d'un "positivisme critique" est traduit selon L. J. WINTGENS par les quatre thèses suivantes : "1 - Le droit règle lui-même sa propre création, 2 - La violation d'une règle morale par le droit n'enlève pas le caractère juridique de ce dernier, 3 - En cas d'immoralité excessive, la règle juridique peut ne pas être obéie ou appliquée, 4 - La compréhension du droit ne procède pas uniquement d'une théorie morale, mais également d'autres disciplines ayant le droit pour objet, comme l'économie, la sociologie etc..." in "Droit, principes et théories : pour un positivisme critique", Bruylant, Bruxelles, 2000, page 28.

pratiques sociales sans tomber dans les pièges de la circularité²¹⁵. Cette attitude, opérant comme un retour de balancier, tempère l'opposition d'Hans Kelsen aux thèses jusnaturalistes alors dominantes, et manifeste un retour à une conception du droit ouverte sur d'autres disciplines permettant d'en assurer une critique externe. La question se résume donc au choix d'un point d'ancrage critique pour évaluer les systèmes juridiques d'un point de vue qui ne soit pas celui, camouflé sous les traits d'une construction universalisante, du pouvoir dominant. Car tel est peut-être l'héritage de la pensée post-métaphysique d'avoir trop amalgamé la production sociale de l'universel et l'exercice d'un pouvoir dominant, au point que la disqualification des usages mystificateurs de la transcendance finit par atteindre la notion de transcendance elle-même. Or, il est désormais évident que la capacité à produire de l'universel est une faculté essentielle des systèmes juridiques confrontés à des situations de pluralisme des réalités. Il faut donc parvenir à dissocier les usages illégitimes de la transcendance de la notion de transcendance elle-même. À l'universel "déconstruit" succède donc un universel "reconstruit", déparé des attributs de l'objectivité, et devenu simple technique politique de "solennisation" des enjeux, qui devrait pouvoir être mis au service de valeurs légitimées démocratiquement pour venir constituer une sorte "d'hétéronomie opératoire".

En risquant une analogie quelque peu intuitive, métaphore prudente tirée du théorème de Gödel²¹⁶, il est ici possible de se laisser guider tout droit vers le principe comme figure de cette auto-transcendance. Il s'agit de montrer que dès que le droit, considéré ici comme un système clos sur lui-même, se trouve privé de référence à une extériorité critique, il se produit une réaction interne au système qui vise à générer cette transcendance non plus sur le mode de la révélation d'une extériorité radicale mais sur le mode pragmatique de la quête d'une instance critique. Pour faire le lien entre le surgissement de cette transcendance et les principes il est possible de se référer, en guise de démonstration, à l'utilisation de la technique des principes généraux du droit par le Conseil d'État dans le système juridique français à l'issue de la seconde guerre mondiale.

Le contexte historique de l'occupation se voyait précisément enfermé dans un système juridique "autonome", à la légitimité plus que discutable, qui ne permettait pas de résoudre ce que Léo Strauss appelle le "dilemme de la loi injuste"²¹⁷, c'est à dire l'hypothèse où un système juridique comporte des dispositions manifestement iniques mais juridiquement et formellement valides. Ce cas de figure a trouvé à se vérifier sous le régime de la "Révolution nationale" de Vichy, de juillet 1940 à août 1944, qui en a donné une triste illustration dans le cadre des diverses lois relatives à la condition des juifs. La contradiction entre la "légalité" ou la "validité", concepts qui sanctionnent la correction formelle des

²¹⁵ F. EWALD : "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", op. cit., page 137.

²¹⁶ Comme y invitent J. BOUVERESSE in "Prodiges et vertiges de l'analogie", op. cit., page 83 et D. HOFSTADTER : "Je pense que la traduction du théorème de Gödel dans d'autres domaines peut avoir une valeur inspiratrice, à condition qu'il soit bien précisé à l'avance que cette traduction est métaphorique et ne doit pas être prise au pied de la lettre", in "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", op. cit., page 785.

²¹⁷ L. STRAUSS : "Droit naturel et histoire", op. cit., page 14.

propositions internes au système juridique, et la "légitimité" qui sanctionne leur conformité matérielle à des valeurs morales supérieures, a constitué, comme l'ont montré les historiens, une "fêlure" qui a marqué toute l'histoire des institutions de la seconde moitié du XX^{ème} siècle²¹⁸. Lorsque sont promulguées les lois du 3 octobre 1940 et du 2 juin 1941 relatives au statut des juifs – on dénombre au total 28 lois et 19 décrets qui y sont consacrés²¹⁹ – l'hypothèse de la loi injuste est clairement avérée puisque ces textes, adoptés par le régime en place depuis le 10 juillet 1940, contredisent radicalement la tradition juridique qui, depuis la Révolution de 1789, avait aboli toute distinction entre les citoyens pour proclamer leur égalité de droit²²⁰. La validité de ces normes au regard du système clos qu'avait scellé le vote de l'Assemblée nationale et du Sénat le 10 juillet 1940 en confiant tous les pouvoirs au maréchal Pétain à l'effet de promulguer une nouvelle Constitution de l'État français, conduisit nombre de fonctionnaires refusant de subordonner la validité du droit positif à un jugement moral externe au système, à contribuer par leur passivité à banaliser un droit ouvertement antisémite²²¹.

Les conséquences de cette attitude ont eu un pendant juridictionnel, lorsqu'il a fallu en venir au "châtiment exemplaire" promis par la radio de Londres et juger les délateurs et les collaborateurs responsables de la déportation des juifs et des résistants. Pour éviter les dérapages d'une épuration sauvage le gouvernement provisoire formé par le Général de Gaulle avait créé des juridictions et institué des procédures spécifiques pour juger ceux qui s'étaient rendus coupables, selon l'article 75 du code pénal, "d'intelligence avec l'ennemi"²²². Mais la plupart des décideurs alors en poste et traduits en justice se retranchaient derrière les consignes issues de leur hiérarchie et invoquaient leur strict respect d'un droit qui certes avait "banalisé le mal", mais qui était néanmoins le droit valide. La propension à accepter la validité des règles en place sans contester leur légitimité a été largement dénoncée par Hannah Arendt comme l'un des terrains de prédilection du totalitarisme²²³. Dans un tel cas de figure le

²¹⁸ Voir par exemple **R. RÉMOND** : "Vichy a inscrit sa trace dans notre histoire par l'ébranlement des institutions. La dissociation qui s'est opérée à cause de lui entre la légalité et la légitimité, entre le pouvoir qui se prévalait d'une légitimité formelle et d'autres qui se réclamaient d'une autorité morale supérieure, est un fait capital. (...) Que la désobéissance au pouvoir ait pu devenir la forme supérieure du devoir a causé un ébranlement qui a affaibli l'autorité dans tous les domaines", in "Histoire de France. Tome 6 : Notre siècle, 1918-1991", sous la direction de J. FAVIER, Fayard, Paris, 1991, page 338-339.

²¹⁹ Voir pour une liste non exhaustive de ces textes et de leur contenu **D. LOSCHAK** : "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", **CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (dir.)** : "Les usages sociaux du droit", PUF, Paris, 1989, page 257.

²²⁰ **R. RÉMOND** : "Notre siècle", op. cit., page 314.

²²¹ "La plupart des juristes ont considéré que l'ordre juridique issu de la "Révolution nationale" était un ordre juridique valide, et que le droit antisémite, en particulier, dès lors qu'il était effectivement en vigueur, pouvait et devait être étudié avec les mêmes concepts et la même technique que d'autres branches plus "classiques" du droit", in **D. LOSCHAK** : "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", op. cit., page 267. Une réponse à été donnée à cet article dans le même ouvrage par **M. TROPER** : "La doctrine et le positivisme. À propos d'un article de Danièle LOSCHAK" in "Les usages sociaux du droit", op. cit. pages 286-292.

²²² **R. RÉMOND** : "Notre siècle", op. cit., page 350.

²²³ Voir sur ce point ses remarques sur la "totale absence de pensée" d'Eichmann : "Il fonctionnait dans son rôle de grand criminel de guerre aussi bien que sous le régime nazi ; il n'avait pas la moindre difficulté à accepter un système de règles absolument différent. Il savait que ce qu'il avait alors considéré comme un devoir s'appelait maintenant un crime, et il acceptait ce nouveau code pénal comme un nouveau langage, sans plus", et de préciser plus loin en généralisant "En prévenant l'examen de ses dangers, elle (la non pensée) enseigne aux gens à s'attacher fermement à tout ce que peuvent être les règles de conduite prescrites par telle époque, dans telle société (...) Qu'apparaisse alors un individu qui, pour une raison ou pour une autre, dans n'importe quel but, prétende abolir les anciennes "valeurs" ou vertus, cela lui sera facile s'il produit un nouveau code, il n'aura besoin ni de force ni de persuasion, d'aucune preuve montrant

juge se trouve en face d'une proposition "indécidable" qui nécessite un sursaut hors du système juridique ayant conduit à la production de normes iniques, c'est à dire la recherche d'un étalon du juste et de l'injuste qui soit extérieur et supérieur au droit positif valide. Si un tel sursaut est impossible, c'est à dire en l'occurrence si aucune norme juridique supérieure ne peut être invoquée, alors se produit un retour sur les ressources internes du système qui se réfère à ses niveaux inférieurs pour générer un nouveau critère de référence²²⁴.

Ce "sursaut" a pris en l'occurrence plusieurs visages, au premier rang desquels s'est trouvé convoquée la notion de principe juridique lors du procès de Nuremberg²²⁵. La première de ces manifestations a emprunté la voie solennelle de l'enrichissement de la supra légalité par voie de déclaration de droits fondamentaux dans le domaine international comme par exemple avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950. Mais il a également fallu, pour respecter le principe *nullum crimen sine lege*, recourir à une autre technique qui a consisté pour le Conseil d'État à faire surgir, par induction amplifiante, une norme à valeur législative²²⁶ en partant du constat des points de convergences du droit positif. Ce procédé, pratiqué tacitement par cette juridiction depuis le XIX^{ème} siècle²²⁷, consiste à faire apparaître une norme transcendante mais non exprimée comme telle dans le système juridique où elle demeure à l'état latent. Cette norme, le "principe général du droit", est constituée à partir d'une théorie qui peut tout à fait s'analyser comme une manifestation d'auto transcendance à partir des ressources internes d'un système. L'existence et la formulation du principe sont induites d'une convergence de manifestations de droit positif qui s'en inspirent implicitement. Ces principes, comme le souligne la doctrine avec une certaine insistance, ne sont pas créés mais "découverts" par le juge, et résident à l'état latent au sein du système juridique²²⁸. Outre que le

que les nouvelles valeurs sont meilleures que les vieilles pour les imposer", **H. ARENDT** : "Considérations morales", Rivages poche, traduction de M. DUCASSOU et D. MAES, 1996 (1971 pour l'édition originale), Paris, page 26 et page 55.

²²⁴ "L'ironie, c'est qu'une fois que vous vous êtes ainsi heurté la tête au plafond et que vous ne pouvez plus sortir du système pour recourir à une autorité supérieure, il ne vous reste plus qu'à en revenir à des forces qui semblent moins bien définies par les règles, mais qui sont néanmoins la seule source de règles de plus haut niveau : les règles de niveau inférieur(...)", **D. HOFSTADTER** in "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", *op. cit.*, page 780

²²⁵ "L'idée qui a dominé le procès de Nuremberg était que les crimes abominables commis par les dirigeants de l'Allemagne hitlérienne ne pouvaient pas échapper à la justice, même en l'absence de dispositions légales expresses, à moins de considérer comme telles les règles du droit international public. Il fallait donc, pour respecter le principe *nullum crimen sine lege*, pas de crimes sans loi préalable, affirmer l'existence d'un principe général reconnu par les nations civilisées, concernant le respect de la dignité de la personne humaine", **C. PERELMAN** : "Logique juridique, nouvelle rhétorique", DALLOZ, Paris, 1999, page 75.

²²⁶ **G.VEDEL, P. DELVOLVÉ** : "Droit administratif", Thémis droit public, 12^e édition, Tome 1, PUF, Paris, page 475.

²²⁷ Voir dans ce sens **B. GENEVOIS** : "Le fait pour le Conseil d'État de fonder ses décisions sur de principes non écrits est très ancien. Laferrière faisait état des principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public administratif" in Encyclopédie DALLOZ Contentieux administratif : "Principes généraux du droit", Paris, octobre 2000, page 7. Voir également pour l'utilisation précoce de cette technique par une autre juridiction : "C'est en les conciliant avec les principes généraux du droit que les textes spéciaux régissant l'administration devaient être interprétés et appliqués", Tribunal des Conflits, 8 février 1873 : "Dugave et Bransiet", Rec., 1^{er} supplément, page 70.

²²⁸ Voir dans ce sens, et quasi généralement, **G.VEDEL, P. DELVOLVÉ** : "Droit administratif", *op. cit.*, page 473 ; **R. CHAPUS** : "Droit administratif général", *op. cit.*, page 85 ; **J. RIVERO, J. WALINE** : "Droit administratif", *op. cit.*, page 73 ; **G. BRAIBANT et B. STIRN** : "Le droit administratif français", *op. cit.*, page 222.

vocabulaire utilisé pour décrire ces principes est emprunt d'un jusnaturalisme latent²²⁹, ce qui corrobore la thèse de la permanence de ce mode de problématisation du droit, il offre une illustration des "hiérarchies enchevêtrées" de Douglas Hofstadter : c'est ici le niveau inférieur, la concordance au sein du droit positif d'une série de dispositions convergentes, qui commande le niveau supérieur, court-circuitant le modèle classique de la hiérarchie des normes. La valeur "supra-décrétale et infra-législative"²³⁰ de ces principes, qui forment un socle de légalité implicite, témoigne de leur capacité à jouer un rôle de référent critique pour l'administration.

Pour François Ewald ce phénomène s'intègre dans une visée historiciste, au sens où ces principes généraux du droit "exprime(nt) une sorte de volonté de la société de se lier à elle-même à travers sa propre histoire, son héritage, son patrimoine juridique et constitutionnel"²³¹ et manifestent la recherche des racines historiques d'un système juridique dans un contexte d'abandon des références à la nature. C'est la continuité historique qui se manifeste au travers des principes généraux du droit, c'est donc à l'histoire que revient la mission d'assurer cette transcendance du droit sur lui-même, c'est à cette histoire enfin qu'il en sera appelé pour résoudre la question de la loi injuste, du régime politique qui parvient à imposer un régime du type de celui mis en place par les nazis. Il faut pourtant modérer ce point de vue qui place ses espoirs dans une histoire nécessairement changeante, ce qui reviendrait à déterminer le droit par la tradition, comme le fit en son temps l'école du droit historique²³².

Cette manifestation de surgissement d'une transcendance à partir des ressources d'un système caractérise cette "hétéronomie construite" dont les principes généraux – considérés ici indépendamment des différences entre principes écrits et principes non écrits – semblent être devenus la principale figure. Que cette inclination soit consciente ou non de la part de la doctrine, la figure des principes du droit de l'environnement s'est d'ailleurs trouvée spontanément investie d'une problématique formulée en termes d'auto-transcendance. Cette orientation fut déterminée d'abord par le champ sémantique du mot principe, qui a été choisi parmi d'autres²³³ pour désigner ce type de normes, et ensuite par le contenu matériel des principes qui s'est trouvé relié pour la plupart d'entre eux à une temporalité longue (comme la prévention, la précaution ou le développement durable) ou à des impératifs quasi eschatologiques (comme la notion d'irréversibilité ou de dommage grave). La formulation de l'exposé des motifs et des considérants du projet de Charte de l'environnement de 2005 est également imprégnée de cette rhétorique de l'auto-transcendance, puisqu'elle indique par

²²⁹ Voir sur ce point **A. LEFAS** : "Essai de comparaison entre le concept de natural justice en droit administratif anglo saxon et les principes généraux du droit ainsi que les règles générales de procédure correspondant en droit français", *Revue internationale de droit comparé*, 1978, page 745.

²³⁰ **R. CHAPUS** : "Droit administratif général", Tome 1, 12^{ème} édition, Domat Montchrestien, Paris, 1998, page 99

²³¹ **F. EWALD** : "Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit", *Critique*, 1986, page 792.

²³² "(...) Savigny et ses disciples entendent affirmer le fondement populaire et organique du droit, ancré dans la tradition nationale, ainsi que, au plan des sources du droit, la prévalence de la coutume et de la doctrine par rapport à la loi. (...) À l'opposé des codificateurs qui prétendent dériver le droit de principes a priori de la raison, l'École du droit historique désigne son fondement dans les nécessités internes, historiquement et organiquement développées, de chaque nation", **F. OST** : "Le temps du droit", op. cit., pages 67 et 68.

²³³ Comme par exemple "dispositions générales", "généralités" ou "directives générales".

exemple que "nous sommes sans doute une des dernières générations qui peut éviter des dommages irréparables"²³⁴. La formulation du principe de précaution au sein de ce document constitue également une manifestation particulièrement claire de cette tendance puisqu'elle semble faire référence à un principe extérieur et supérieur. Il y a lieu de noter également que cette charte intervient en dehors de tout changement de régime et qu'elle atteste donc d'un sursaut non dicté par des circonstances politiques troubles ou par la conjoncture. Ainsi ces principes, adoptés par le législateur et par le pouvoir constituant une vingtaine d'années après les premiers grands textes fondateurs du droit de l'environnement et donc *a posteriori*, semblent manifester à la fois un souci d'autonomie du corpus juridique environnemental, et l'inscription dans un registre transcendant qui semble en appeler à une forme d'auto-dépassement. Le phénomène témoigne de "l'enchevêtrement des sphères du négocié et de l'imposé", qui montre que l'autonomie "finit toujours par s'inscrire dans un au delà d'elle même qui ne se ramène pas aux figures de l'extériorité radicale ou de l'hétéronomie"²³⁵. Du côté de l'autonomie, on peut mentionner ici le fait que les principes proviennent des ressources internes du système, au sens où ils en constituent ce que l'on a appelé le "condensé paradigmatique", chaque norme environnementale détaillée se trouvant contenue dans l'un des quatre principes fondamentaux qui structurent la matière et en constituent la quintessence. C'est ce que l'on a tenté de montrer plus haut en isolant la dimension représentative des principes. Du côté de l'hétéronomie ensuite, les principes sont tout d'abord issus du contexte international, et donc d'un ordre transcendant l'ordre juridique national, ils reflètent ensuite des impératifs de dépassement du court terme, de prise en compte des incertitudes qui sont autant de manifestations d'une transcendance "objective" surplombant les certitudes scientistes des sociétés post-industrielles.

Il ne reste donc plus beaucoup de traces de la connivence étymologique du principe avec la transcendance, si ce n'est une simple "symbolique de la transcendance" qui tend à montrer que les communautés politiques ont pris conscience du caractère socialement construit de l'hétéronomie. Les principes se trouvent investis d'un rôle de référent critique sur le mode du "comme si", de la même manière que l'état de nature décrit par Thomas Hobbes pour fonder sa théorie du contrat social était entendu comme une fiction. Tel est également le statut de la transcendance des principes, qui jouent le rôle de fiction opératoire et nous contraignent à accepter que la transcendance est désormais une construction sociale. Mais ce jeu infini se dérobe en abîme, puisqu'à partir du moment où les conditions de production de la transcendance sont maîtrisées, la transcendance s'échappe et renaît quelques temps après, sous une nouvelle forme.

²³⁴ Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Exposé des motifs, 17 juillet 2003, http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_charteenviro.htm

²³⁵ F. OST : "Du Sinai au champ de Mars : l'autre et le même au fondement du droit", op. cit., page 86.

Conclusion du Titre Premier

Telle est donc la nature de la charge métaphysique et "post-métaphysique" qui imprègne la figure du principe juridique, et qui se trouve transposée dans le champ environnemental national depuis le recours du législateur en 1995 à cette technique d'expression normative en pleine expansion, et par sa reformulation dans la Charte de l'environnement du premier mars 2005. Les déterminations plus strictement juridiques du recours à la notion de principe écrit y font écho d'une manière qui n'est pas toujours très lisible, même si les travaux préparatoires de la loi du 2 février 1995 et surtout ceux de la Charte constitutionnelle de 2005, notamment la formulation des considérants de son préambule, sont véritablement imprégnés d'une rhétorique de l'auto-transcendance. Sur le plan de la technique juridique en revanche, le lien entre la volonté d'exprimer une nouvelle forme d'hétéronomie et la création d'un outil juridique *sui generis* ne va pas sans raviver les récriminations traditionnelles contre un "existentialisme juridique", tant l'existence de la catégorie des principes écrits semble, comme on va le voir maintenant, avoir précédé toute forme de systématisation juridique de leur essence.

Titre deuxième

La réception d'une notion juridique incertaine en droit de l'environnement.

Si l'on se place sur le terrain de la littérature doctrinale, le principe juridique écrit est usuellement présenté comme une notion très prisée, voire omniprésente, du droit de l'environnement. À tel point que l'interrogation de sa réception dans ce champ en termes de spécificité ou de consubstantialité est l'un des réflexes les mieux partagés par la doctrine ; le principe juridique écrit, rebaptisé "principe directeur", serait une norme caractéristique du droit de l'environnement. Pourtant deux remarques en forme de nuance, simplement dérivées de l'observation des faits, doivent ouvrir ce titre consacré à l'acclimatation de ce concept en droit de l'environnement.

Il faut tout d'abord constater que si le législateur n'a pas attendu la codification de cette "branche" du droit pour faire apparaître des principes juridiques écrits dans son corpus inaugural, puisque leur présence anticipait de cinq années cette codification²³⁶, l'irruption des principes environnementaux dans le champ juridique national est le fait d'une loi qui est intervenue près de vingt ans après la promulgation des premières lois environnementales. Ce constat, qui ne constitue certes qu'un indice, donnerait plutôt à penser que le développement des principes écrits est un phénomène distinct de l'émergence du droit de l'environnement, qui certes l'a *affecté*, mais n'y a aucunement *trouvé son origine*. Ensuite, et ce constat confirme le précédent, l'affirmation d'une antériorité et d'une exclusivité de l'apparition du principe juridique écrit en droit de l'environnement, justifiant la délivrance de ce brevet de spécificité, méconnaît l'ancienneté et la transversalité avérées de l'usage de la notion dans de nombreuses autres branches du droit, à des niveaux hiérarchiques et dans des champs extrêmement divers.

La question de la spécificité des principes du droit de l'environnement doit donc être reposée à la lumière de ces faits qui la font se dérober en abîme : quelle spécificité, quelle mesure de la spécificité, et surtout par rapport à quelle norme de référence ? La spécificité, comme on a eu l'occasion de le montrer, est un concept éminemment relatif, et toute comparaison nécessite la construction d'un référentiel à l'aune duquel s'établit une échelle des dissemblances/ressemblances²³⁷. C'est donc à la réunion de ces données préalables à une comparaison, seule à même de démontrer une quelconque spécificité, que les deux chapitres de ce titre deuxième seront consacrés. On s'attachera d'abord, en approfondissant les deux constats opérés ci-dessus et en s'écartant dans un premier temps du champ environnemental, à isoler le corpus des "principes juridiques écrits" qui prospère dans le champ du droit français, pour vérifier ensuite s'il constitue bien une catégorie normative à part entière (**Chapitre I**). On analysera seulement ensuite en profondeur la structure des principes environnementaux sous l'angle de la légistique, comme représentants de cette catégorie (**Chapitre II**).

²³⁶ Et même si sa perspective constituait l'un des motifs déclarés de leur adoption.

²³⁷ Appelant de ses vœux une "théorie de la comparaison" en droit comparé P. LEGRAND la définit en ces termes : "C'est ainsi examiner comment le comparatiste procède à la délimitation d'un espace de pertinence alors qu'il se livre à la construction de l'objet de sa comparaison. C'est se demander comment le comparatiste arrête son choix d'une matrice rhétorique, d'une modalité de mise en intrigue, d'une stratégie explicative au moyen desquelles l'objet de sa comparaison est pensé", in "Le droit comparé", *op. cit.*, pages 12 et 13.

Chapitre I – Le principe juridique écrit dans le droit français : un corpus hétérogène et dénué de régime juridique propre.

Loin d'être une exclusivité environnementale, le principe juridique écrit est une norme extrêmement utilisée en droit français. Un recensement embrassant la plupart des champs du droit et tous les niveaux de la hiérarchie des normes permet de recueillir, sans difficultés, un corpus suffisamment fourni, ancien et transversal pour justifier la recherche du régime juridique qui lui serait attaché. Or à cet égard c'est un certain désordre qui tient lieu de fil directeur, ce qui fait de ce référentiel un outil de comparaison relativement incommode. Si la notion est en effet relativement *solennelle et encadrée* au niveau constitutionnel (**Section 1**), elle est en revanche beaucoup plus *banale et empirique* aux niveaux législatif et réglementaire (**Section 2**), ce qui permet de mettre en lumière au sein de chacun de ces niveaux et pour l'ensemble de la catégorie elle-même *l'absence de tout régime juridique uniforme* (**Section 3**).

Section 1 – L'encadrement relatif de la notion de principe juridique écrit au niveau constitutionnel.

Certaines catégories de principes constitutionnels ont été créées explicitement par le constituant originaire, même si cette qualification est parfois partagée avec celle de "droits"²³⁸. Le recours au qualificatif de "principe" dans le bloc de constitutionnalité n'étant pas homogène, le Conseil constitutionnel a pu élaborer des régimes juridiques distincts répondant aux deux catégories explicites de principes juridiques écrits qui lui ont été désignées comme telles par le constituant originaire (§ 1). Mais à côté de ces catégories de principes pré-établies par le pouvoir constituant ou à partir de celles-ci, le Conseil constitutionnel a également créé des catégories de principes écrits "dérivés" en se basant également sur des dispositions constitutionnelles non nécessairement qualifiées de "principes" par le constituant. Le souci du Conseil constitutionnel de maintenir leur lien privilégié avec le texte, sans les présenter comme un équivalent constitutionnel des principes généraux du droit administratif, nous permet de les considérer comme des "principes écrits" et non comme des normes purement jurisprudentielles (§ 2).

²³⁸ Ainsi par exemple, les normes contenues dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sont successivement qualifiées en partie liminaire de "droits inaliénables et sacrés" et de "principes simples et incontestables".

§ 1 – Le paysage ordonné des principes constitutionnels écrits originaires.

Le bloc de constitutionnalité crée plusieurs catégories de principes juridiques écrits. Situés pour l'essentiel dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de la Constitution de 1946, ils ne font partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité que par le fait d'une reconnaissance par étapes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La décision n°71-44 du 16 juillet 1971²³⁹ consacre la valeur constitutionnelle du Préambule de 1958 et des deux textes auxquels il renvoie, mais ces derniers ne seront expressément utilisés comme normes de référence que depuis la décision n°73-51 du 27 décembre 1973 pour la déclaration de 1789²⁴⁰, et la décision n°74-54 du 15 janvier 1975 pour le Préambule de 1946²⁴¹. Si la genèse de ces catégories de principes écrits prend pour point de départ la volonté du constituant originaire, qui leur donne une assise textuelle, leur régime juridique doit beaucoup au Conseil constitutionnel qui, partant des indications données par le texte, a échafaudé des normes distinctes. Il y a lieu également de noter que toutes les normes contenues dans les textes ajoutés au bloc de constitutionnalité en 1971 ne sont pas originellement qualifiées de "principes". Ainsi en va-t-il des dispositions de la Déclaration de 1789 qui sont qualifiées de "droits", même si le texte les mentionne également comme des "principes simples et incontestables", et si le Conseil a pu les désigner dans plusieurs de ses décisions comme des principes²⁴².

À s'en tenir aux catégories de principes juridiques écrits explicitement créées par le constituant il y a lieu de distinguer les *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, et les *Principes particulièrement nécessaires à notre temps*, tous deux issus du Préambule de 1946 mais distincts sur le plan conceptuel. Les premiers sont définis en compréhension, c'est à dire par le biais de l'exposé – laconique – de leurs caractéristiques générales (caractère fondamental et source dans une loi républicaine). Les seconds sont définis à la fois en compréhension (principes "politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps"), et en extension, puisqu'une liste limitative en est donnée ensuite par le préambule ("les principes ci-après"). En conséquence, si le Conseil a pu utiliser les principes particulièrement nécessaires à notre temps "prêts à l'emploi" figurant au sein du Préambule de

²³⁹ Décision du Conseil constitutionnel 71-44 DC, "*Liberté d'association*", 16 juillet 1971, voir **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, 11^{ème} édition, Paris, page 238.

²⁴⁰ "Considérant [...] que l'article 62 de la loi de finances pour 1974 tend à instituer une discrimination entre les citoyens [...] ; qu'ainsi, ladite disposition est porte atteinte au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 [...]", Décision du Conseil constitutionnel n°73-51 DC, "*Taxation d'office*", 27 décembre 1973, *Ibid.*, page 277.

²⁴¹ "Considérant qu'aucune des dérogations contenues par cette loi [...] ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictée par le même texte", Décision du Conseil constitutionnel n°75-54 DC, "*Interruption volontaire de grossesse I*", 15 janvier 1975, *Ibid.*, page 304.

²⁴² Voir la décision du Conseil constitutionnel n°81-132 DC du 16 janvier 1982, considérant n°15 : "Considérant que par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789", J.O. du 17 janvier 1982, page 299. Voir également pour un recensement très complet des décisions qui qualifient les "droits" de la déclaration de 1789 de "principes" **L. PHILIP** : "La valeur juridique de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel" in "Études offertes à Pierre Kayser", Tome II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, pages 317 à 337.

1946, il a du lui même préciser l'extension de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tout en affinant également leur compréhension par des critères plus précis.

A – Les "principes particulièrement nécessaires à notre temps" : des principes explicites.

Les "principes particulièrement nécessaires à notre temps" constituent une catégorie de principes écrits qui figure au sein de l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui précise que "[le peuple français] proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après". Ils constituent le plus fourni des trois éléments du Préambule de 1946, aux côtés de la réaffirmation des droits de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de 1789 et de la référence aux "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" envisagés ci-après. Ils se confondent donc pratiquement avec l'ensemble des dispositions du Préambule, alinéa 3 à 18, et le Conseil constitutionnel les utilise d'ailleurs en les qualifiant simplement de "dispositions du préambule"²⁴³. Leur première utilisation par le Conseil date de la décision dite "interruption volontaire de grossesse" du 15 janvier 1975²⁴⁴.

B – Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" : une "catégorie explicite de principes implicites".²⁴⁵

La catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est issue du préambule de la Constitution de 1946 où elle sert officiellement à consolider les acquis des lois républicaines depuis 1789²⁴⁶, et officieusement à faire consacrer la liberté d'enseignement à l'initiative du Mouvement des républicains populaires contre l'opposition d'alors²⁴⁷. La formule utilisée par les constituants de 1946, empruntée à la loi du 31 mars 1931 qui qualifiait de "principe fondamental

²⁴³ L. FAVOREU : "Dualité ou unité de l'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ?", in "Conseil constitutionnel et Conseil d'État", Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, Paris, 1988, page 150.

²⁴⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 74-54 DC, voir notamment le considérant n°10 "Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi (...) ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé", Recueil page 19.

²⁴⁵ L'expression est empruntée à V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", Thèse droit public, PUAM, ECONOMICA, Collection droit public positif, Paris, 2001, page 33.

²⁴⁶ Ainsi par exemple la liberté d'association (décision 71-44 DC du 16 juillet 1971), le respect des droits de la défense (décision 76-70 DC du 2 décembre 1976), la liberté d'enseignement (décision 77-87 DC du 23 novembre 1977), ou l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (décision 83-165 DC du 20 janvier 1984) in L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", *op. cit.*, page 255.

²⁴⁷ Selon les propos de B. GENEVOIS, relatant un entretien avec l'un des membres du MRP, L. de TINGUY, ayant siégé à l'Assemblée constituante : "Il me raconta comment, après l'échec d'une tentative visant à introduire la liberté d'enseignement par le biais d'un renvoi aux déclarations de droit antérieures, cette insertion fut obtenue à travers la référence aux PFLR", B. GENEVOIS : "Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", *RFDA* n°3/1998, page 479.

reconnu par les lois de la République" la liberté d'enseignement²⁴⁸, n'aurait certainement pas connu le destin juridique qui a été le sien si le Conseil constitutionnel ne s'en était servi pour enrichir la base textuelle du contrôle de constitutionnalité des lois en consacrant sous cette forme des dispositions d'origine législative.

L'intérêt de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réside dans le fait qu'elle met en place une "catégorie explicite de principes implicites", c'est à dire qu'elle ouvre au juge constitutionnel un espace matériel de découverte de nouvelles normes sous réserve qu'elles remplissent les conditions que le juge a dérivées des textes²⁴⁹. Si ces principes ne doivent donc pas leur essence au juge, ils lui doivent leur existence. Autrement dit, la compréhension du concept de principe fondamental reconnu par les lois de la République a été dessinée par le constituant de 1946, mais son extension a été précisée au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Même si "il n'est pas toujours aisé de savoir quel type de raisonnement assure, pour les acteurs du droit comme pour la doctrine, le passage entre les textes de référence et le principe fondamental"²⁵⁰, le souci de rattachement du principe à un texte est présent sous des formes diverses²⁵¹, dans chacune des décisions où le conseil les utilise comme prémisse majeure.

En outre, depuis son arrêt "Koné" du 3 juillet 1996 le Conseil d'État s'est reconnu également le droit de reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁵², dans le champ du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, mais sans préciser si ses critères recoupaient ceux dégagés par le Conseil constitutionnel.

§ 2 – Le paysage désordonné des principes écrits dérivés des textes par le juge.

Depuis sa décision du 16 juillet 1971 le Conseil constitutionnel s'est reconnu le droit de découvrir des principes à valeur constitutionnelle non seulement dans les lois de la République, mais également au sein de l'ensemble du matériau textuel constitutionnel, par déduction de sous principes plus précis²⁵³. Il s'est donc affranchi des catégories de principes écrits "prédéfinies" par les constituants, comme pour

²⁴⁸ L. FAVOREU : "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", in O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.) : "Dictionnaire constitutionnel", PUF, Paris, 1992, page 825.

²⁴⁹ Ces conditions seront examinées plus loin, dans le cadre de l'identification des principes du droit de l'environnement, voir infra page 111.

²⁵⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", op. cit., page 122.

²⁵¹ Voir l'ouvrage précité, page 123, pour l'identification des quatre formes de raisonnement utilisées par le Conseil constitutionnel pour rattacher les PFLR à des dispositions textuelles préalables.

²⁵² "Que ces stipulations doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique" Conseil d'État, 3 juillet 1996, "Moussa Koné", N° 169219, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

²⁵³ "Du principe d'égalité des citoyens énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789, le Conseil déduit, entre de nombreux autres (égalité du suffrage, égalité devant les charges publiques), le principe d'égalité d'accès devant la justice", B. CHANTEBOUT, "Droit constitutionnel", Armand Colin, Paris, 2002, page 541.

signifier que l'habilitation tacite que lui donne le préambule de 1946 pour enrichir la liste des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République était insuffisante.

Ont donc ainsi été ajoutés aux normes de références du contrôle de constitutionnalité des *principes, dispositions, règles, exigences* ou *objectifs* à valeur constitutionnelle, mais également parfois de simples "exigences d'intérêt national" ou "objectifs légitimes"²⁵⁴. L'importance du lien de ces notions avec le texte, qui permet au Conseil constitutionnel de se protéger des accusations qui visent son pouvoir de création normative, fait l'objet de controverses doctrinales²⁵⁵. Certains auteurs y voient l'énoncé "particularisé" de dispositions textuelles inadaptées au contexte contemporain, ce en quoi ils se rapprocheraient d'une forme d'interprétation téléologique. D'autres y voient une manifestation apparentée à la technique des principes généraux du droit développée par le Conseil d'État. Dans les deux cas c'est toujours le postulat de la complétude des textes qui est en jeu, postulat impraticable dans les faits et qui est donc aménagé par des constructions théoriques qui, selon qu'elles désirent renforcer ou masquer le travail créatif du juge, font de ces principes un simple prolongement de normes écrites ou une création prétorienne plus librement assumée.

A – Les principes à valeur constitutionnelle.

Ils sont dérivés par le juge de la Constitution elle-même ou du préambule. Ont été consacrés sous cette forme la continuité du service public, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de dégradation ou encore la liberté de la femme²⁵⁶. Cette appellation est utilisée par le conseil constitutionnel pour des normes qui figurent expressément dans la Constitution comme le droit de grève, mais également pour des normes dont le rattachement au texte constitutionnel est plus évanescent, comme par exemple la continuité du service public²⁵⁷.

B – Les objectifs à valeur constitutionnelle

Les objectifs à valeur constitutionnelle sont apparus de manière prétorienne, dans la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982 relative à la loi sur la communication audiovisuelle, où la Haute juridiction a dégagé les objectifs à valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels²⁵⁸. Comme les principes à valeur constitutionnelle, ils sont appuyés sur des

²⁵⁴ Pour un recensement des décisions ayant invoqué ces diverses notions voir **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", Montchrestien, Paris, 1999, page 106.

²⁵⁵ *Ibid*, page 107.

²⁵⁶ Voir **M.A. COHENDET** : "Droit constitutionnel", Montchrestien, Focus Droit, 2^{ème} édition, 2002, page 55.

²⁵⁷ *Ibid*.

²⁵⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 82-141 DC : "Considérant qu'ainsi il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes

textes faisant partie du bloc de constitutionnalité²⁵⁹. Ce cantonnement plus ou moins fidèle au texte permet à certains de considérer ces objectifs comme un prolongement téléologique des normes constitutionnelles qui vise à "adapter aux situations concrètes des vérités philosophiques peu normatives tirées de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ou des Principes particulièrement nécessaires à notre temps"²⁶⁰. De la même manière que les techniques mentionnées ci-dessus, les objectifs à valeur constitutionnelle permettent donc d'enrichir et d'actualiser le bloc de constitutionnalité mais ici à partir des textes constitutionnels eux-mêmes, et au prix de raisonnements qui sont parfois contestés comme "divinatoires" tant le lien qui unit le principe originel et l'objectif qui en est tiré est parfois ténu²⁶¹.

C – Les exigences constitutionnelles.

Le terme, issu de la même technique de raisonnement que les objectifs à valeur constitutionnelle, a été utilisé par le conseil pour la préservation du pluralisme, la continuité de la vie nationale et l'équilibre financier de la sécurité sociale. Aux dires de certains les exigences seraient plus impératives que les objectifs, mais cette hiérarchisation des normes dérivées de la Constitution par le conseil constitutionnel est contestée²⁶².

Cette structuration relative de l'espace des principes constitutionnels fait place, au niveau des principes législatifs et réglementaires, à une profusion quelque peu désordonnée qui s'approche parfois de la confusion.

techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs à valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte", Recueil page 48, JO du 27 juillet 1982, page 2422, considérant n° 5.

²⁵⁹ "Il n'y a pas d'objectif de valeur constitutionnelle qui n'ait de parenté avec une norme écrite de rang constitutionnel. Le bloc de constitutionnalité sert donc toujours de passage obligé pour leur création", **B. FAURE** : "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", *RFDC* n°21/1995, page 56. On trouve parmi eux le "respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels", inspiré de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (ci-après "DDHC") qui pose la "libre communication des pensées et des opinions" (décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, Recueil page 48, considérant n° 5), le "pluralisme des quotidiens d'information politique et générale et la transparence des entreprises de presse" qui découle du même article 11 (décision n°84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, Recueil page 73), la "lutte contre la fraude fiscale" qui découle de l'article 13 de la DDHC posant le principe d'égalité des citoyens devant l'impôt (décision n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, Recueil page 86, considérant n° 33), la "possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent" découlant de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel "La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement (décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995, Recueil page 176, considérant n°7).

²⁶⁰ **B. FAURE** : "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", *op. cit.*, page 58.

²⁶¹ **B. JEANNEAU** mentionne l'ambiguïté du lien entre l'objectif à valeur constitutionnelle "d'apaisement social", qui conduit à permettre au législateur d'imposer à des employeurs la réintégration dans leur entreprise de salariés licenciés puis amnistiés, et le respect de l'ordre public, voir *RDP* 1989, p 660.

²⁶² *Ibid.*

Section 2 – La banalisation de la notion de principe écrit au niveau législatif et réglementaire.

La charge transcendante du principe écrit n'est plus, loin s'en faut, l'apanage des textes constitutionnels. Elle gagne de plus en plus massivement les autres degrés de la hiérarchie des normes, et ce d'une manière empirique qui conduit à une forme de banalisation. On montrera tout d'abord que cette technique d'expression normative n'est pas nouvelle dans le champ législatif (§ 1), qu'elle y concerne toutes les branches du droit (§ 2) et qu'elle se développe également au niveau réglementaire (§ 3).

§ 1 – Le développement des principes écrits n'est pas un phénomène législatif nouveau.

L'utilisation de la notion de principe par le législateur n'est pas propre à la Cinquième République. La loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre débute par un Titre premier consacré aux "Principes généraux", qui égrène une trentaine d'articles précisant les conditions d'applications des dispositions contenues dans la suite du texte, et fournissent une série de définitions légales²⁶³. D'autres textes, à cette même période, utilisent cette notion par substitution à la "disposition générale" qui procède davantage d'un souci d'ordonnement de la norme assez proche du couple "principe-exception", comme en témoigne l'opposition de cette formule avec les "dispositions spéciales", les "dispositions particulières" ou les "dispositions transitoires"²⁶⁴. Mais il est possible de remonter à la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État²⁶⁵ pour trouver des principes écrits qualifiés simplement de "Principes" par le Titre premier de la loi et la faisant commencer en ces termes : "La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt public".

La conclusion à tirer de cette brève incursion historique est qu'au début du XX^{ème} siècle la notion de "principe général" utilisée dans les textes est un substitut à la notion de "disposition générale". Elle renvoie donc davantage au couple "principe/exception", qui vient servir l'organisation logique de la matière légale, qu'aux principes juridiques solennels venant coiffer et synthétiser l'ensemble d'une branche du droit. Comme on va le voir, l'évolution vers cette forme de principes législatifs est difficile à dater et à mesurer car ne faisant pas état d'une tendance franche et continue. La présence des principes écrits dans les textes législatifs semble en effet relever à première vue d'un phénomène largement aléatoire.

²⁶³ Voir JO du 13 juillet 1938, citée par M. de BÉCHILLON : "La notion de principe général en droit privé", Thèse droit privé, Collection du laboratoire de théorie juridique, PUAM, Marseille, 1998, page 51.

²⁶⁴ Voir par exemple au sein de l'Ordonnance du 18 juin 1823 portant règlement sur la police des eaux minérales, qui comporte un titre premier intitulé "Dispositions générales", opposé au titre second qui concerne les "Dispositions particulières", Bulletin des lois, 7^{ème} s, B. 61, n° 15049.

²⁶⁵ Journal Officiel du 11 décembre 1905.

§ 2 – Les principes écrits sont présents dans toutes les branches du droit.

Pour ce qui concerne le droit positif contemporain des principes environnementaux, il faut d'abord relever que le recours au qualificatif de "principe" n'est pas propre au droit public ou au droit privé, ni même au sein de ces deux branches à tel ou tel champ du droit²⁶⁶. L'apparition des principes en droit de l'environnement ne possède à ce titre – quant au simple constat de leur présence – aucune antériorité ni exclusivité.

On trouve ainsi dans le *Code des douanes* un Titre premier intitulé "principes généraux du régime douanier" qui comporte lui-même trois chapitres de dispositions qui ont reçu la qualification de principe général. Le *Code pénal*, au sein du Livre premier consacré aux "Dispositions générales" et du Titre premier consacré à la "Loi pénale", dédie un Chapitre premier aux "Principes généraux", qui comporte 5 articles. De même, la partie législative du *Code général des collectivités territoriales* comporte un Livre premier intitulé "Principes généraux de la décentralisation", qui comporte notamment le principe de libre administration. Le Livre premier du *Code de l'éducation* s'intitule "Principes généraux de l'éducation", et comporte plus de cinquante articles. La partie législative du *Code forestier* comporte un Livre préliminaire intitulé "Principes fondamentaux de la politique forestière" qui comporte 14 articles. La nouvelle partie législative du *Code de la santé publique* comporte un chapitre I intitulé "Principes généraux" au sein du Titre I consacré aux droits des personnes malades et des usagers du service de santé. Le *Code du service national* comporte un Chapitre premier intitulé "principes" comportant trois articles au sein du Titre I consacré aux dispositions générales relatives au service national. Le Livre 2 du *Code du travail* consacré à la "réglementation du travail" comporte un Titre 3 relatif à "l'hygiène, la sécurité, et les conditions de travail" qui contient un chapitre préliminaire intitulé "principes généraux de prévention" comportant cinq articles. Le Titre premier du nouveau *Code des marchés publics* est intitulé "Champ d'application et principes fondamentaux" et comporte quatre articles. Le livre premier du nouveau *Code de procédure civile* comporte un titre premier consacré aux "dispositions communes à toutes les juridictions" qui contient un chapitre premier intitulé "principes directeurs du procès". Le *Code de l'action sociale et des familles* comporte un titre premier intitulé "principes généraux", qui comporte vingt deux articles. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale²⁶⁷ insère dans le *Code civil* un nouvel intitulé et une nouvelle division qui regroupe les articles 372 à 373-3 de ce code sous l'appellation "principes généraux". La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale²⁶⁸ qui comporte un chapitre premier intitulé "principes fondamentaux" qui comporte treize articles. La loi

²⁶⁶ Même si dans son rapport public pour 1991 consacré à la sécurité juridique le Conseil d'État remarquait que "le procédé n'est pas absolument neuf : certains domaines ont toujours été propices à ces formulations d'objectifs – les libertés publiques, l'éducation nationale, l'urbanisme", CONSEIL D'ETAT : "De la sécurité juridique", Rapport public pour 1991, Études et document n° 43, La documentation française, Paris, 1992, page 33.

²⁶⁷ Loi n° 2002-305, JO n°54 du 5 mars 2002, page 4161.

²⁶⁸ Loi n° 2002-02, JO n°2 du 3 janvier 2002, page 124.

du 17 juillet 1986 relative aux "Principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française²⁶⁹, comportant un Livre I intitulé "Principes généraux du droit du travail", qui comporte 34 articles. La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle²⁷⁰ dont le Titre I, "Principes généraux", comporte neuf articles. En outre il y a lieu de remarquer la présence de normes qualifiées de principes généraux dans le code de l'environnement ailleurs que dans ses dispositions liminaires, au Titre VIII relatif à la protection du cadre de vie et plus précisément à la publicité, aux enseignes et pré enseignes. La Section I de ce chapitre s'intitule "principes généraux" et égrène une série de normes dont une seule est à proprement parler un principe²⁷¹ entendu au sens principe/exception, les autres déterminant un champ d'application²⁷² et fixant des définitions légales²⁷³...

La prolongation de cet inventaire ne serait que de peu d'utilité pour s'assurer de la présence des normes qualifiées de "principes" par le législateur dans toutes les branches du droit et dans une proportion assez frappante. Mais il faut également relever que l'usage de ces principes n'est pas un monopole du législateur.

§ 3 – Les principes écrits sont également utilisés par le pouvoir réglementaire.

L'usage du qualificatif "principe général" n'est absolument pas une technique propre au législateur. L'on trouve également des principes généraux dans des ordonnances, des décrets, des arrêtés, des circulaires voire parfois dans les annexes de ces dernières, ce qui achève d'attester de leur banalisation²⁷⁴.

A – Les principes écrits sont utilisés dans les ordonnances.

Si les ordonnances ont vocation à devenir des textes législatifs une fois ratifiées par le Parlement, c'est bien le gouvernement qui détient ici la prérogative rédactionnelle dans le cadre de leur préparation, ce qui permet de souligner que la prédilection pour les principes n'est sans doute pas étrangère à une certaine "légistique gouvernementale" qui se manifeste également dans la confection des projets de loi.

²⁶⁹ Loi n° 86- 845, JO du 19 juillet 1986, page 8931.

²⁷⁰ Loi n° 82-652 JO du 30 juillet 1982, page 2431.

²⁷¹ Article L. 581-1 du Code de l'environnement "Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser informations et idées, quelle qu'en soit la nature, par le moyen de la publicité, d'enseignes et de préenseignes, conformément aux lois en vigueur et sous réserve des dispositions du présent chapitre".

²⁷² Article L. 581-2 du Code de l'environnement.

²⁷³ Article L. 581-3 du Code de l'environnement.

²⁷⁴ Cette tendance avait également été relevée en 1991 par le Conseil d'État : "Plus alarmante est l'extension actuelle de la méthode (de formulation d'objectifs) à des secteurs nouveaux, d'une part, et à de nouvelles catégories de textes, d'autre part", Conseil d'État : "De la sécurité juridique", op. cit., page 33.

L'on trouve par exemple des "Principes généraux de radioprotection" dans l'ordonnance du 28 mars 2001²⁷⁵ relative à la transposition de directives communautaires dans le domaine de la protection contre les rayonnements ionisants, dont ils constituent le chapitre premier. On trouve des "principes directeurs du droit du travail" dans l'ordonnance du 13 novembre 1985²⁷⁶ relative aux "Principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle Calédonie et dépendances", dont ils constituent le Livre premier.

B – Les principes écrits sont utilisés dans les décrets.

Ainsi, au sein du décret du 12 novembre 1938 relatif à la coordination des transports et au statut des bateliers²⁷⁷, les "Principes" sont opposés dans la Chapitre 2 aux "Procédures". De même dans le décret du 20 juin 1966 relatif aux "principes généraux de protection contre les rayonnements ionisants" qui comporte lui même un Titre II intitulé "Principes généraux et limites d'exposition des personnes du public" comportant deux articles, un Titre III intitulé "Principes généraux et limites dans le cas des expositions contrôlables" qui comporte dix articles, et un Titre IV intitulé "Principes généraux de protection et de surveillance" comprenant treize articles. Ainsi également les décrets du 27 mars 1992²⁷⁸ pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi du 30 septembre 1986²⁷⁹ et fixant les "principes généraux" définissant les obligations des éditeurs de service en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, qui comporte 36 articles, et du 17 janvier 1990 pris pour l'application des mêmes articles de la même loi, fixant les "principes généraux" concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision, qui comporte 17 articles. On trouve plus récemment des principes généraux dans le décret du 8 mars 2001²⁸⁰ modifiant le décret précité du 20 juin 1966 relatif aux principes généraux de protection contre les rayonnements ionisants, puisque ce décret reprend à son compte les intitulés du décret d'origine.

C – Les principes écrits sont utilisés dans les arrêtés.

On trouve des "Principes généraux d'approbation" dans l'article 333-3 de l'arrêté du 21 février 2002²⁸¹ portant modification de l'arrêté du 23 novembre 1987 relatif à la sécurité des navires, et des "Principes généraux de prévention et de mise en œuvre sur le site" dans l'article 2 alinéa (i) de l'arrêté

²⁷⁵ Ordonnance n°2001-270, JO n° 77 du 31 mars 2001, page 05057.

²⁷⁶ Ordonnance n°85-1181, JO du 15 novembre 1985, page 13227.

²⁷⁷ Journal Officiel du 13 novembre 1938.

²⁷⁸ Décret n°92-220, JO du 11 mars 1992, page 3528.

²⁷⁹ Loi n°86-1067 JO du 1^{er} octobre 1986, page 11755.

²⁸⁰ Décret n°2001-215, JO du 10 mars 2001, page 3869.

²⁸¹ JO n°60 du 12 mars 2002, page 04523.

du 21 février 2002 relatif à l'information des populations, pris en application du décret du 6 mai 1988 relatif aux plans d'urgence.

D – Les principes écrits sont utilisés dans les circulaires.

Les circulaires ne sont pas en reste en ce qui concerne l'usage des principes juridiques écrits. De la même manière que dans les textes plus contraignants, ceux-ci sont utilisés pour désigner des groupes d'articles liminaires comme c'est le cas par exemple pour la circulaire du Ministère de la justice du 10 novembre 1999²⁸² relatives aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès la promulgation de la loi, qui débute par un titre "principes généraux" comprenant quatre articles. Il en est de même pour la circulaire du 25 février 1980 relative à l'organisation de l'activité des centres d'information et d'orientation²⁸³ qui dispose d'une section intitulée de la même manière.

E – Les principes écrits sont présents dans les annexes techniques.

L'annexe de l'arrêté du 6 mars 2001 relatif aux programmes d'action à mettre en œuvre dans les zones vulnérables afin de réduire la pollution des eaux par les nitrates d'origine agricole²⁸⁴, intitulée "Cadre technique de l'élaboration des programmes d'action", emploie le qualificatif principes généraux à plusieurs reprises pour intituler les sous parties générales relatives au "Cadre technique des actions renforcées dans les cantons en excédent structurel lié aux élevages", ou au "Cadre technique des actions complémentaires dans les bassins versants en amont des prises d'eau superficielles définies dans l'article 4 du décret du 10 janvier 2001 susvisé". De même, l'annexe C de la circulaire du 25 juin 2001 relative à la composition des repas servis en restauration scolaire et à la sécurité de aliments²⁸⁵, qui fournit l' "Exemple d'un protocole d'accueil des enfants présentant des allergies ou intolérances alimentaires", commence par un titre "Principes généraux"...

Ce rapide tour d'horizon montre que la technique rédactionnelle qui consiste à attribuer à certaines normes le qualificatif de principe juridique n'est ni une spécificité environnementale, ni une spécificité du législateur. Il révèle également que la notion de principe juridique écrit est une notion *relative*, puisque chaque champ juridique, aussi technique et précis soit-il, peut faire débiter une série de dispositions jugées essentielles par un titre qui leur octroie le label de "principes généraux" ou "principes fondamentaux". Un constat s'impose cependant, qui montre que cet usage immodéré a pour visée

²⁸² Circulaire n° 99-12, non publiée.

²⁸³ Circulaire n° 80-099, BO n°9 du 6 mars 1980.

²⁸⁴ JO n° 72 du 25 mars 2001, page 04712.

²⁸⁵ Circulaire n° 2001-118, BO du Ministère de l'éducation nationale et du Ministère de la recherche, n°9, 28 juin 2001, page 41.

essentielle la mobilisation d'un "capital de transcendance" ; on en veut pour preuve que leur présence est quasiment systématique dans les dispositions liminaires et solennelles des codes.

§ 4 – Les principes écrits sont essentiellement des dispositions liminaires.

Dans ce foisonnement apparemment désordonné on ne saurait manquer de relever une constante, celle qui voit le label "principe" figurer presque exclusivement dans l'en-tête des codes ou des textes dont il coiffe les déploiements plus précis. Ce constat est de nature à faciliter l'identification conceptuelle des principes juridiques écrits, puisqu'il les rattache aux fonctions de rationalisation et d'harmonisation du droit dont ils favorisent la lisibilité et la cohérence²⁸⁶. C'est ici comme signe, c'est à dire ce qui rend compte d'une réalité juridique abstraite ou trop foisonnante, que ces normes sont utilisées.

A – Les principes écrits sont utilisés pour leur dimension clarifiante.

Comme le précise Pierre Bourdieu "la codification rend les choses simples, claires et communicables"²⁸⁷. Dans cette optique, et pour rappeler la métaphore architecturale évoquée dans le titre premier, les principes sont utilisés comme des piliers du code ou comme des clés de lecture, ils soutiennent en même temps qu'ils révèlent la structure des normes détaillées. Ils jouent ici le rôle de repères didactiques pour la compréhension des règles plus précises qui viendront ensuite les mettre en œuvre. On peut citer comme principes illustratifs de cette fonction clarifiante et pédagogique les "principes généraux de la loi pénale", qui énoncent en formules limpides le *cardo* et le *decumanus* de cette branche du droit : système de classement des infractions, principe de légalité des peines, interprétation stricte de la loi pénale... Comme pour ceux du droit de l'environnement, ces principes constituent un véritable support pédagogique. La figure du principe "directeur" resurgit ici, accompagnée des attributs dont la pare la théorie de l'autopoïèse. Le droit serait un système auto-référentiel, fonctionnant selon sa logique propre, et ayant besoin pour agir sur son environnement, constitué par les autres systèmes sociaux que sont par exemple la famille, le secteur industriel ou l'entreprise, d'utiliser la technique de la "programmation téléologique", c'est à dire de proclamer par le biais de principes les fins qui lui sont assignées²⁸⁸. De toute évidence, à en croire en tous cas par l'usage de la notion de principe

²⁸⁶ "Les principes font du droit un système cohérent en ce sens qu'ils permettent d'assurer l'unité systématique du droit au milieu du désordre des règles positives. Grâce aux principes, l'ordre juridique est plus qu'une mosaïque de textes légaux incohérents et de décisions judiciaires éparses, (...), pour la même raison, les principes ont une grande valeur didactique, en ce sens qu'ils forment des "points de repère" permettant de situer et d'ordonner les règles de droit en fonction de certaines idées directrices (...)", **P. PESCATORE** : "Introduction à la science du droit", Office des imprimés de l'État, Luxembourg, 1960, page 120.

²⁸⁷ **P. BOURDIEU** : "Habitus, code et codification", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Dossier "La force du droit", 1986, page 42.

²⁸⁸ Voir **A. J ARNAUD et P. GUIBENTIF** : "Niklas Luhmann observateur du droit", op. cit., page 137.

juridique écrit pour qualifier des dispositions d'une très grande technicité qui concernent un champ extrêmement ciblé du réel, comme dans le cas des annexes techniques et circulaires évoqués plus haut, cette notion est essentiellement utilisée désormais comme un outil de communication. Pour paraphraser Jean Carbonnier au sujet de l'exposé des motifs, l'on pourrait affirmer que ces principes sont mis au service de la "loi pédagogue"²⁸⁹.

B – Les principes écrits sont utilisés pour leur dimension fondatrice.

Les principes juridiques écrits suscitent des normes de concrétisation plus détaillées qui doivent les respecter ou tout au moins s'en inspirer. Une grande majorité des dispositions liminaires des codes remplissent cette fonction "fondatrice" en utilisant des formules du type de celle utilisée à l'article L. 114-2 du code de l'action sociale et des familles qui précise que "Les familles, l'État, les collectivités locales, les établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations, les groupements, organismes publics et privés associent leurs interventions pour *mettre en œuvre l'obligation prévue à l'article L. 114-1*, en vue notamment d'assurer aux personnes handicapées toute l'autonomie dont elles sont capables". L'article L. 114-1 visé posant quant à lui le principe de l'accès des handicapés aux droits fondamentaux de tous les citoyens. Selon ce mécanisme les principes écrits sont apparentés à des objectifs législatifs et sont appelés à venir motiver ou susciter l'adoption de dispositions précises de mise en œuvre. Ainsi le Livre préliminaire du Code forestier, qui comporte quatorze articles intitulés "Principes fondamentaux", se termine par la formule selon laquelle "des décrets en Conseil d'État déterminent les modalités d'application du présent livre".

Au premier abord une formule de ce type semble indiquer que les principes législatifs qui la précèdent doivent être considérés comme des normes dont l'application est conditionnée par l'adoption de mesures réglementaires. Ce serait pourtant méconnaître que pour le Conseil d'État les dispositions législatives nouvelles entrent en vigueur immédiatement et ce malgré l'absence de décrets d'application éventuellement prévus, sauf si leur application est "manifestement impossible"²⁹⁰. Impossibilité que le Conseil examine *in concreto*, en ne considérant le renvoi opéré explicitement par la loi à des textes d'application que comme un indice de la volonté de subordonner son applicabilité à des

²⁸⁹ "Le législateur n'explique pas sa loi ; mais, dévoilant ses mobiles, faisant luire ses fins, il s'explique lui-même. Ce n'est pas un commentaire du texte que ce message qui précède la promulgation. C'est, intermédiaire entre l'apologétique et la parénèse, entre la justification des dispositions et l'exhortation à s'y soumettre, un morceau éminemment pédagogique, qui tend à convaincre intimement l'élève, à provoquer la fusion de sa propre raison avec la ratio legis", J. CARBONNIER : "Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur", LGDJ, 7^{ème} édition, Paris, 1992, page 150.

²⁹⁰ CE 17 février 1971 "Sèbe", recueil page 185, cité par J. C. VENEZIA : "Les mesures d'application", Mélanges René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, page 675. Voir également R. LIBCHABER : "(...) Faut-il en plus l'intervention d'un décret d'application, comme on le croit ordinairement ? Tout dépend des caractéristiques de chacune des dispositions de la loi. Si elles sont claires, précises, et peuvent s'appliquer telles quelles, leur entrée en vigueur ne sera pas déterminée par l'intervention de décrets d'application(...). À l'inverse, si les dispositions de la loi ne suffisent pas à une application dépourvue d'intermédiaires, elles appellent nécessairement un complément réglementaire pour leur entrée en vigueur. Sa nécessité est telle que la loi ne saurait s'appliquer à défaut (...)", RTDC 1998 (3), page 789.

mesures réglementaires ultérieures. L'application de certaines dispositions d'une loi a été jugée "manifestement impossible" dans le cas où le décret attendu fixait son champ d'application matériel²⁹¹. Il y a lieu de noter que pour ce qui concerne le Code de l'environnement, c'est la loi elle-même et non un décret d'application qui, en vertu d'une sorte d'auto-habilitation ou d'auto-injonction que le Conseil constitutionnel a pu considérer dans un autre contexte comme dépourvue de portée juridique²⁹², est censée assurer la "définition de la portée des principes"²⁹³.

Comme le laisse supposer leur usage récurrent dans les dispositions liminaires des textes législatifs, les principes écrits remplissent surtout une fonction symbolique, et ne parviennent pas à constituer une catégorie normative dotée d'un régime juridique homogène.

Section 3 – L'indétermination conceptuelle de la catégorie des principes juridiques écrits.

L'émergence des principes juridiques écrits est déroutante car apparemment livrée au plus grand désordre conceptuel. Tant au niveau constitutionnel que législatif et réglementaire, la notion de "principe juridique écrit" est utilisée de manière empirique et désordonnée, sans qualifier des normes qui possèderaient une spécificité quelconque, ni désigner une réalité juridique homogène. Les normes constitutionnelles qualifiées de "principes" par le constituant n'ont reçu de régime juridique clair que depuis l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois, qui les a mobilisées comme normes de référence. À la multiplicité des catégories de principes constitutionnels écrits a donc répondu la multiplicité des régimes juridiques qui leur correspondent (§ 1). Quant aux normes qualifiées par le législateur de "principes généraux", "principes fondamentaux" ou "principes directeurs", elles sont difficiles à rassembler sous un régime juridique fédérateur et ne désignent pas non plus une catégorie de normes dotée d'un régime spécifique. On en veut pour preuve l'usage par le législateur d'une terminologie très variable pour qualifier des normes qui, formellement et logiquement, ont des caractères strictement identiques (§ 2).

²⁹¹ Dans l'arrêt du 28 juillet 2000 "*Association France Nature Environnement*", le Conseil d'État a considéré que l'intervention du décret fixant la liste des "rives et des estuaires les plus importants" auxquels s'appliquent les dispositions des paragraphes II et III de l'article L. 146-4 du Code de l'urbanisme, était "une condition nécessaire à l'application des dispositions législatives en cause aux rives des estuaires", *RFDA* 2000 (5), page 1167.

²⁹² Voir la décision n° 85-196 DC du Conseil constitutionnel relative à l'évolution de la Nouvelle Calédonie : "Considérant qu'en prévoyant de demander aux populations intéressées de se prononcer sur l'accession du territoire à l'indépendance 'en association avec la France', sans autre précision, l'article 1^{er} premier alinéa, de la loi, se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que, s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle", **L. FAVOREU et L. PHILIP** : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., page 627.

²⁹³ Article L. 110-1. - II du Code de l'environnement.

§ 1 – Les principes constitutionnels écrits : l'absence de régime juridique unifié.

Alors que l'on doit distinguer deux régimes juridiques différents relativement aux principes écrits de valeur constitutionnelle qui ont été créés par le constituant (A), les catégories de principes que le Conseil constitutionnel a créé à partir des textes ne se distinguent réellement ni par leur régime ni par leur forme (B).

A – L'irréductibilité des catégories de principes créées par le constituant.

Deux catégories de principes constitutionnels écrits ont été créées par le Constituant de 1946 : les *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* et les *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*. La particularité des premiers ne fait pas l'objet de doutes. Même si ces deux catégories de normes font également partie du bloc de constitutionnalité et ne sont pas hiérarchisées, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République se distinguent nettement par leur nature et leur méthode d'utilisation. Ils sont tout d'abord caractérisés par la complexité de leur nature juridique, puisque s'ils possèdent un statut constitutionnel explicite – leur existence est mentionnée dans le préambule de 1946 – il s'agit dans le même temps de principes qui sont matériellement implicites puisque contenus dans les "lois de la République", et dont le régime juridique et les conditions de découverte sont des constructions prétoriennes²⁹⁴. Ainsi, si les principes particulièrement nécessaires à notre temps sont directement mobilisables par le juge, et représentent des principes "clés en main", les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République nécessitent de sa part une opération de justification de leur validité qui actualise les conditions qu'il a posées au fil de sa jurisprudence. Ces conditions, qui rendent par exemple impossible la consécration comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République de normes qui seraient issues de lois postérieures à 1946, seront étudiées plus loin, lorsqu'il s'agira d'apprécier si les principes environnementaux pourraient être à même de les satisfaire.

B – La substituabilité des catégories de principes créées par voie prétorienne.

L'opération qui consiste pour le Conseil constitutionnel à dégager des principes à partir d'autres principes se distingue de la technique des principes généraux du droit déployée par le Conseil d'État sur un plan méthodologique. Leur découverte procède en effet de la *déduction* à partir d'une norme individualisée, et non de l'*induction* à partir d'un ensemble de normes convergentes du droit positif. Le lien avec le texte initial s'en trouve considérablement renforcé puisque circonscrit à une disposition

²⁹⁴ Voir infra page 111.

isolée et non à un ensemble diffus. Dans le premier cas les manifestations éparses d'un principe latent permettent sa découverte et sa formulation, dans le second le principe est connu mais ce sont ses manifestations qui sont étendues à une hypothèse nouvelle que les constituants n'avaient pas explicitement prévue. Comme pour les principes généraux du droit administratif, et il s'agit là peut-être de leur seul point commun, cette technique d'enrichissement du texte constitutionnel par le juge sert le mythe de la perfection et de la complétude des textes, puisque ces derniers sont ainsi supposés fournir toutes les ressources nécessaires à une décision valide.

Ce qui nous intéresse ici est de montrer que malgré l'apparente variété de la terminologie employée par le Conseil constitutionnel, ces objectifs (1) ou exigences (2) à valeur constitutionnelle, ne présentent pas de différences juridiques très significatives et que là aussi, l'usage de la notion de "principe" ne traduit pas une volonté de constituer une catégorie normative spécifique²⁹⁵.

1 – L'absence de distinctions de régimes juridiques entre les "principes" à valeur constitutionnelle et les "objectifs" à valeur constitutionnelle.

La formulation de ces normes dans les décisions du Conseil constitutionnel ne permet pas d'en déduire la volonté de les doter de régimes juridiques distincts. Ainsi au sujet de la *continuité du service public* le Conseil constitutionnel précise-t-il que ce dernier "tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle"²⁹⁶. L'objectif du Conseil constitutionnel ici est de placer au même niveau deux normes qualifiées également de "principes" de manière à pouvoir les mettre en balance, selon la technique de la pesée des intérêts, ou tout au moins à indiquer au législateur comment les mettre en balance. La reconnaissance du droit de grève – "principe" figurant expressément dans la constitution – ne saurait faire obstacle au pouvoir du législateur d'y apporter des limitations justifiées par un autre principe – qui lui n'est pas expressément formulé dans la constitution mais auquel le Conseil confère une valeur constitutionnelle – à même de justifier l'interdiction de faire grève aux agents dont la présence est indispensable au fonctionnement des éléments essentiels du service.

Le rôle des "objectifs à valeur constitutionnelle", qui permettent de pondérer l'application d'un principe constitutionnel, est exactement similaire. Ainsi lorsque le Conseil veut pondérer l'application du principe constitutionnel de la liberté de communication découlant de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 il utilise la notion d'objectif de valeur constitutionnelle dans les termes suivants : "la liberté de communication (...) doit être conciliée avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la

²⁹⁵ "Les mots employés par le Conseil semblent d'ailleurs souvent équivalents : règles ou dispositions ou principes ou objectifs ou exigences de valeur constitutionnelle, ou de nature constitutionnelle", M. A. COHENDET : "Droit constitutionnel", op. cit., page 54.

²⁹⁶ Décision du Conseil constitutionnel n°79-105 DC "Droit de grève à la radio et à la télévision", Recueil page 33, cité par L. FAVOREU et L. PHILIP in "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, Paris, 2001, page 370.

préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels"²⁹⁷. Le "principe" ou "l'objectif" à valeur constitutionnelle sont donc, sur le plan fonctionnel, des notions largement similaires pour le Conseil constitutionnel.

Les exigences de valeur constitutionnelles ne semblent pas non plus se distinguer par un régime spécifique.

2 – L'absence de distinctions de régimes juridiques entre les "principes" à valeur constitutionnelle et les "exigences" à valeur constitutionnelle.

Dans sa décision du 18 décembre 1997 dite "allocations familiales"²⁹⁸, le Conseil constitutionnel utilise la notion d'exigence constitutionnelle pour constituer une norme tirée de l'exégèse des alinéas 10 et 11 du préambule de 1946. Cette notion est utilisée pour borner le pouvoir du législateur de modifier des textes antérieurs ou de les abroger en leur substituant d'autres dispositions qui priveraient ces exigences de garanties légales. Ainsi selon les termes mêmes du Conseil : "l'exigence constitutionnelle résultant des dispositions des 10^{ème} et 11^{ème} alinéas du préambule de la Constitution de 1946 implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille"²⁹⁹. Cette exigence de "solidarité nationale en faveur de la famille" constitue donc une norme de valeur constitutionnelle, bien que non explicite, issue de l'interprétation des alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946.

En comparant cette norme à un autre principe de valeur constitutionnelle, le "principe de dignité de la personne humaine" mentionné dans la décision "bioéthique" du 27 juillet 1994, l'on constate aisément que le raisonnement opéré par le Conseil pour déduire une norme de la constitution est le même qu'il s'agisse d'un "principe" ou d'une "exigence". Ainsi, en citant le premier paragraphe du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil précise "qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle"³⁰⁰. Or, le texte de référence utilisé pour opérer cette déduction, texte qui ne fait pas partie des "principes particulièrement nécessaires à notre temps" précise : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés". Ici aussi, la fonction du principe déduit de ce texte est d'encadrer les dispositions prises dans les deux lois qui étaient soumises au contrôle du

²⁹⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 82-141 DC, citée par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** in "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, Paris, 2001, page 380.

²⁹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, citée par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** in "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, Paris, 2001, page 897.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, citée par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** in "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, Paris, 2001, page 857.

Conseil qui, selon ses termes mêmes, "tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine"³⁰¹.

Le Conseil constitutionnel se considère donc comme libre d'élever au rang de "principe", d'exigence" ou "d'objectif" de valeur constitutionnelle des normes contenues implicitement dans le matériau textuel constitutionnel et qui n'y sont pas toujours désignée comme "principe", et peuvent même parfois constituer une simple formule introductive. Ces remarques tendent à accréditer l'idée que l'emploi de ces normes tirées des textes pour justifier ses décisions utilise des terminologies variables qui désignent une même pratique : consolider le mythe de la perfection et de la complétude du texte pour minorer le travail créatif du juge.

Les principes législatifs, pour répondre à de tout autres objectifs, n'en sont pas moins livrés à la même incertitude conceptuelle.

§ 2 – Les principes législatifs écrits : un label emblématique plus qu'une catégorie juridique.

Un premier indice de l'hétérogénéité de la catégorie des principes généraux écrits réside dans la grande disparité quantitative des normes qui dans chaque champ du droit portent cette appellation. Il n'y a en effet aucun motif *a priori* pour que le code de l'environnement compte quatre principes généraux et le code pénal *cinq* alors que celui de l'éducation en comporte *soixante quatorze*. Ces disparités quantitatives (A) sont évidemment de nature à révéler des disparités qualitatives (B) qui atteignent la portée et le régime juridique de ces principes. Une telle disproportion induit en effet un écart entre des principes solennels et condensés, qui s'apparentent à des maximes ou à des brocards, et des principes qui se rapprochent davantage de "dispositions générales", de "considérations liminaires" voire d'objectifs législatifs ou d'exposé des motifs, et qui constituent simplement des outils de mise en forme de la matière législative. Un second indice est apporté par le fait que certaines règles se sont vues attribuer le qualificatif de "principe général" *a posteriori*, par le biais d'une loi qui procède par ajout d'une division dans un code, technique ayant pour effet de faire apparaître des principes généraux dans le corps des codes alors qu'ils semblaient jusque là confinés à leurs dispositions liminaires³⁰². De toute évidence, ces disproportions attestent de l'inexistence d'une catégorie structurée de principes juridiques écrits, et le contexte qui voit l'émergence de ces principes pourrait bien s'approcher d'une forme d'existentialisme juridique ; un phénomène spontané est bien en cours d'émergence, mais il n'a pas encore pris la voie d'une systématisation.

³⁰¹ Ibid, page 867.

³⁰² Voir l'exemple précité de la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale qui insère dans le code civil une nouvelle division intitulée "principes généraux", qui regroupe les articles 372 à 373-3 du code civil.

A – Des disparités quantitatives.

La présence des principes dans divers codes soulève le caractère arbitraire de leur qualification et les différences de nature qui se font jour d'un code à l'autre. Peut-on en effet comparer un principe qui partage ce statut avec une véritable avalanche de normes possédant le même qualificatif (1), et un principe qui figure parmi un simple triptyque à l'allure plus solennelle et condensée (2) ?

1 – *Les codes abusant de la figure du principe.*

Parmi les codes qui se dotent d'un corpus de principes très fourni on peut citer le Code de l'éducation (soixante quatorze principes), ou le Code des douanes (quarante trois principes), le Code de l'action sociale et des familles (vingt deux principes), ou le Code forestier (quatorze principes). Parfois l'indice fourni par le nombre d'articles est trompeur puisque l'on peut trouver en réalité davantage de principes individualisés en leur sein par des paragraphes ou des alinéas, comme c'est le cas pour le Code forestier, dont le nombre de principes individualisés passerait alors de quatorze articles à environ une cinquantaine. Inversement, certains principes individualisés par des titres spécifiques sont déclinés ensuite en plusieurs articles, comme c'est le cas pour le principe de libre administration du code général des collectivités territoriales qui se décompose en sept articles parmi lesquels on trouve énoncées par exemple la "clause générale de compétence", la prohibition des tutelles d'une collectivité sur une autre, ou les sujétions imposées par l'État au nom de la défense nationale. Le principe de libre administration se décompose-t-il en "sous principes" ou s'agit-il simplement de commodités de langage répondant uniquement aux exigences de la légistique ?

Parmi les textes non législatifs cette tendance hémorragique est également bien représentée, ainsi l'arrêté précité du 2 février 2002 portant modification de l'arrêté du 23 novembre 1987 relatif à la sécurité des navires comporte quatorze "principes généraux" disposés au sein d'un seul article, et l'annexe de la circulaire du 22 mai 1995³⁰³ relative aux droits des patients hospitalisés comporte dix "principes généraux".

2 – *Les codes l'utilisant avec parcimonie.*

D'autres codes en revanche sont plus économes, comme le Code de l'environnement (quatre principes), le Code pénal (cinq principes), le Code des marchés publics (quatre principes), celui du service national (trois articles) ou de la santé publique (trois principes). Les textes non législatifs ne sont

³⁰³ Circulaire DGS/DH n° 95-22.

pas en reste, ainsi la circulaire du 10 novembre 1999 précitée relative au pacte civil de solidarité qui ne comporte que quatre principes.

Ces écarts quantitatifs pour le moins troublants révèlent de très grandes disparités qualitatives entre les différents principes écrits, disparités qui empêchent pour l'instant toute consécration d'un régime juridique homogène.

B – Des disparités qualitatives.

La très grande variabilité, d'un code à l'autre, de la quantité de normes qualifiées de principes révèle que sous des appellations similaires coexistent des normes extrêmement variables quant à leur nature. Il suffira ici d'en choisir et d'en comparer quelques uns pour s'en assurer avant de tenter un peu plus loin de systématiser ces différences³⁰⁴. L'examen révèle que ces principes énoncent parfois des objectifs législatifs (1), qu'ils définissent un champ d'application (2), ou formulent des définitions légales (3), qu'ils attribuent des droits subjectifs (4), ou des compétences (5), établissent des procédures (6) ou plus rarement, imposent des obligations (7).

1 – Des principes énonçant des objectifs législatifs.

Ces objectifs forment une grande part des normes qualifiées de principes, en désignant des buts à atteindre ou en construisant des champs d'action étatiques. Ils sont largement caractéristiques de l'État providence et d'un droit qui serait considéré comme une téléologie ou une "science des buts"³⁰⁵. Ces principes sont parmi les moins contraignants, puisque ne faisant qu'énoncer des souhaits ou des désirs plus ou moins vagues, sans les assortir d'obligations particulières. La structure conditionnelle leur correspond mal, puisqu'ils se bornent en général à légitimer certains intérêts et à mentionner quelle autorité est en charge de les défendre sans comporter ni de réel dispositif ni encore moins de sanction. Si les formules employées sont en général aussi amphigouriques que non contraignantes, ce qui a conduit le Conseil d'État à les critiquer³⁰⁶, elles ont néanmoins pour mérite d'améliorer la lisibilité de la loi en y faisant figurer, sous une forme synthétique, certains éléments qui normalement ne se trouvent que dans l'exposé des motifs et donc réservés à un public initié. "L'antinomie du principe juridique" révèle ici ses conséquences concrètes, puisque face à cette volonté de rédiger une "loi pédagogue"³⁰⁷ s'affirme une volonté contraire de juguler le risque contentieux qui découle de l'usage de termes dont

³⁰⁴ Voir infra, page 102.

³⁰⁵ Voir C.-A. MORAND : "Les objectifs de la législation, approches diversifiées et complémentaires", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°4/1989, page 853.

³⁰⁶ Le Conseil d'État dénonçait en 1991 leur présence au sein du corps même des textes législatifs : "Il faut donc répéter que les formulations d'objectifs n'ont pas leur place dans le dispositif des lois, elles ne doivent figurer que dans l'exposé des motifs", Conseil d'État : "De la sécurité juridique", op. cit., page 34.

³⁰⁷ J. CARBONNER : "Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur", op. cit., page 150.

la portée juridique est mal maîtrisée³⁰⁸ ; la figure du principe juridique écrit n'est que le fruit de ce dilemme.

Ainsi l'article L. 121-7 du Code de l'éducation qui fait partie de ces principes généraux est très révélateur de cette pratique en précisant : "La lutte contre l'illettrisme constitue une priorité nationale. Cette priorité est prise en compte par le service public de l'éducation ainsi que par les personnes publiques et privées qui assurent une mission de formation ou d'action sociale. Tous les services publics contribuent de manière coordonnée à la lutte contre l'illettrisme dans leurs domaines d'action respectifs". Tout aussi révélateur est l'alinéa 4 de l'article L. 111-2 du même code précise que "L'État garantit le respect de la personnalité de l'enfant et de l'action éducative des familles". Ce type d'énoncé peut se décliner sur un mode plus technique en fonction de l'objet du texte et, s'il s'agit d'un projet de loi, de son ministère d'origine. Ainsi l'article L. 1 du Code forestier, premier "Principe fondamental de la politique forestière" qui précise que cette dernière "a pour objet d'assurer la gestion durable des forêts et de leurs ressources naturelles, de développer la qualification des emplois en vue de leur pérennisation, de renforcer la compétitivité de la filière de production forestière, de récolte et de valorisation du bois et des autres produits forestiers et de satisfaire les demandes sociales relatives à la forêt". Le ton est même parfois franchement solennel ou grandiloquent, comme par exemple dans l'ancien principe du Code du service national de l'article L. 111-2, qui précisait que "L'appel de préparation à la défense a pour objet de conforter l'esprit de défense et de concourir à l'affirmation du sentiment d'appartenance à la communauté nationale, ainsi qu'au maintien du lien entre l'armée et la jeunesse". Certains de ces principes sont plus lapidaires, tout en restant très vagues, comme les principes de prévention relatifs à l'hygiène, à la sécurité et aux conditions de travail de l'article L. 230-2-II du code du travail qui recommandent : "a) d'éviter les risques, b) d'évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, c) de combattre les risques à la source (...), e) de tenir compte de l'état d'évolution de la technique, f) de remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux"...

2 – Des principes définissant un champ d'application.

C'est toujours la vertu clarificatrice et pédagogique des codes qui se manifeste ici par l'adoption de principes qui délimitent non plus des objectifs mais un champ d'application. Ainsi par exemple l'article 2 du code des douanes qui précise que "Dans toutes les parties du territoire douanier, on doit se

³⁰⁸ Voir pour une analyse "ethnographique" de cette question les échanges entre membres de l'Assemblée générale du Conseil d'État à l'occasion de l'examen des textes gouvernementaux, retranscrits par Bruno Latour qui en donne la synthèse suivante : "Certes, le texte se déforme sous la pression des syndicats et des politiques, les obligations d'affichage, la nécessité d'être 'vu' par les négociateurs, mais il ne rompt pas. Le gouvernement tient à ses formulations périlleuses ; le Conseil d'État continue à devoir faire du droit. Le texte final portera la trace de ces différentes contraintes reconnues ici comme la distinction entre 'l'opportunité politique' et le 'plan juridique' : à chacun son métier", in B. LATOUR : "La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État", op. cit., pages 69 à 79.

conformer aux mêmes lois et règlements douaniers", ou les articles 2, 3 et 4 du nouveau code des marchés publics qui précisent que "Les dispositions du présent code s'appliquent (...)" en listant ensuite les différents types de contrats assimilables à de tels marchés.

3 – Des principes énonçant des définitions légales.

Les principes sont parfois utilisés pour définir des termes clés du champ juridique concerné, ainsi le premier principe général de la circulaire précitée relative au pacte civil de solidarité qui précise : "Le pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune", ou l'article premier du Code des douanes qui mentionne : "Le territoire douanier comprend le territoire des eaux territoriales de la France continentale, de la Corse, des îles voisines du littoral, et des départements d'outre mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion". Il faudra revenir sur ces principes "définitoires" au cours du chapitre suivant puisque le libellé des quatre principes du code de l'environnement relève pour partie de cette catégorie.

4 – Des principes attribuant des droits subjectifs.

Certaines normes qualifiées de principes accordent, ou semblent accorder des prérogatives aux citoyens ou aux individus, ainsi l'article L. 111-2 du Code de l'éducation qui mentionne que "Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation, ou l'article L. 1110-9 du code de la santé publique qui mentionne : "Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement". En utilisant très massivement la technique de la législation par renvoi ou par référence, qui consiste à subordonner l'applicabilité d'une règle à des conditions ou à des notions figurant au sein d'une autre règle dont il est simplement fait mention dans la première³⁰⁹, ces principes ont souvent un caractère purement *tautologique*, c'est à dire qu'ils n'ajoutent rien au droit positif, se contentant de formuler un méta-discours, qui prend le droit pour objet mais qui n'en fait pas réellement partie ou qui ne fait qu'en signaler ou en rappeler l'existence. L'article L. 111-1 du code de l'action sociale et des familles est très révélateur de cette pratique, puisqu'il indique que "Sous réserve des dispositions de articles L. 111-2 et L. 111-3, toute personne résidant en France bénéficie, si elle remplit les conditions légales d'attribution, des formes d'aides sociales telles que définies par le présent cadre". Cette tendance souligne un besoin

³⁰⁹ "Le problème de la législation par référence se pose chaque fois qu'une norme se réfère à une autre norme, généralement pré-existante, de force obligatoire égale ou supérieure, voire même inférieure, afin de rendre applicable la règle à laquelle il est fait référence à la matière pour laquelle on édicte cette référence", **J. L. BERGEL** : "De quelques procédés d'expression normative", in **C.-A. MORAND (dir.)** : "Légistique formelle et matérielle - Formal and material legistic", Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, page 164.

que les formes traditionnelles d'écriture du droit – le modèle de la règle conditionnelle assortie d'une conséquence apparentée à une sanction – ne peuvent remplir, et qui consiste à mettre le droit en scène, et à construire à son sujet un discours à la fois didactique et solennel mais dénué de toute dimension de contrainte.

5 – Des principes institutionnels ou attribuant des compétences.

Ceux-ci décrivent les fonctions essentielles d'une institution qui est créée par le corpus à la tête duquel ils se trouvent, comme l'article L. 3 du Code forestier qui précise que "Le conseil supérieur de la forêt, des produits forestiers et de la transformation du bois participe à la définition, à la coordination, à la mise en œuvre et à l'évaluation de la politique forestière et de ses modulations régionales". De même, les principes attributifs de compétences opèrent une répartition des rôles au sein d'un champ du droit donné, ainsi l'article L. 111-2 du Code pénal qui précise que "La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leur auteur. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants", l'article L. 1111-2 du code général des collectivités territoriales fixe en ces termes la "clause générale de compétence" : "Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leurs compétences" ou encore l'article L. 2 du Code forestier qui précise que "La politique forestière relève de la compétence de l'État qui en assure la cohérence nationale. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent passer des contrats avec l'État notamment dans le cadre des chartes forestières de territoire, en vue de concourir à la mise en œuvre de cette politique".

6 – Des principes procéduraux.

Certaines normes qualifiées de principes énoncent des procédures sous une forme simplifiée et didactique, sans préjudice de dispositions plus précises ou plus techniques qui viendront ultérieurement dans le cours du texte, ainsi l'article 2 de la circulaire relative au pacte civil de solidarité : "Les intéressés en font la déclaration conjointe au greffe du Tribunal d'Instance du ressort dans lequel ils fixent leur résidence commune. À cette fin, les partenaires doivent se présenter en personne au greffe du Tribunal d'instance".

7 – Des principes imposant des obligations.

Plus rarement, certaines normes qualifiées de principes imposent des obligations rédigées en des termes moins vagues. Ainsi l'article L. 1111-3 du code général des collectivités territoriales qui précise

que "La répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles", ou encore l'article L. 1111-1 du même code qui énonce en ces termes le principe de libre administration des collectivités locales : "Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus", ne faisant en cela que rappeler l'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Par delà ces disparités qualitatives et fonctionnelles un autre trait caractéristique révèle l'absence de régime juridique cohérent attaché aux principes juridiques écrits, il s'agit du fait que leurs qualificatifs sont utilisés de manière indifférente par le législateur, et ce quelle que soit le type de norme qu'ils désignent.

§ 3 – La substituabilité des normes inaugurales placées en exergue des codes.

À côté des "principes généraux" les chapitres liminaires des codes font appel à d'autres qualificatifs qui font émerger une terminologie assez hétéroclite. On trouve ainsi de manière totalement substituable des principes "fondamentaux" (A), ou "directeurs" (B), des "dispositions"(C) ou "règles" (D) générales, ou de simples "généralités" (E). Comme le montre en effet la rapide comparaison opérée ci-dessous, ces qualificatifs sont interchangeables et semblent être choisis par le législateur totalement au hasard, sans que l'usage de tel ou tel trahisse une quelconque volonté de distinguer des régimes juridiques propres³¹⁰.

A – L'absence de distinction entre le principe "général" et le principe "fondamental".

Les deux notions sont employées indifféremment par le législateur sans aucune distinction au fond ou de forme, comme en témoigne cette comparaison entre le Livre préliminaire du code forestier et le code de l'éducation. Ainsi l'article L. 1 alinéa premier du code forestier, qualifié de principe "fondamental" dispose : "La mise en valeur et la protection des forêts sont reconnues d'intérêt général. La politique forestière prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale des forêts et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable". Et l'article L. 111-1 alinéa premier du code de l'éducation, qualifié quant à lui de principe "général", précise que "L'éducation est la première priorité nationale. Le service public de l'éducation est conçu et organisé en fonction des élèves et des étudiants. Il contribue à l'égalité des chances". La structure logique de ces

³¹⁰ Ce constat avait été formulé par **M. de BÉCHILLON** dans le domaine du droit privé : "Les normes nommées principe général ne sont pas munies de caractères suffisamment spécifiques pour fonder une catégorie conceptuelle autonome et distincte de l'ensemble des autres règles", *in La notion de principe général en droit privé*, Thèse droit, Collection du laboratoire de théorie juridique, PUAM, 1998, page 165.

deux normes est strictement identique, évoluant toujours au sein du couple conditions/dispositif mais en définissant ces deux pôles de manière extrêmement générale ; "politique forestière" d'un côté, "service public de l'éducation de l'autre" pour ce qui est des *conditions*, "sont reconnues d'intérêt général", et "contribue à l'égalité des chances" pour ce qui est du *dispositif*.

On se convaincra définitivement de cette parfaite substituabilité en étudiant un autre mode, celui de la définition légale, qui confirme le phénomène. Ainsi le premier alinéa de l'article premier du Code des marchés publics qui, sous la forme d'un principe "fondamental" définit les marchés publics comme "les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services". Et le code des douanes, quant à lui, définit dans un article premier et sous la forme d'un principe "général", le territoire douanier comme comprenant "le territoire des eaux territoriales de la France continentale, de la Corse, des îles voisines du littoral, et des départements d'outre mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion".

B – L'absence de distinction entre le principe "général" et le principe "directeur".

L'usage de la terminologie "principe directeur" est plus rare dans le paysage chamarré constitué par les dispositions liminaires des codes. Pourtant leur utilisation révèle également une totale indifférence par rapport à celui des principes généraux. Ainsi ces dispositions rigoureusement identiques de la loi du 17 juillet 1986 "relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française"³¹¹, et de l'ordonnance du 13 novembre 1985 "relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Nouvelle Calédonie et dépendances"³¹², dont l'une s'intitule "principe général" et précise que "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. Lorsqu'il est constaté par écrit il est rédigé en français avec une copie dans les langues polynésiennes si le salarié en fait la demande. On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée", et l'autre s'intitule "principe directeur" et se trouve être rigoureusement identique excepté l'alinéa relatif aux langues locales.

Les principes utilisés par le législateur pour qualifier des normes liminaires et générales sont donc parfaitement substituables, mais le constat ne s'arrête pas là, puisque le phénomène concerne également les relations entre des notions qui ont été traditionnellement opposées en théorie juridique, comme les "principes" et les "règles" ou les "dispositions" générales, voire les simples "généralités".

³¹¹ Loi n° 86-845 du 17 juillet 1986, JO du 19 juillet 1986, page 8931.

³¹² Ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, JO du 15 novembre 1985, page 13227.

C – L'absence de distinction entre le "principe" général et la "disposition" générale.

Le constat est plus étonnant compte tenu du fait que la notion de "disposition" est déparée des attributs solennels du "principe" et s'apparente davantage à une technique d'organisation logique du code. Pourtant il faut se rendre à l'évidence, c'est ici encore la même généralité qui fait se rejoindre ces normes pourtant qualifiées différemment par le législateur. Ainsi, la définition du domaine de l'État qui figure à l'article L. 1 du code des domaines au titre de ses "Dispositions générales" : "Le domaine s'entend de tous les biens et droits mobiliers et immobiliers qui appartiennent à l'État. Leur administration et leur aliénation sont régies par le présent code, sous réserve des dispositions insérées dans d'autres codes ou des textes particuliers", est elle sur le plan rédactionnel largement comparable à celle du "territoire douanier" qui constitue un "principe général" à l'article premier du code des douanes : "Le territoire douanier comprend les territoires et les eaux territoriales de la France continentale, des îles voisines du littoral, et des départements d'outre mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion".

De même l'article L. 110-1 du code monétaire et financier, première "disposition générale" de ce code qui précise que "La monnaie de la France est l'euro. Un euro est divisé en cent centimes", est comparable sur le plan de la légistique formelle – ici une simplicité lapidaire – à l'énoncé du "principe général" de libre administration par l'article L. 1111-1 du code général des collectivités territoriales : "Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus".

Dans le registre des objectifs législatifs le rapprochement est de nature comparable puisque l'article L. 111-1 premier alinéa du code rural, qualifié de "disposition générale" précise que "L'aménagement et le développement durable de l'espace rural constituent une priorité essentielle de l'aménagement du territoire", et l'article L. 121-2 premier alinéa du Code de l'éducation précise quant à lui, au titre d'un "principe général" que "La lutte contre l'illettrisme constitue une priorité nationale".

Principes généraux et dispositions générales sont donc utilisés de manière indifférente pour structurer les dispositions liminaires des codes, que celles-ci soient des objectifs législatifs, des "principes" auxquels seront opposées des "exceptions" ou des mesures générales auxquelles seront opposées des mesures spéciales, répressives ou encore financières.

La conclusion, partielle et provisoire, à tirer de ce constant est que le principe général a été utilisé comme l'était au début du siècle la "disposition générale", qui s'oppose dans la rédaction d'un texte normatif à la disposition "particulière", à la disposition "pénale" ou "financière". Mais l'indifférence du législateur touche également la distinction entre principe et règle.

D – L'absence de distinction entre le "principe" général et la "règle" générale.

Ronald Dworkin, comme on a eu l'occasion de le préciser, établit une distinction cardinale entre les principes et les règles. Les premiers sont applicables simultanément et peuvent être conciliés les uns avec les autres car ils ne fournissent que des "raisons d'aller dans un sens", là où les règles s'appliquent sur le mode exclusif du "tout ou rien" et ne sauraient supporter la transaction. On verra plus loin qu'il y a lieu de nuancer un clivage qui se voudrait trop marqué entre ces deux catégories de normes, et que les différences logiques entre règles et principes doivent plutôt se comprendre dans une perspective graduelle qui est liée à la quantité de notions à contenu variable qu'ils comportent et à leur agencement par rapport à la structure logique du texte³¹³. Toujours est-il que le législateur français ne semble pas avoir faite sienne cette distinction puisque l'on trouve des "règles" tout aussi générales, voire parfois davantage, que des "principes" généraux. Ainsi le Code de déontologie de l'architecte, au terme de l'article 3 de la section "Règles personnelles", figurant parmi les "règles générales" consacrées aux devoirs professionnels énonce de la manière suivante un devoir d'objectivité : "L'architecte doit faire preuve d'objectivité et d'équité lorsqu'il est amené à donner son avis sur la proposition d'un entrepreneur de travaux ou sur un document contractuel liant un maître d'ouvrage à un entrepreneur ou à un fournisseur. Il en est de même lorsqu'il formule une appréciation sur la compétence ou la qualité d'une entreprise ou sur la qualité de l'exécution de ses ouvrages". Cette obligation, qui a recours à des notions à contenu variable, comme "l'objectivité", "l'équité" ou la "qualité", paraît beaucoup plus floue et générale que le premier "principe général de prévention" relatif à l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail qui figure à l'article L. 230-2. I du Code du travail, puisque celui-ci précise : "Le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement de circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes".

En outre, l'on trouve des "règles" générales exprimant des vérités très solennelle et parfois même davantage que certains principes, ainsi le célèbre article L. 110 du Code de l'urbanisme qui dispose que "Le territoire français est le patrimoine commun de la nation" est-il qualifié de "règle générale d'utilisation du sol". Inversement l'on trouve des normes qualifiées de principes généraux qui expriment des mesures ponctuelles et techniques comme celui figurant à l'article L. 112-1 du Code de l'action sociale et des familles qui précise que "Le Gouvernement présente chaque année au Parlement un rapport relatif à l'évolution d'indicateurs figurant sur une liste établie par décret afin d'évaluer les résultats de la politique familiale".

³¹³ Voir infra page 257.

E – L'absence de distinction entre le principe général et la "généralité".

Certains codes utilisent le qualificatif de "généralités" pour qualifier leurs normes liminaires. Ici encore l'enveloppe extérieure des catégories utilisées ne résiste pas à la comparaison, puisque l'on trouve des "généralités" plus solennelles que des "principes". Ainsi l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale qui mentionne un principe sous le qualificatif de "généralité" : "L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale", et qui comporte des dispositions comparables à la plupart des principes généraux précités : "Elle garantit les travailleurs et leur famille contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. Elle couvre également les charges de maternité, de paternité, et les charges de famille".

On en convient, ce tour d'horizon est bien désenchanté pour qui chercherait à établir le régime juridique, voire simplement le "régime légistique" de la notion de principe juridique écrit. Mais puisque la catégorie est trop vaste et trop foisonnante, sans possibilité de dégager quelques lignes claires, la solution est peut être de pousser dans ses retranchements la rationalité divisante qui imprègne la science juridique en tentant d'établir des sous catégories au sein de cette masse hétéroclite de normes liminaires.

§ 4 – Doit-on élaborer des sous-catégories de principes législatifs écrits ?

Au premier abord et comme on vient de le voir la masse composite des principes juridiques écrits semble impossible à rationaliser. Si quelques rares distinctions peuvent être faites sur la base de l'observation de leur valeur dans la hiérarchie des normes (A), ou en explicitant leur fonction logique (B), elles ne permettent pas d'enrichir conceptuellement la notion.

A – La distinction entre les principes écrits de valeur législative *stricto sensu* et ceux qui sont issus d'autres sources du droit.

1 – Les principes écrits de valeur législative stricto-sensu.

Certains principes écrits sont une création *ex nihilo* du législateur, et manifestent sa volonté de structurer une matière ou un champ du droit en exploitant la vertu fondatrice et clarifiante du principe. Même si ceux-ci découlent parfois de principes plus généraux dont ils constituent une manifestation plus concrète ou "sectorielle", on peut les qualifier comme une pure production du législateur. Certes parfois ce dernier n'avait pas à l'esprit ce qualificatif au moment de leur adoption et le "label" de

principe général leur a été attribué *a posteriori* dans le cadre de la procédure de codification à droit constant³¹⁴. Tel est le cas des principes relatifs à des domaines ponctuels, comme ceux qui régissent l'autorité parentale aux articles 372 à 373-3 du Code civil. Tel est le cas également des principes "techniques", comme les "principes généraux de prévention" du Code du travail, relatifs à l'hygiène, à la sécurité et aux conditions de travail qui égrènent des formules du type "tenir compte de l'état d'évolution de la technique", ou "évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités". Tel est le cas enfin des principes généraux qui définissent le champ d'application du code à la tête duquel ils se trouvent, comme les principes généraux précités du Code du domaine de l'État ou du code de l'aviation civile qui définit les aéronefs comme "tous les appareils capables de s'élever ou de circuler dans les airs".

Tous ces principes sont *formellement et matériellement* issus du pouvoir législatif, et peuvent donc à ce titre être distingués de ceux qui ne mettent en œuvre qu'une compétence formelle en mentionnant simplement l'existence d'un principe issu d'un autre texte.

2 – Les principes réitératifs.

Il est des principes en effet qui sont simplement *réitérés* car issus d'autres sources du droit en regard desquelles ils sont en relation *d'homéonomie*, à commencer par les sources constitutionnelles comme pour certains des principes généraux du droit pénal. Ainsi le principe de la légalité des peines, qui se trouve à l'article L. 111-3 du Code pénal dans les termes suivants : "Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement", ne fait que préciser l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 où il est formulé en des termes beaucoup plus généraux : "Nul homme ne peut-être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les forme qu'elle a prescrites(...)". Il en est de même, de manière encore plus tautologique, pour le principe de libre administration des collectivités locales qui se trouve à la fois énoncé dans l'article L. 1111-1 du code général des collectivités territoriales qui l'énonce en ces termes : "Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus", formule reprenant presque mot pour mot l'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution de la V^{ème} République : "Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi". Dans cette hypothèse de parfaite homéonomie, la reformulation légale du principe n'a pas d'utilité juridique autre que la pédagogie et la clarté, puisque les principes constitutionnels s'imposent également au pouvoir réglementaire, sans avoir besoin pour cela d'être reproduits dans une loi³¹⁵.

³¹⁴ Sur la question des relations entre les principes législatifs et la codification à droit constant voir *infra* page 131

³¹⁵ Voir la décision n°97-388 DC du 20 mars 1997, Fonds de pension, JO du 26 mars 1977, page 4661, considérant n° 13 : "le principe constitutionnel d'égalité des sexes(...) s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence", cité par M.A. COHENDET : "Vers la

D'autres principes sont issus de sources internationales, comme par exemple la notion de développement durable ajoutée à certains principes généraux comme ceux du code forestier, du code rural ou du code de l'urbanisme, ou définie dans le code de l'environnement. Comme on le montrera plus loin, la rédaction des principes environnementaux dans le projet de loi relative au renforcement de la protection de l'environnement de 1995 a été essentiellement inspirée de textes internationaux, sur lesquels se sont greffés des modifications gouvernementales et des amendements parlementaires. Une étape décisive dans l'évaluation de leur spécificité consistera d'ailleurs à montrer les conséquences de cette filiation sur leur fonctionnement en tant que normes de droit interne.

En dehors de cette distinction basée sur la source des principes, une autre tentative d'établir des subdivisions repose sur les distinctions logiques dont ils sont traversés.

B – La tentative d'établir des distinctions logiques.

Jerzy Wroblewski désigne les "principes positifs" dans lesquels on doit ranger les principes juridiques écrits comme des normes "qui jouent un rôle décisif dans l'institution juridique, dans l'acte normatif, dans une branche du système du droit, ou dans le système tout entier. Cette importance est déterminée par la situation hiérarchique, ou par la fonction assignée par les législateurs, ou le sujet appliquant ou interprétant le droit"³¹⁶. L'aspect central, mais également très obscur, de cette définition est le "rôle décisif" joué par le principe. Force est de constater que ces "principes juridiques écrits", qui sont des principes positifs en raison de leur inscription dans un texte en vigueur n'ont pas tous la même structure logique et que leur "primauté" se décline sur des registres différents. Le critère essentiel demeure dans le recours par certains d'entre eux à la forme conditions/dispositif alors que d'autres s'apparentent plutôt à des énoncés constatifs décrivant le réel sous la forme d'un objectif ou d'un programme. Ainsi parmi les principes constatifs on mentionnera l'article L. 121-6 troisième alinéa du Code de l'éducation, "principe général de l'éducation", qui précise que "Les enseignements artistiques font partie intégrante de la formation scolaire primaire et secondaire. Ils font également l'objet d'enseignements spécialisés et d'un enseignement supérieur", ou l'article L. 1 alinéa premier du Code forestier, qualifié de principe "fondamental" qui dispose que : "La mise en valeur et la protection des forêts sont reconnues d'intérêt général. La politique forestière prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale des forêts et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable". Ces énoncés, qui affirment des vérités d'existence et non des propositions normatives, se distinguent fondamentalement de ceux qui possèdent une dimension

constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré", op. cit., page 294-295.

³¹⁶ J. WROBLEWSKI : "Principes du droit", in A. J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., pages 475.

prescriptive destinée à infléchir les comportements et qui participent plus pleinement du "devoir être". Parmi ces derniers on trouve par exemple l'article L. 1111-3 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que "La répartition des compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou à exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles", ainsi que l'article L 1110-9 du Code de la santé publique qui précise que "Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement". La frontière logique entre ces deux types de principes est difficile à établir et surtout à systématiser. Elle dépend essentiellement de la *langue* utilisée et des structures grammaticales plus ou moins impératives ou catégoriques³¹⁷ qui placent les principes sur une échelle graduelle au sein de laquelle il est difficile d'établir des césures franches³¹⁸. C'est par cet usage différencié des notions indéterminées ou des standards que les principes reçoivent des profils différents. On croiera ici les différentes typologies élaborées pour cerner le phénomène de développement des principes comme celle, "purement descriptive", établie par Jerzy Wroblewski³¹⁹ ou celle élaborée par Georges Rouhette au sujet de "l'article premier des lois"³²⁰. L'opération permettra de vérifier comment la structure logique des principes subit des transformations du fait des fonctions – définitoires (1), synthétiques (2), inaugurales (3), finalistes (4) ou programmatiques (5) – qui lui sont attribuées par le législateur.

1 – Les principes définitoires.

La fonction de tels principes est soit la détermination du champ d'application d'une loi, d'une disposition ou d'une procédure, soit le "traitement législatif de la polysémie"³²¹ d'un mot en fixant une définition légale qui ne vaut la plupart du temps que pour la loi ou le code considérés, comme le rappelle la formule usuelle "au sens de la présente loi", mais peut également concerner le système juridique dans son ensemble³²². Ces principes revêtent les caractéristiques usuellement attachées à la *définition* qui, selon Aristote, consiste dans une formule exprimant l'essence d'une chose³²³, et selon la

³¹⁷ Voir notamment l'usage des verbes "prohiber", "devoir", "falloir", "pouvoir", "permettre", "avoir droit", "avoir le pouvoir", "avoir la faculté de" etc... in G. CORNU : "Linguistique juridique", Domat Droit privé, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2000, pages 269 et 270.

³¹⁸ Pour une discussion de l'opposition entre "principe" et "règle" chez Dworkin voir infra page 138.

³¹⁹ Qui distingue les "*principes positifs du droit*" formulés dans les textes, les "*principes implicites du droit*" qui font partie du droit positif sans y être expressément énoncés, les "*principes extra-systémiques du droit*" qui ne font pas partie du droit positif, "*les principes-noms du droit*" qui décrivent les traits essentiels d'une institution sans posséder de caractère normatif, les "*principes constructions du droit*" qui sont des outils conceptuels pré-supposés dans l'élaboration du droit ou dans son interprétation, in A. J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, Paris, 1993, page 474.

³²⁰ Voir G. ROUHETTE : "L'article premier des lois", in N. MOLFESSIS (dir.) : "Les mots de la loi", Études juridiques, Economica, Paris, 1999, pages 37 et s.

³²¹ G. CORNU : "Linguistique juridique", op. cit., page 109.

³²² Cependant si la plupart des définitions légales sont *relatives* et "données pour la loi qui les porte pour l'application de cette loi", d'autres sont *absolues* et "deviennent des éléments du droit positif français", "ces définitions – qui correspondent à des définitions réelles – sont vraiment des pièces du système juridique en tant que le sens qu'elles recèlent constitue une catégorie juridique", voir sur ce point G. CORNU : "Linguistique juridique", op. cit., page 111.

³²³ "Une définition est une formule qui exprime l'essentiel de l'essence d'un sujet", ARISTOTE : "Topiques", I, 4, 5, Les Belles Lettres, traduction de J. BRUNSCHWIG, Paris, 1967.

logique générale "à déterminer la compréhension caractérisant un concept"³²⁴. Cette dimension "compréhensive" de la définition est un trait distinctif de ces "principes définitoires" puisqu'à la différence de certaines normes ceux-ci ne présentent pas de définitions légales "en extension", c'est à dire qui livrent, non pas – ou non seulement – la *propriété* de classement des objets sous un concept, mais la *série* de ces objets eux-mêmes ou tout au moins une partie jugée représentative. Ainsi, le premier principe fondamental énoncé à l'article premier alinéa 1 du code des marchés publics, qui donne de ces contrats la définition suivante : "Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services", donne une définition en compréhension qui ne livre aucune liste ou aucun exemple de marché public précis, tels les marchés fractionnés, marchés d'étude ou marchés de maîtrise d'œuvre³²⁵. Entrent également dans cette catégorie des principes définitoires, car présentant la même caractéristique "compréhensive", le "principe général de la santé publique" figurant à l'article L. 110-10 de ce code qui définit les soins palliatifs³²⁶, ou le "principe directeur du procès" qui définit l'objet du litige à l'article 4 du nouveau code de procédure civile³²⁷. Il faut enfin mentionner que de très rares principes définitoires proposent des définitions en extension, comme par exemple l'article premier du code des douanes qui définit le territoire douanier en additionnant simplement ses composantes.

Il est admis que de tels principes ont une valeur interprétative³²⁸ ou "pré-interprétative"³²⁹, mais ils ont également une fonction de clarification du texte pour ses lecteurs puisque ces derniers pourront se référer au principe définitoire pour saisir le sens d'un mot ou d'un concept récurrents. Ces normes descriptives étaient à ce titre considérées par Hans Kelsen comme "non indépendantes" car non contraignantes par elles mêmes, et tributaires d'une autre norme qui puisse être vecteur de leur caractère prescriptif³³⁰. Ainsi un juge utilisera pour qualifier les faits mentionnés dans une norme

³²⁴ **A. LALANDE** : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", "Définition", op. cit., page 207.

³²⁵ À la différence de certains articles définitoires non qualifiés de "principes" qui combinent définition en compréhension et définition en extension, comme par exemple l'article L. 321-2 du Code de l'environnement qui définit les "communes littorales" comme les communes : "1° – Riveraines des mers et océans, des étangs salés, des plans d'eau intérieurs d'une superficie supérieure à 1000 hectares ; 2° – Riveraines des estuaires et des deltas lorsqu'elles sont situées en aval de la limite de salure des eaux et participent aux équilibres écologiques et économiques littoraux" (*définition en compréhension*) pour préciser ensuite que "La liste de ces communes est fixée par décret en Conseil d'État, après consultation des conseils municipaux intéressés" (*définition en extension sous forme de liste limitative*).

³²⁶ "Les soins palliatifs sont des soins actifs et continus pratiqués par une équipe interdisciplinaire en institution ou à domicile. Ils visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage".

³²⁷ "L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant".

³²⁸ "(...) la première définition a sans conteste valeur de norme d'interprétation et impose à l'interprète d'attribuer la signification qu'elle spécifie au terme compris dans les énoncés qui suivent (...)", **G. ROUHETTE** : "L'article premier des lois", op. cit., page 45.

³²⁹ "L'article de définition établit une proposition de base qui commande nécessairement l'application des autres dispositions relatives à ce qui est défini. La définition posée est comme incorporée à toutes les dispositions qui se rapportent à son objet", **G. CORNU** : "Linguistique juridique", op. cit., page 297.

³³⁰ "Ainsi un Code pénal peut contenir un article qui déclare : 'Est meurtre toute conduite par laquelle un homme provoque intentionnellement la mort d'un autre homme' ; il n'a de caractère normatif qu'en

prescriptive ou "sanctionnée" la définition légale figurant dans le principe définitoire qui, considérée indépendamment de cette première norme, serait incapable d'avoir des effets propres. Il est certain que ces principes définitoires présentent une structure logique spécifique puisqu'à la fois leur conditions et leur dispositif présentent les caractéristiques des énoncés constatifs posant des vérités d'existence. La définition possède en effet pour *dispositif* l'imputation d'un mot à un phénomène, et comme *condition* la description de l'essence ou de la compréhension de ce phénomène. Alors que généralement les énoncés prescriptifs décrivent un comportement ou une action dans leur partie conditionnelle et une prescription – obligation de faire ou de ne pas faire, interdiction, peine – dans leur dispositif, *les principes définitoires nomment un segment de la réalité qu'ils ont préalablement décrit.*

Doit-on pour autant considérer que de tels principes sont dépourvus de toute portée normative ? "Forme pure du pouvoir" comme l'aurait dit Michel Foucault³³¹, la norme définitoire manifeste le *pouvoir de nommer* qui trahit le travail de construction ou "d'interprétation officielle"³³² de la réalité par le droit. Si ces principes sont non indépendants au plan de la *sanction*, ils n'en possèdent pas moins une grande portée normative puisque chargés de nommer la réalité et de faire advenir ce qui, parmi l'avalanche des faits et des informations qui la constituent, fera sens pour le droit.

2 – Les principes synthétiques.

Ils trahissent les sources d'inspiration de la loi dont ils constituent le préambule solennel et symbolique, généralement dérivé de l'exposé des motifs. On classera parmi eux l'article L. 1111-1 du code général des collectivités territoriales qui énonce laconiquement que "Les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus". Ces principes peuvent constituer de véritables directives d'interprétation pour les dispositions plus techniques dont ils sont suivis, ils manifestent l'esprit de la loi au sens où ils constituent une sorte de "tissu doctrinal cousu au tissu législatif"³³³.

En termes logiques ces normes sont plus proches des énoncés prescriptifs que les principes définitoires car mettant classiquement en relation des conditions et des conséquences comme par

connexion avec un autre article qui dispose : 'Lorsqu'un homme commet un meurtre, le tribunal habilité à cet effet doit prononcer contre lui la peine de mort' ", **H. KELSEN** : "Théorie pure du droit", op. cit., page 64.

³³¹ "Ce qui veut dire enfin que le pouvoir agit en prononçant la règle : la prise du pouvoir sur le sexe se ferait par le langage ou plutôt par un acte de discours créant, du fait même qu'il s'articule, un état de droit", *in* **M. FOUCAULT** : "Histoire de la sexualité", Tome 1 : "La volonté de savoir", op. cit., page 110.

³³² "En effet, la réalité, surtout sociale, est complexe, riche et présentant de multiples facettes, tandis que son appréhension humaine est toujours schématisante et unidimensionnelle. (...). Or, la vie en société exige que l'on choisisse parmi les différents schémas concurrentiels un seul, constituant la référence commune, afin d'harmoniser les actions qui en sont les conséquences. En conséquence, notre thèse centrale peut s'énoncer comme suit : le droit est une interprétation autoritaire de la réalité, attribuant à ses éléments des statuts ou propriétés appelées tautologiquement juridiques, et opérée par des personnes ayant elles mêmes la qualité d'organes du droit", **C. GRZEGORCZYK** : "Le droit comme interprétation officielle de la réalité", Droits, n° 11, 1990, page 32.

³³³ **G. CORNU** : "Linguistique juridique", op. cit., page 299.

exemple pour l'ancien premier principe général du code du service national qui mentionne que "Les citoyens (*condition*) concourent à la défense de la nation (*dispositif général*). Ce devoir s'exerce notamment par l'accomplissement du service national universel" (*dispositif particulier*)³³⁴. La caractéristique de ces principes est l'indétermination des deux composantes logiques de leur énoncé puisque ici leur dimension compréhensive est volontaire et destinée à embrasser toute une loi ou tout un domaine du droit. L'effet recherché par le législateur est la dimension symbolique, la volonté de frapper les esprits par une formule concise. Le premier principe de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État, qui affirme que "La République assure la liberté de conscience"³³⁵ rend compte de cette recherche de l'effet symbolique qui fait dépendre la "norme synthétique"³³⁶ des dispositions plus précises qui la suivent, mais permet d'en embrasser d'un seul coup d'œil la quintessence³³⁷. À cette fin ces principes sont fréquemment qualifiés par un nom ou une formule qui permet d'en faire des dispositions extrêmement concises où l'énoncé juridique se réduit à quelques mots, tels le principe de "libre administration" ou le principe de "légalité des peines". Parmi ces dispositions on rangera bien évidemment les formules qui précisent qu'une préoccupation "est d'intérêt général".

3 – Les principes inauguraux.

Ils constituent des "articles d'annonce" qui introduisent à des développements plus précis où seront déclinées les directives générales qu'ils formulent³³⁸. La métaphore de la cathédrale gothique pourrait retrouver ici ses vertus illustratives, en montrant par exemple les relations qui s'établissent entre un pilier composite et le réseau complexe de colonnes, colonnettes et nervures qui en répartit et en distribue les forces pour soutenir une voûte. Les principes inauguraux ont donc une fonction essentiellement organisatrice qui vise à structurer linéairement le discours légal en bornant et en balisant son déroulement.

On donnera pour illustration de ce type de principes le premier "principe général" de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre qui dispose que "Les mesures destinées à passer de l'organisation pour le temps de paix à l'organisation pour le temps de guerre sont prévues dès le temps de paix"³³⁹, ce qui tout à la fois annonce et justifie les dispositions plus précises qui vont suivre. Il en est de même pour le premier principe général figurant à l'article L. 111-1 du Code pénal qui dispose que "Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes,

³³⁴ Article L. 111-1 du Code du service national.

³³⁵ JO du 11 décembre 1905.

³³⁶ G. CORNU : "Linguistique juridique", op. cit., page 298.

³³⁷ "Ces articles sont rares, ils sont très précieux. De métaphore en métaphore on pourrait aussi bien dire que ce sont des tables d'orientation, des phares, des plaques tournantes, des nœuds, des articulations", G. CORNU, *Ibid.*

³³⁸ G. CORNU : *Ibid.*, page 299.

³³⁹ JO du 13 juillet 1938.

délits et contraventions", ainsi que pour l'article L. 111-1 du Code de l'action sociale et des familles qui précise que "Sous réserve des dispositions des articles L. 111-2 et L. 111-3, toute personne résidant en France bénéficie, si elle remplit les conditions légales d'attribution, des formes de l'aide sociale telles qu'elles sont définies par le présent code". Ce dernier principe général, dont la portée normative est nulle puisqu'il ne fait que renvoyer à des dispositions situées ailleurs dans le texte, pose l'articulation entre une disposition générale et une série de dispositions particulières qui sont simplement annoncées. On pourrait presque qualifier ce type d'article de "principes architecturaux", dans la mesure où il constitue surtout un instrument au service de la compréhension et de la lisibilité de l'organisation formelle du code.

4 – Les principes finalistes.

Décrivant le but d'une législation, les principes finalistes fournissent à l'interprète de la norme une indication téléologique permettant d'apprécier dans quelle direction les textes plus précis de mise en œuvre sont tournés. Ils ne fixent donc pas un programme d'action mais affichent une priorité explicite et souvent motivée vers laquelle l'ensemble du texte qu'ils coiffent doit tendre.

On trouve parmi ce type de principes l'article L. 111-1 alinéa 2 du Code de l'éducation qui précise que "Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté", ou l'article L. 111-3 du Code du service national qui précise que "Le volontariat vise à apporter un concours personnel et temporaire à la communauté nationale dans le cadre d'une mission d'intérêt général, et à développer la solidarité et le sentiment d'appartenance à la Nation".

Sur le plan logique ces principes composent souvent avec le registre auto-justificatoire. Ainsi dans la plupart des cas ils n'ont pas une structure prescriptive classique basée sur le tandem conditions/dispositif mais prennent une forme affirmative qui pose une valeur pour la justifier ensuite par une série d'arguments. Ils font donc à ce titre partie des principes constitués d'énoncés constatifs.

5 – Les principes programmatiques.

Les principes programmatiques déterminent un objectif à atteindre et renvoient aux moyens que la loi déclinera pour les réaliser ; pour les distinguer des principes finalistes, on peut considérer qu'ils fixent une "charge de travail" plus précise. La tournure volontiers emphatique des formules s'autorise parfois d'approximations plus ou moins graves, comme l'article L. 111-1 du Code de l'éducation qui précise que "l'éducation est la première priorité nationale", alors qu'un simple regard jeté sur le budget de l'État

montrerait qu'il est bien plutôt la troisième ou la quatrième de ces priorités. On mentionnera également le programme très ambitieux que se fixe l'article L. 1 du Code forestier qui précise que (la politique forestière) "a pour objet d'assurer la gestion durable des forêts et de leurs ressources naturelles, de développer la qualification des emplois en vue de leur pérennisation, de renforcer la compétitivité de la filière forestière, de récolte et de valorisation du bois et des autres produits forestiers et de satisfaire les demandes sociales relatives à la forêt".

L'économie de certains de ces principes programmatiques se rattache donc à la notion "d'idéal régulateur", c'est à dire d'objectif dont le but n'est pas d'être concrétisé réellement mais de guider l'action des pouvoirs publics. D'ailleurs vis à vis des particuliers ces principes ne sont pas opposables ni obligatoires en tant que tels, il peuvent le cas échéant servir à interpréter les règles plus précises qui les mettent en œuvre³⁴⁰. Le cas échéant ils serviront d'objectif symbolique pour une période donnée puis seront remis en cause par la majorité politique suivante³⁴¹. Autre intérêt de ces principes, ils peuvent venir constituer un point de référence pour l'évaluation des politiques publiques dont ils constituent le "plan de bataille"³⁴².

Pour l'heure, il faut accepter que la catégorie de référence à laquelle on peut rattacher les principes écrits du droit de l'environnement soit donc très hétérogène et dénuée de tout régime juridique clair. La mesure d'une spécificité risque fort d'en pâtir puisque ce référentiel ne possède que très peu de vertus discriminantes et constitue lui même un champ très ouvert où l'expression d'un particularisme pourrait passer largement inaperçue. Mais avant d'entamer toute comparaison, et après avoir éclairci au moins sur le plan phénoménal la notion de principe juridique écrit, il faut en second lieu aborder l'étude des principes environnementaux pour évaluer très précisément leur configuration textuelle. Ce n'est qu'à l'issue de cette analyse qu'une comparaison avec le corpus que l'on vient de délimiter pourra être ébauchée.

³⁴⁰ C. A. MORAND : "Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires", op. cit., page 855.

³⁴¹ Voir sur ce point l'exemple de l'objectif législatif des quatre vingt pour cent de réussite au baccalauréat, figurant à l'article 3 la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation (La Nation se fixe comme objectif de conduire d'ici dix ans l'ensemble d'une classe d'âge au minimum au niveau du certificat d'aptitude professionnelle ou du brevet d'études professionnelles et 80 % au niveau du baccalauréat"), J.O. du 4 août 1989, page 8860, et dont le constat d'échec a été tiré par le Rapport de la Commission du débat national sur l'avenir de l'École présidée par C. THÉLOT, La documentation française, Paris, 2004, page 24.

³⁴² C. A. MORAND : "Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires", op. cit., page 859.

Chapitre II – La configuration légistique des principes du droit de l'environnement : une double vertu clarifiante et fondatrice.

C'est assurément sous le signe de *l'antinomie* que doit être placée l'analyse des principes du droit de l'environnement au plan de la légistique. Il faut commencer par considérer, pour ouvrir ce chapitre, que comme il en est de la plupart des normes la dimension première du principe de droit de l'environnement est une dimension *textuelle*. C'est en effet d'abord par le biais du texte qu'il est possible d'accéder au principe en tant que phénomène juridique. Mais, comme le rappelle Friedrich Müller, la *norme* ne doit pas être confondue avec le *texte de la norme*. En tant que donnée de départ d'un processus de concrétisation du droit³⁴³, le texte des principes constitue simplement une hypothèse qui "délimite l'espace de jeu d'une concrétisation régulière"³⁴⁴. Les mots du principe ne sont que des signaux ou des références³⁴⁵ qui évoquent ce qui leur correspond dans la réalité environnementale et, ce faisant, bornent les possibilités ultérieures d'une concrétisation qui les cristallisera peu à peu en normes juridiques. La norme juridique constituée par le principe écrit n'apparaîtra qu'au terme d'un processus qui viendra compléter cette dimension textuelle par une série d'interventions externes : interprétation, recherche des faits pertinents, confrontation des catégories de la norme avec les faits, confrontation à une autre norme, utilisation comme point de départ d'un processus déductif, concrétisation *via* un autre texte... Comme le rappelle Pierre Bourdieu au sujet de l'efficacité sociale du discours rituel – et les principes environnementaux, en tant qu'expression juridique d'une problématisation *légitime* de la réalité environnementale en relèvent largement – "la force d'illocution des expressions ne se trouve pas dans les mots, même performatifs. Ce qui est important c'est la garantie de délégation dont le locuteur est investi. L'autorité advient au langage du dehors, le langage ne fait que représenter cette autorité, la manifester, la symboliser"³⁴⁶. La ratification de ce constat emporte deux conséquences pour les principes. Tout d'abord vis à vis de la critique doctrinale qui stigmatise leur déficit de juridicité, dont il révèle qu'elle ne les interpelle pas en tant que *normes* mais en tant que *texte de norme*, c'est à dire en les coupant du processus qui transforme peu à peu le texte en norme juridique. La connivence volontaire ou involontaire qui unit ce type de critique avec un certain centralisme textuel, tributaire de la concrétisation syllogistique et mécanique d'une règle de droit considérée comme autosuffisante, traduit son affiliation à la configuration panlégiste au sein de laquelle la juridicité du principe ne peut effectivement être pensée que comme *déficitaire*. Ensuite au plan méthodologique il souligne l'intérêt primordial d'une étude approfondie du statut textuel des principes environnementaux puisque c'est essentiellement cette dimension qui nourrit la critique de leur "non-juridicité", au détriment d'une autre, qui soulignerait par exemple la timidité du juge face à des principes

³⁴³ *Ibid.*, page 346.

³⁴⁴ *Ibid.*, page 239.

³⁴⁵ *Ibid.* page 177.

³⁴⁶ P. BOURDIEU : "Ce que parler veut dire", op. cit., page 105.

législatifs pourtant bien plus détaillés que certains des principes généraux du droit administratif ou que d'autres standards appliqués pourtant sans états d'âme.

Avant d'entamer une analyse approfondie du texte des principes du droit de l'environnement (**Section 3**), il faudra tenter tout d'abord de les identifier formellement par rapport aux multiples catégories de principes juridiques écrits (**Section 1**) et d'évaluer les données de politique juridique qui ont conditionné le recours à la notion de principe juridique écrit au sein de ce champ du droit (**Section 2**)

Section 1 – L'identification formelle des principes du droit de l'environnement.

L'opération de subsomption qui consiste à placer les principes du droit de l'environnement sous chacune des catégories existantes de principes juridiques écrits a longtemps désigné celle des *principes législatifs* comme catégorie d'accueil privilégiée, fût-elle une catégorie "par défaut". La constitutionnalisation des principes dans la Charte du premier mars 2005 ravale leur statut législatif au rang de simple étape historique, même si actuellement, et pour une durée indéterminée, ces principes coexistent avec ceux du code de l'environnement ; mais la Charte ne lève pas, bien au contraire, les interrogations qui entourent la notion de principe juridique écrit. On jouera ici pour un temps le jeu du conceptualisme juridique, en suivant la richesse de catégories qui se distinguent surtout par des nuances formelles, pour montrer par exclusion (§ 1) que ces principes sont des principes législatifs et constitutionnels *sui generis* (§ 2).

§ 1 – Comparaison des principes généraux du droit de l'environnement avec les catégories de principes juridiques écrits existantes : une analyse par élimination.

Si la Charte de l'environnement adoptée lors de la révision constitutionnelle de mars 2005 donne un statut constitutionnel aux principes du droit de l'environnement, elle le fait sans utiliser les catégories existantes de principes et de normes constitutionnelles, et ne semble pas faire explicitement appel à la catégorie même de "principe juridique", sauf pour le principe de précaution. Cette dimension *sui generis* des principes environnementaux avait déjà, comme on va le voir, marqué la phase législative de leur histoire. On empruntera ici le chemin de la hiérarchie des normes pour montrer que les principes environnementaux ne sont tout simplement assimilables à aucune des catégories existantes de principes juridiques écrits du droit public français, qu'il s'agisse des "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (A), des "Principes particulièrement nécessaires à notre temps" (B), ou des "Principes fondamentaux" de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 (C).

A – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

La question de l'appartenance des principes environnementaux à cette catégorie se posait pour les principes du code et non pour ceux de la Charte, puisque la mécanique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République concerne des principes législatifs promus au rang constitutionnel par l'œuvre prétorienne du Conseil constitutionnel. De surcroît, cette question revêt un caractère essentiellement historique puisque la constitutionnalisation des principes par voie de révision constitutionnelle dispense le Conseil constitutionnel de les faire émerger à ce rang par le biais de cette technique. Or, si les quatre critères posés par ce dernier dans les décisions dites "loi d'amnistie"³⁴⁷, "rétroactivité en matière contractuelle"³⁴⁸ et "code de la nationalité"³⁴⁹ ne semblaient pas à première vue fermer la porte à une consécration des principes environnementaux sous la forme de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, un examen plus poussé révèle l'existence de "verrous interprétatifs" liés à l'ambiguïté de la formulation retenue par le constituant de 1946 et à la prudence de la Haute juridiction. En effet, pour commencer ces principes doivent se trouver dans une "loi", il faut ensuite que cette loi soit issue d'une période "républicaine", puis il faut que cette législation républicaine soit antérieure à 1946³⁵⁰, et enfin ils doivent revêtir un certain caractère d'importance³⁵¹ et relever d'une "tradition continue"³⁵². Ces critères, dont Véronique Champeil-Desplats précise à juste titre que la généralisation est une œuvre doctrinale³⁵³, et qui connaissent donc des variantes au sein de

³⁴⁷ Voir la Décision du Conseil constitutionnel n° 88-244 DC, Recueil page 119, JO du 21 juillet 1988, page 9448.

³⁴⁸ Voir la Décision du Conseil constitutionnel n° 89-254 DC, Recueil page 41, JO du 5 juillet 1989 page 8383.

³⁴⁹ Voir la Décision du Conseil constitutionnel n° 93-321 DC, recueil page 199, JO du 23 juillet 1993, page 10391.

³⁵⁰ Voir les deux notes suivantes.

³⁵¹ "Considérant que si le législateur a posé en 1851 et réaffirmé à plusieurs reprises en 1874, 1889 et 1927 la règle selon laquelle est français tout individu né en France d'un étranger qui lui même y est né, il n'a conféré un caractère absolu à cette règle qu'en 1889 pour répondre notamment aux exigences de la conscription ; qu'en mettant un terme à ce droit, dans les cas où les parents des enfants concernés seraient nés dans des territoires d'outre-mer ou des colonies ayant depuis lors accédé à l'indépendance, la loi déferée n'a méconnu aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République", Décision du Conseil constitutionnel n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, op. cit., paragraphe n°18.

³⁵² "Considérant que, si dans leur très grande majorité les textes pris en matière d'amnistie dans la législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 ne comportent pas de dispositions concernant, en dehors des incriminations pénales dont ils ont pu être l'occasion, les rapports nés de contrats de travail de droit privé, il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition ; que, dès lors, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution de 1946", Décision du Conseil constitutionnel n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, op. cit., paragraphes 11 et 12. Voir également la décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989 : "Considérant qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946, diverses lois ont, pour de motifs d'intérêt général, fixé des règles s'appliquant à des contrats en cours ; qu'ainsi, la prohibition de toute rétroactivité de la loi en matière contractuelle ne saurait être regardée comme constituant un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946", Recueil page 41, JO du 5 juillet 1989, paragraphe 13.

³⁵³ V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", Thèse droit public, PUAM, ECONOMICA, Collection droit public positif, Paris, 2001, page 98.

la littérature exégétique de ces décisions³⁵⁴, frappent d'irrecevabilité la candidature des principes environnementaux.

Certes, l'origine sectorielle de ces derniers ne présentait pas une dimension rédhibitoire car leur usage s'étend pour certains d'entre eux en dehors du champ environnemental³⁵⁵. En outre, le Conseil constitutionnel a déjà consacré comme PFLR des dispositions qui concernaient des domaines relativement sectoriels, comme par exemple l'indépendance des professeurs d'université³⁵⁶. En revanche, si la dimension républicaine de la loi du 2 février 1995 pour le renforcement de la protection de l'environnement ne fait aucun doute, la nécessité d'une "tradition continue" qui ne doit pas avoir souffert d'un seul écart suscite davantage d'interrogations. Cet argument qui s'apparente à celui exigé pour reconnaître l'existence d'une coutume pose la question de la durée comme critère de constitution d'une "tradition". Les principes environnementaux ne sont présents en droit interne que depuis 1995, et même si nombre d'entre eux, et notamment le principe de prévention, peuvent être considérés comme les soubassements de la politique environnementale, leur formulation explicite dans une loi républicaine ne représente pas à proprement parler une "tradition". Certes, les politiques publiques environnementales sont récentes, et les principes figurent depuis beaucoup plus longtemps dans les textes internationaux et communautaires. Mais le Conseil constitutionnel aurait sans doute refusé un tel argument, sauf à considérer que les principes étaient présents sous d'autres formes dans les textes de la III^e République, ou à interpréter la notion de "tradition continue" de manière *relative*, en la rapportant à une échelle temporelle propre au domaine du droit concerné. Ainsi les principes environnementaux auraient-ils pu être considérés comme de tradition continue au sein de la politique environnementale, puisque la législation sur les études d'impact remonte à 1976 et donne l'illustration d'une mise en œuvre précoce, bien que non explicitement formulée, du principe de prévention.

Mais l'obstacle le plus décisif à l'accès au statut de principe fondamental reconnu par les lois de la République pour les principes environnementaux résidait dans le fait que les lois qui servent de base à leur établissement doivent être antérieures au Préambule de 1946³⁵⁷, ce qui semblait exclure mécaniquement et sans appel la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, et avec elle toutes les lois des quatrième et cinquième Républiques. Les origines historiques de la notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui ont favorisé

³⁵⁴ Ainsi selon **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** pour accéder au rang de PFLR une norme doit en outre posséder un "caractère général et non contingent", et être dotée d'une certaine "importance" : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", 11^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2001, page 254.

³⁵⁵ "Or, si l'on reprend la liste de ces principes (du droit de l'environnement), on pourra constater qu'ils sont proches ou identiques aux principes qui devraient être applicables en matière de santé publique où ils ne sont pas exprimés(...). "L'identité est à vrai dire peu étonnante, si l'on considère qu'il s'agit dans les deux cas d'une forme d'action publique, scientifiquement fondée sur un retour d'expérience, certes très imparfait, issu de situations de crise", **M. A. HERMITTE** : "Santé, environnement, pour une deuxième révolution hygiéniste", in **M. PRIEUR, C. LAMBRECHT (dir.)** : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche, Paris, 1998, page 30.

³⁵⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, dite "Libertés universitaires", Recueil page 30.

³⁵⁷ Voir décision n° 88-244 DC précitée.

une certaine incertitude conceptuelle rendue nécessaire par le compromis, ainsi que le renvoi par les constituants de 1946 aux "lois de la République", ont conduit en effet une large partie de la doctrine à voir en eux une catégorie *rétrospective* de principes, qui ne permettrait pas au Conseil constitutionnel de consacrer des dispositions issues de textes postérieurs à 1946³⁵⁸. Même si des voix discordantes s'élèvent à ce sujet au sein de la doctrine³⁵⁹, les tenants de cette dimension rétrospective des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont pour eux que le Conseil constitutionnel n'a consacré pour l'instant que des principes issus des lois républicaines antérieures au Préambule de 1946 et qu'il semble être attaché à cette vision³⁶⁰.

Cette interprétation du Préambule et la pratique constitutionnelle qui en a découlé ont pourtant été contestées. Henri Roussillon précise par exemple que le constituant de 1946 s'est référé à "la" République en tant que notion générale et non nommément "aux" Républiques au sens historique, ce qui a pour effet d'intégrer les deux dernières Républiques dans le vivier des PFLR³⁶¹. De même, Jean Gicquel précise-t-il que des "libertés récentes sont susceptibles d'être constitutionnalisées, à l'avenir, sur ce fondement"³⁶². On l'aura néanmoins compris, ce "verrou interprétatif" suffisait à empêcher toute constitutionnalisation des principes généraux du droit de l'environnement par le biais de cette catégorie de principes juridiques écrits, sauf à voir s'opérer un revirement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par lequel il se serait autorisé à utiliser le corpus inaugural du Code de l'environnement comme base de départ à une interprétation constructive. On comprend que cette approche restrictive soit motivée par la volonté d'éviter que toute loi puisse par cette voie prétendre intégrer le bloc de constitutionnalité, ce qui donnerait à la Haute juridiction un champ de références textuelles pratiquement illimité et ferait du législateur un constituant indirect. Le Conseil constitutionnel semble en effet soucieux de ne pas prêter le flanc aux accusations de "gouvernement des juges" qui lui sont portées dès qu'il tente d'élargir la base textuelle de son contrôle³⁶³. Pourtant il y a lieu de rappeler

³⁵⁸ Voir dans ce sens **B. GENEVOIS** : "En effet, si on accepte d'entrer dans une logique interprétative qui est commandée par le libellé même du texte du Préambule, on est obligé pour dégager des PFLR de se placer avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, de se référer à des lois républicaines et de rechercher, au sein de ces textes, des principes essentiels touchant aux droits et libertés", **B. GENEVOIS** : "Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", op. cit., page 480 ; **M. VERPEAUX** : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes fondamentaux énoncés par les lois de la République", *Les Petites Affiches*, 14 juillet 1993, n° 84, page 13.

³⁵⁹ Voir notamment **D. ROUSSEAU** : "Pour être large, le domaine des trois premières Républiques n'est pas extensible, et, en s'interdisant d'aller chercher des principes fondamentaux dans les lois de la IV^e République et de la V^e République, le Conseil s'est privé lui-même de l'accès à un champ législatif riche en ressources constitutionnelles. Sur le plan logique, cette auto-limitation est difficile à comprendre", in "Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946", *Revue administrative* n°296/1997, page 162.

³⁶⁰ **S. DYENS, E. SALÈS** : "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?", *Revue administrative* n° 291, page 278 ; voir également le paragraphe 13 la Décision du Conseil constitutionnel n°89-254 DC du 4 juillet 1989 précitée.

³⁶¹ **H. ROUSSILLON** : "Le Conseil constitutionnel", 3^e édition, Connaissance du droit, Droit public, DALLOZ, Paris, 1996, page 50.

³⁶² **J. GICQUEL** : "L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle", in **M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS de LEYSSAC (dir.)** : "Libertés et droits fondamentaux. Introduction, textes et commentaires", Seuil, Paris, 1996, page 241.

³⁶³ "On semble admettre que l'étendue des pouvoirs dont dispose le Conseil constitutionnel pour appliquer des textes vagues, ambigus et contradictoires est contrebalancé par la prudence, le tact avec lesquels il les utilise ; que le risque de voir cet organe de contrôle imposer ses vues à un Parlement démocratique élu et exprimant la volonté de la nation est donc minime et partant, acceptable au regard de la contribution

qu'en définitive cette juridiction reste maître de sa volonté de conférer à des textes législatifs une valeur constitutionnelle en les consacrant comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. L'intégration des textes postérieurs à 1946 élargirait simplement son dispositif de référence, et ne ferait aucunement disparaître les autres critères qui président à leur constitutionnalisation, notamment celui qui exige une "tradition continue" qui peut être considéré comme une réelle garantie contre la constitutionnalisation tous azimuts de dispositions législatives. La possibilité pour lui de les choisir parmi des textes récents pourrait même doter les principes législatifs écrits d'une fonction téléologique comme normes "pré-constitutionnelles" destinées à être reconnues par le Conseil qui, comme le propose Dominique Rousseau, "établirait ainsi avec le Parlement une complicité, en permettant à certaines de ses expressions d'acquérir une autorité que sa position de simple corps législatif ne peut leur conférer"³⁶⁴.

En dehors d'un tel revirement de jurisprudence qui aurait vu le Conseil constitutionnel puiser des principes fondamentaux au sein de lois récentes, et en tout état de cause, la constitutionnalisation des principes environnementaux sous cette forme n'aurait été possible que si une tradition républicaine antérieure à 1946 s'était manifestée avec constance en faveur de certains d'entre eux au sein de textes que l'on peut considérer comme précurseurs du droit de l'environnement. Pour éviter de remettre en cause le critère de l'antériorité à la Constitution de 1946, l'on peut en effet légitimement s'interroger sur la possibilité d'inférer de tels principes de lois de la République incluses dans la période consacrée comme période de référence par le Conseil constitutionnel, et qui de près ou de loin concernent l'environnement ou ont été rétrospectivement intégrées à ce champ juridique. Mais un rapide examen révèle que cette voie demeure improbable, puisque l'on ne saurait trouver trace de prémisses explicites aux principes du droit de l'environnement dans la loi sur les monuments historiques du 31 décembre 1913, ou dans les lois sur les sites du 21 avril 1906 et du 2 mai 1930. Ce d'autant plus que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel la conception des PFLR est de plus en plus stricte. Même si la Haute juridiction se dispense parfois d'énoncer les critères dégagés dans la décision précitée du 20 juillet 1988, il n'en demeure pas moins que même avant cette décision le principe fondamental reconnu par les lois de la République apparaissait comme un "principe essentiel posé par le législateur républicain touchant à l'exercice des droits et libertés et qui a reçu une application avec une constance suffisante dans la législation antérieure à la Constitution du 27 octobre 46"³⁶⁵. La notion de "principe fondamental" - dans cette perspective quasi archéologique - pouvant selon Véronique Champeil-Desplats être envisagée sous quatre angles : en raison du sujet qui en bénéficie ("l'homme"), en raison de leur source

essentielles q'apporte de Conseil constitutionnel à la protection des libertés publiques", **D. LOSCHAK** : "Le Conseil constitutionnel protecteur des liberté ?", op. cit., page 35.

³⁶⁴ **D. ROUSSEAU** : "Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946", op. cit., page 162.

³⁶⁵ **B. GENEVOIS** : "Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle", *RFDA* 1987(2), page 292, cité par **V. CHAMPEIL-DESPLATS** : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", op. cit., page 257.

ou de leur position dans la hiérarchie des normes, en raison de leur fonction d'identité ou de cohérence, en raison de leur "universalité"³⁶⁶. Le repérage de principes environnementaux dotés de telles caractéristiques dans les textes susmentionnés semble donc une voie sans issue³⁶⁷.

Le décret impérial du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers insalubres, incommodes ou dangereux doit quant à lui être écarté car il ne correspond pas à la période républicaine³⁶⁸. La loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres et incommodes permettrait peut-être de dégager un principe – mais serait-il considéré comme fondamental ? - qui n'a souffert d'aucune exception jusqu'à nos jours et consiste dans la soumission des installations dangereuses, insalubres et incommodes à une autorisation préalable, qui pourrait assez aisément déboucher sur la reconnaissance d'un principe fondamental de "prévention des atteintes à l'environnement" reconnu par les lois de la République. Mais en dehors de ces très rares textes interprétés extensivement, les voies d'une consécration de "principes fondamentaux du droit de l'environnement reconnus par les lois de la République" demeuraient donc très incertaines.

B – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes particulièrement nécessaires à notre temps".

La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement dans la Charte du premier mars 2005 n'a pas fait appel aux catégories existantes de principes constitutionnels, et notamment aux "principes particulièrement nécessaires à notre temps". En ajoutant un nouvel élément au bloc de constitutionnalité les constituants de 2005 se sont dispensés d'avoir à rattacher les principes du droit de l'environnement à une catégorie qui n'avait de toute évidence pas été taillée pour eux. Parmi la liste des dispositions, très marquées par l'idéologie de l'État providence³⁶⁹, qui constituent en effet les "principes particulièrement nécessaires à notre temps" au sein du Préambule de la Constitution de 1946, on ne trouverait nulle trace de dispositions environnementales, sans préjudice des raisonnements constructifs qui pourraient être réalisés par le Conseil constitutionnel pour en inférer d'autres principes, notamment à partir des alinéas 10 et 11 qui mentionnent que la Nation garantit la "protection de la santé" ou "le

³⁶⁶ Ibid., page 83-85.

³⁶⁷ Pour une opinion contraire, au sujet du droit de l'homme à un environnement sain, voir **M. A. COHENDET** : "Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré", *op. cit.*, page 288.

³⁶⁸ Voir sur la définition de cette "période républicaine" **H. ROUSSILLON** : "Le Conseil constitutionnel", *op. cit.*, page 50, voir également **F. LUCHAIRE** : "(...) Il ne peut s'agir que de lois encore en vigueur et non de textes régulièrement abrogés avant 1946. (...) Il s'agit de lois intervenues sous les trois premières Républiques ; il n'y a aucune raison d'exclure l'une ou l'autre. (...) Il ne peut s'agir des lois de la V^e République car, affirmer que ces lois peuvent contenir des principes fondamentaux ayant valeur constitutionnelle serait reconnaître au législateur un pouvoir constituant qu'il n'a absolument pas", Le Conseil constitutionnel", ECONOMICA, Paris, 1980, page 182.

³⁶⁹ "De fait, il était apparu nécessaire aux membres de l'Assemblée constituante de l'après guerre (essentiellement composée de chrétiens-démocrates, socialistes et communistes) de compléter la liste des droits civils et politiques proclamés dans la déclaration libérale de 1789, par toute une série de droits économiques et sociaux sans lesquels les premiers étaient jugés trop formels", **P. TERNEYRE** : "Principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps", *in* **O. DUHAMEL** et **Y. MÉNY (dir.)** : "Dictionnaire de droit constitutionnel", PUF, Paris, 1992, page 829.

repos et les loisirs". Ces dispositions pourraient être considérées comme faisant peser sur l'État une obligation d'assurer la protection de l'environnement au titre de ces deux "droits créances", qui viendrait contrebalancer par exemple l'exercice de la liberté d'entreprendre. Pourtant une telle interprétation ne pourrait que difficilement s'intégrer dans une perspective téléologique puisque le Préambule de 1946 reflète davantage "la pensée du socialisme humaniste issu de la Résistance"³⁷⁰ que la prise de conscience écologique qui est beaucoup plus tardive et qui juridiquement se traduira d'abord au niveau international. L'utilisation de principes *sui generis* par le biais d'une Charte spécifique semble ici également relever du bon sens.

Pourtant rien n'empêche de s'interroger sur les liens qu'auraient pu entretenir les principes environnementaux avec la catégorie des "principes particulièrement nécessaires à notre temps". Comme pour les normes constitutionnelles envisagées plus haut c'est essentiellement un décalage anachronique qui empêche l'assimilation des principes environnementaux aux "principes particulièrement nécessaires à notre temps", qui renvoient davantage au temps du sursaut humaniste de l'après seconde guerre mondiale qu'à celui, non moins humaniste mais plus contemporain, du sursaut écologique. L'opportunité téléologique qui consistait à voir dans la formulation même de cette catégorie de principes constitutionnels un appel à la découverte – ou à la déduction – de principes "contextuels" postérieurs aux circonstances de 1946, aurait nécessité de la part du Conseil constitutionnel un activisme jurisprudentiel – à commencer par l'affirmation du caractère non limitatif de cette liste de principes – qui aurait sans doute nourri les craintes d'un "gouvernement des juges".

C – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes fondamentaux" de l'article 34 de la Constitution.

Un dernier espoir de rattacher les principes environnementaux à une catégorie existante et *a priori* structurée de principes écrits résidait dans les "principes fondamentaux" mentionnés par l'article 34 de la Constitution de 1958 au sujet du partage des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. L'étude de l'épopée constitutionnelle qui conduisit à l'inscription "révolutionnaire" d'un domaine propre de la loi lors du passage à la cinquième République, tenant notamment aux difficultés de gérer la production normative en situation d'absence de majorité parlementaire stable, ne sera pas abordée ici.

La notion de "principe fondamental" de l'article 34 de la Constitution est une notion visant à délimiter la compétence attribuée limitativement au législateur sur un plan *vertical*. Elle se définit, par opposition aux règles qui permettent de descendre davantage dans le détail, comme une limitation de l'action législative à un niveau général. Ainsi, à une délimitation qui aurait procédé simplement par

³⁷⁰ L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", 11^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2001, page 323.

"blocs", en attribuant au Parlement un domaine limitativement énuméré et au pouvoir réglementaire une compétence de principe, cette dichotomie permet d'ajouter une variable qualitative graduelle. Selon la lettre de la Constitution les "principes fondamentaux" constituent donc une partie de la compétence du législateur qui demeure limitée aux "grandes lignes", devant être par la suite détaillés par le pouvoir réglementaire. Il faut noter ici que l'on ne trouve mention de "la préservation de l'environnement" au titre des domaines où la loi fixe les principes fondamentaux que depuis l'adoption de la Charte du premier mars 2005³⁷¹. Toutefois, en faisant abstraction de cette réserve, et compte tenu de la conception extensive du domaine de la loi qu'allait révéler la pratique juridictionnelle de la Constitution, il était possible en se basant sur la lettre du texte de concevoir l'existence d'une catégorie de "principes fondamentaux" qui auraient constitué des garanties, des directives ou des objectifs fixés par la loi et déclinés ensuite en règles plus précises par le pouvoir réglementaire. Cette catégorie simplement mentionnée par le constituant aurait nécessité cependant des précisions jurisprudentielles qui en auraient affiné les attributs et le régime juridique. Malheureusement pour les principes juridiques écrits de valeur législative, cette catégorie n'accéda pas à un tel statut d'existence, et ce fut même exactement le contraire qui se produisit.

Si la lettre du texte contenait en effet une virtualité de cantonnement du Parlement "la révolution n'eût pas lieu" et dans les faits le domaine de compétence du Parlement est apparu comme très étendu car constitué des matières essentielles et susceptibles d'interprétations extensives par les juridictions administrative et constitutionnelle. Or, parmi ces interprétations extensives, qui contribuèrent à minorer la portée du texte constitutionnel, on trouve l'indifférenciation de la division entre principes fondamentaux et règles au sein de l'article 34. En précisant que le législateur pouvait descendre dans le détail même dans les hypothèses où il était censé s'en tenir aux grandes lignes, et en substituant la distinction mise en cause/mise en œuvre à la distinction principe/règle, le Conseil constitutionnel allait vider la catégorie des "principes fondamentaux" d'un contenu dont elle n'avait pour ainsi dire jamais été réellement dotée. Ces "principes fondamentaux" en sont donc réduits à jouer le rôle de garantie de compétence minimale du législateur dans les domaines où celle-ci est contestée au profit d'une plus grande part allouée au champ de la contractualisation et de la négociation par les partenaires sociaux³⁷².

Devant ce constat, qui témoigne du traitement indifférencié des règles et des principes fondamentaux, réduits à une "nuance de style", au sein de la Constitution³⁷³, il faut se résoudre à

³⁷¹ Voir l'article 3 de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005, op. cit., page 3697.

³⁷² Voir par exemple l'article de **F. AIZICOVICI** : "le SMIC ou la durée légale du travail pourraient ne plus être des principes fondamentaux fixés par la loi" in : "Le Medef prêt à refonder l'architecture du droit du travail", *Le Monde "Économie"*, mardi 12 mars 2002, page II.

³⁷³ Ce constat est relevé par de nombreux auteurs, à commencer par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Le législateur détermine les principes et fixe les règles de la même manière", "Les règles et les principes se confondent qu'il s'agisse de les appliquer ou de les déterminer", "Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se sont comportés comme s'il n'existait pas de différence entre les alinéa 2, 3 et 4 de l'article 34", "Il n'existe donc qu'une différence de nuance, voire de style, entre les dispositions de l'article 34 qui ne visent que les garanties ou principes fondamentaux, et les dispositions qui visent les règles", in "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, pages 71 et 72.

abandonner toute tentative d'insérer les principes environnementaux dans une catégorie juridique préexistante.

Plus généralement, et pour clore cet exercice de confrontation aux catégories classiques des principes de droit public, il faut accepter pour l'heure que la catégorie normative de référence qui nous permettra de mesurer la spécificité des principes environnementaux soit celle, encore énigmatique et très peu structurée, des "principes écrits de valeur législative". La Charte de l'environnement de 2005, qui ne retient formellement le qualificatif de "principe" que pour le principe de précaution, se dispense également de leur rattachement à l'une des catégories préexistantes de principes constitutionnels écrits.

§ 2 – Des principes législatifs et constitutionnels *sui generis* ?

L'impossibilité de rattacher les principes environnementaux à une catégorie existante, qu'elle soit législative ou constitutionnelle, conduit à les considérer comme des principes *sui generis*. Au plan législatif cette impossibilité les propulse dans la nébuleuse des "principes directeurs", qui ont notamment pour fonction de pallier aux insuffisances et aux rigidités des systèmes juridiques écrits. Mais à la différence des principes créés (ou "découverts") par les juges administratifs et constitutionnels, ils se trouvent déjà formulés complètement au sein d'un texte, et offrent aux juges un instrument "prêt à l'emploi", ne nécessitant pas pour eux d'intégrer dans leur décisions la justification de leur validité. Cette catégorie des "principes directeurs" semble résiduelle, puisque obtenue "en creux" et faute de rattachement possible aux catégories existantes, et force est de constater qu'il s'agit davantage d'une nébuleuse plus proche de la technique d'expression normative empirique que de la catégorie juridique accompagnée d'un régime propre (A). Pourtant, si ce groupe de principes juridiques écrits a bien du mal à former une catégorie structurée, il n'en est pas moins l'objet d'une expansion très vigoureuse au sein du droit positif législatif. Au plan constitutionnel, l'adoption de la Charte de l'environnement par la loi constitutionnelle du premier mars 2005 témoigne également de cette vogue des principes directeurs, puisque son adoption a montré qu'une majorité parlementaire suffisamment dominante et disciplinée pouvait étendre relativement aisément le champ constitutionnel, ce qui ne constitue peut-être que le début d'un phénomène d'expansion qui verra l'adoption d'autres chartes hébergeant également des principes. Mais si cette Charte met fin aux incertitudes quant au statut des principes environnementaux, qui devient ouvertement constitutionnel, elle n'éclaire pas pour autant le régime auquel ils seront soumis, puisqu'elle ne les rattache pas non plus à une catégorie existante de principes constitutionnels (B).

A – Vers la figure banale du principe législatif écrit : la nébuleuse des "principes directeurs".

C'est l'observation du champ des politiques publiques qui a conduit à l'émergence de la notion controversée de "principe directeur". Celle-ci doit en outre dans ce domaine se partager le terrain avec des notions concurrentes, telles les "objectifs législatifs" et les "politiques", au rang des nombreuses normes de type programmatique qui sont venues enrichir la panoplie de l'action étatique. Constituée à partir de la catégorie des principes généraux du droit³⁷⁴, la notion de principe directeur semble à première vue mieux correspondre à l'essence des principes du droit de l'environnement, notamment parce qu'elle n'est pas élaborée par le juge³⁷⁵, et même si elle ne vient pas radicalement combler leur déficit conceptuel. Il semble que l'évolution essentielle entre la figure du principe général du droit d'origine jurisprudentielle et celle du principe directeur ou du principe écrit se situe dans un déplacement de la prérogative interprétative. Alors que dans le cadre de la théorie des principes généraux du droit le juge pouvait combler les lacunes du texte ou résoudre ses antinomies *a posteriori*, les principes directeurs constituent des directives interprétatives ou des objectifs fixés *a priori* et disposés au sein du texte par le législateur. Comme le précise Charles-Albert Morand "les principes directeurs (...) sont consacrés implicitement ou explicitement par le droit positif. Ils sont dès lors différents dans leur origine, sinon dans leur structure, des principes moraux et transcendants qui permettraient au juge, selon Dworkin, de donner une bonne réponse même dans les cas les plus difficiles. Il s'agit, en droit de l'environnement notamment, des principes de précaution, de prévention, du principe pollueur-payeur"³⁷⁶. C'est donc le couple législateur-juge qui se trouve recomposé par l'émergence de ces normes devenues explicites et donc paradoxalement plus contraignantes pour le juge, qui dans sa tâche de "découverte" des principes généraux du droit n'aurait plus qu'à choisir parmi ceux que le législateur semble lui avoir désignés à l'avance. Il est par ailleurs légitime de se demander si cette évolution ne témoigne pas en réalité d'une vision radicalisée du panlégisme, puisque le juge se trouve ainsi dépossédé d'une fonction qui lui avait permis de ne pas être cantonné dans sa fonction traditionnelle de "bouche de la loi". Le pouvoir d'induire des principes de la convergence des données issues du droit positif lui donnait une marge de manœuvre lui permettant de choisir une prémisse majeure pour son raisonnement, ou tout au moins de compléter cette dernière en donnant l'illusion que la solution provenait des ressources internes, bien que "latentes", du système juridique. Cette nuance est capitale pour comprendre l'économie des principes directeurs puisqu'à la différence des principes jurisprudentiels de type "principes généraux du droit administratif" ils n'ont pas une fonction

³⁷⁴ Voir **F. MODERNE** : "On observera à cet égard que les tenants du droit post-moderne ou néo-moderne ne condamnent pas effectivement les principes généraux en tant que tels mais préfèrent souvent les dénommer *principes directeurs* pour marquer leurs nouvelles fonctions", in "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *op. cit.*, page 739.

³⁷⁵ "Le rôle du juge se déplace alors du côté de la mise en œuvre de tels principes, mais il est moins directement associé à leur élaboration", **F. MODERNE**, *ibid.*, page 742.

³⁷⁶ **C. A. MORAND** : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", *op. cit.*, page 83.

palliative ou comme le dit Jean-Louis Bergel "destinée à corriger les excès ou les anomalies des solutions légales"³⁷⁷. Alors que les principes "découverts" par le juge constituaient le terme d'un raisonnement inductif, les "principes directeurs" sont pour lui une donnée de départ du jugement. Cette différence fonctionnelle rejaillit sur les caractères du principe directeur. Si la généralité d'une norme palliative peut s'expliquer par le processus inductif qui permet de la produire – constater la convergence d'une multitude de normes singulières qui doivent être ramenées à des lignes sommaires qui en constituent le commun dénominateur –, la généralité d'une norme directrice possède en revanche des fonctions différentes. Elle permet tout d'abord leur coexistence au sein d'ordres juridiques distincts, et se trouve donc mieux adaptée au contexte d'internormativité. Les principes du droit de l'environnement sont des principes issus du droit international et communautaire, qui ont pour mission de pénétrer en douceur au sein des droits nationaux ; leur généralité leur permet de jouer le rôle de "cheval de Troie", en se conciliant avec des principes nationaux éventuellement contradictoires³⁷⁸. La théorie des "principes directeurs" se dote en outre d'une méthode de concrétisation propre, basée sur la balance ou pesée des intérêts. Cette méthode, très familière des juridictions constitutionnelles qui sont habituées à raisonner sur la base de principes écrits rédigés en des termes très généraux³⁷⁹, dérouté davantage le juge chargé du respect de la légalité, qui est constituée par des normes plus précises. Pourtant, comme en témoignent les raisonnements déployés par le Conseil constitutionnel pour concilier des principes aussi différents que la liberté d'entreprendre et le respect de l'ordre public, le raisonnement juridique à partir de principes, même s'il s'écarte du modèle syllogistique en raison de ce que l'on a pu qualifier de "défection de la majeure"³⁸⁰, est tout à fait à même de justifier des décisions.

B – La constitutionnalisation ambiguë des principes environnementaux.

Formellement, il n'est possible de parler de "principes constitutionnels de l'environnement" que pour désigner le principe de précaution. La Charte de l'environnement du premier mars 2005, si elle place le contenu matériel des quatre principes du code de l'environnement au sein de normes de valeur constitutionnelle, s'éloigne considérablement dans la forme de leur apparence initiale, jusqu'à supprimer le qualificatif de "principes" que leur avait attribué le législateur. Ces normes constituent-elles une nouvelle catégorie de principes constitutionnels à côté de celles à l'aune desquelles les principes environnementaux ont été examinés plus haut (I) ? Dans cette hypothèse, il faudrait considérer alors

³⁷⁷ J. L. BERGEL : "Théorie générale du droit", *op. cit.*, page 99.

³⁷⁸ C. A. MORAND : "La fin des règles fixes", *Revue européenne des sciences sociales*, n°104, 1996, Tome 34, page 198.

³⁷⁹ C. A. MORAND : "Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles", in "De la Constitution. Études en l'honneur de Jean-François Aubert", p 57 et s.

³⁸⁰ D. LOSCHAK : "L'argumentation juridique idéalement typique emprunte les voies du syllogisme, mais le caractère fuyant des règles applicables entraîne ici la défection de la majeure, d'où la fragilité du raisonnement syllogistique dans son ensemble", in "Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ?", *op. cit.*, page 39.

que d'autres principes sont ajoutés aux quatre principes du code de l'environnement (2) ? Tel n'est pas manifestement le cas, puisque c'est en réalité une véritable méfiance envers la notion de principe elle-même qui a guidé le choix des constituants (3).

1- Les principes de la Charte de l'environnement : nouvelle catégorie de principes constitutionnels ?

Le constituant de 2005 a placé la Charte sur le même plan que les deux documents que le Conseil constitutionnel avait rattaché au bloc de constitutionnalité en 1971 et utilisés comme normes de référence quelques années plus tard, c'est à dire la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946³⁸¹. Même si des décisions du Conseil constitutionnel ont été nécessaires pour faire figurer ces deux textes, pourtant mentionnés dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, parmi les normes de références du contrôle de constitutionnalité, la valeur pleinement constitutionnelle de la Charte ne semble pas pouvoir être sérieusement contestée. Or les documents avec lesquels elle entretient ce rapport d'équivalence juridique possèdent tous deux une caractéristique spécifique : ils ont, en même temps qu'ils proclamaient des dispositions matérielles, créé des catégories formelles de principes juridiques censées les accueillir. Certaines de ces catégories étaient même accompagnées d'indications ayant permis au Conseil constitutionnel d'en inférer leur régime juridique. Deux de ces catégories de principes sont très clairement énoncées dans le Préambule de 1946 et ont déjà été étudiées plus haut, il s'agit des *Principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* et des *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Une troisième catégorie, beaucoup moins claire il est vrai, désigne les droits contenus dans la Déclaration de 1789 comme des *Principes clairs et incontestables*. En dehors de ces dispositions ainsi qualifiées par le constituant de 1789 et de 1946 l'on ne trouve dans ces documents pas d'autres normes mais des dispositions liminaires ou exposés des motifs.

La Charte de 2005 affirme d'emblée par rapport à ces deux documents une spécificité formelle : elle ne crée par de nouvelle catégorie explicite de principes qu'elle définirait en compréhension, pas plus qu'elle ne rattache ses dispositions à des catégories existantes de principes constitutionnels. Les concepts utilisés par la Charte pour désigner son contenu, qui apparaît dans le Préambule révisé de la Constitution de 1958, sont ceux des "droits et devoirs". Ainsi ce Préambule désigne-t-il quatre catégories de normes auxquels le peuple français proclame son attachement : les *Droits de l'Homme* et les *principes de la souveraineté nationale* tels que définis par la Déclaration de 1789 et complétée par le Préambule de 1946, et les "droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004"³⁸². Au sein même de la Charte de l'environnement, et à la différence de ses devanciers, on ne trouverait nulle

³⁸¹ Voir l'article premier du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement complétant le préambule de la Constitution de 1958 : "(...) ainsi qu'aux *droits et devoirs* définis dans la Charte de l'environnement de 2004", Sénat, n°102, 24 juin 2004.

³⁸² Voir l'article 1 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du premier mars 2005, op. cit., page 3697.

trace d'une catégorie formelle de principes sous laquelle seraient rassemblées la totalité ou une partie de ses dispositions, puisque l'article 2 du projet de loi constitutionnelle fait simplement précéder l'énoncé des "droits et devoirs" de la formule "le peuple français (...) Proclame", là où le Préambule de 1946 précisait dans ses alinéa 1 et 2 "le peuple français (...) proclame en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après".

Plusieurs enseignements doivent être tirés de cette lecture du texte de la Charte. D'une part il faut prendre acte de la volonté du constituant de 2005 de ne pas créer une nouvelle catégorie de principes constitutionnels pour accueillir les valeurs environnementales. Cette solution était pourtant envisageable sous des formes diverses, allant des "principes constitutionnels du droit de l'environnement", "principes fondamentaux du droit de l'environnement", aux "principes du développement durable", "principes de préservation de l'environnement", et "principes d'une écologie humaniste", toutes ces expressions étant empruntées à l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement³⁸³.

Ensuite le constituant ne rattache pas ces "droits et devoirs" aux catégories de principes constitutionnels existantes. Ceci découle tout d'abord de la forme même de la révision, qui n'a pas choisi de modifier le Préambule de 1946 ou la Déclaration de 1789 pour allonger la liste des principes existants, et de l'absence de formule de rattachement dans la Charte qui permettrait cette affiliation.

Les principes de la Charte sont donc une catégorie *sui generis* de principes constitutionnels, sachant que l'œuvre créatrice du juge sera sans doute d'un grand secours pour pallier cette indétermination conceptuelle³⁸⁴, ce dernier pouvant choisir de qualifier ces normes de "principes à valeur constitutionnelle", ce qui suffit à les intégrer parmi les normes de référence de son contrôle, mais sans que cela soit un préalable à leur opposabilité. Il peut également choisir de construire un régime juridique spécifique pour ces normes environnementales.

2 – La Charte consacre-t-elle de nouveaux principes en plus des quatre principes tirés du code de l'environnement ?

Le Professeur Michel Prieur identifie au sein du code de l'environnement six principes qui auraient mérité de figurer dans la Charte, en dehors des quatre principes qualifiés expressément comme tels par le législateur, en séparant le principe d'information du principe de participation et en isolant un principe

³⁸³ Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Exposé des motifs, reproduit à la *RJE* n° spécial 2003, "La Charte constitutionnelle en débat", pages 171 et s.

³⁸⁴ Le député **P. GIACOBBI** soulignait en ces termes l'hétérogénéité de ces principes : "le texte mélange trois catégories de dispositions : celles qui n'ont aucune portée juridique [...] – ce sont les articles 8, 9 et 10 [...], celles qui posent un principe et créent un droit d'application directe – les articles 1^{er}, 2, 5 et 6, et celles qui posent un principe et prévoient son encadrement par la loi", *J.O.A.N. (C.R.)* n°51 du 27 mai 2004, page 4133.

de lutte contre les atteintes à l'environnement par priorité à la source, extrait du principe de prévention³⁸⁵. Ce constat pose la question de l'identification des principes dans la Charte en dehors des quatre principes introduits en droit français par la loi du 2 février 1995. Dans la mesure où le qualificatif de principe n'est utilisé dans la Charte que pour le principe de précaution la possibilité demeure ouverte d'identifier d'autres principes qui viendraient compléter les quatre principes initiaux. Il est possible de mentionner à ce titre le *principe de préservation et d'amélioration de l'environnement* de l'article 2, le *principe de développement durable* de l'article 6, le *principe d'éducation à l'environnement* de l'article 8. L'article 1 quant à lui apparaît plutôt comme l'énoncé d'un droit subjectif que comme un principe. Il est évident que la concision et la qualité rédactionnelle des quatre principes initiaux n'est pas comparable avec les principes des articles 2, 6 et 8 qui viennent d'être mentionnés. C'est le juge constitutionnel qui décidera de la reconnaissance de ces dispositions comme éventuels nouveaux "principes" du droit de l'environnement.

Mais le concept de "principe" lui-même, indépendamment de la question qui vient d'être évoquée, a été pratiquement évacué de la Charte, ce qui complique encore la tâche d'identification des normes qui s'y trouvent.

3 – La qualification des principes environnementaux dans la Charte : les enjeux liés à la notion de "principe".

Alors que les principes du Code de l'environnement sont tous précédés du qualificatif de "principe", ce dernier n'a été formellement conservé dans la Charte que pour le principe de précaution, et selon une formule rédactionnelle qui demeure ambiguë. La suppression de ce qualificatif pour les autres principes paraît d'autant plus étrange et critiquable³⁸⁶ que l'attachement à ce terme avait été affirmé dans le Rapport de la Commission Coppens de préparation à la Charte d'une manière très appuyée, notamment au sujet de la variante 2 de l'article 12 du projet initial qui exposait les principes issus de la loi Barnier du 2 février 1995³⁸⁷, et notamment pour inscrire le projet dans une continuité par rapport à

³⁸⁵ M. PRIEUR : "L'environnement entre dans la Constitution", *Droit de l'environnement*, n°106, mars 2003, page 41.

³⁸⁶ Voir sur ce point l'opinion de M. PRIEUR : "Quant aux principes généraux du droit de l'environnement, il est regrettable que ni la Commission Coppens, ni le gouvernement n'aient pris le parti de les énoncer en tant que 'principes', leur attribuant ainsi une valeur juridique et symbolique forte comme l'avait fait la loi Barnier à l'article L. 110-1 du code de l'environnement. Pourquoi ne pas qualifier de 'principes' des énoncés généraux et solennels qui vont servir de guide pour la mise en œuvre concrète du nouveau droit à l'environnement ? in "L'importance de la réforme constitutionnelle", *RJE*, septembre 2003, n°spécial, "La Charte constitutionnelle en débat", page 10.

³⁸⁷ "Le terme de principe doit, selon les membres de la Commission qui proposent la variante 2, figurer explicitement dans cet article de la Charte car il est intimement lié à la proclamation de droits. On le retrouve déjà dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (...) dans le Préambule de la Constitution de 1946 (...), et bien évidemment, dans la Constitution elle-même(...). C'est également sous la forme de principes que la Déclaration de Rio adoptée le 14 juin 1992 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement proclame les concepts fondateurs de la société écologique de demain". Ministère de l'Écologie et du Développement durable, Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement, op.cit., page 41.

d'autres "référents juridiques"³⁸⁸. De même, durant les débats parlementaires les dispositions de la Charte ont été davantage évoquées comme des "principes"³⁸⁹ que comme des "droits" ou des "devoirs", alors même que la notion de "principe", à laquelle le rapport de la Commission Coppens était attaché, avait disparu du projet de loi constitutionnelle soumis aux députés³⁹⁰. Certes, l'introduction des principes dans la Charte a soulevé des réticences notamment en provenance des milieux industriels³⁹¹, mais la suppression de la référence formelle à la notion de "principe" pour la prévention, la participation et l'information, et pour la réparation des dommages (tiré du principe pollueur-payeur) est intervenue durant la phase gouvernementale du projet et non durant sa phase parlementaire.

Les rapports d'information sur la Charte faisaient montraient d'ailleurs une certaine hésitation³⁹², la notion de "droits" et "devoirs" ne parvenant pas totalement à s'imposer eu égard à des normes qui de toute évidence étaient considérées par les parlementaires comme des "principes" y compris par les initiateurs du projet, au premier rang desquels le Président de la République dans son discours d'Orléans du 3 mai 2001³⁹³. Cette notion fut d'ailleurs expressément contestée par certains députés qui lui reprochaient son manque de clarté, et une tendance à trop attirer l'attention sur les comportements individuels et non sur l'action de l'État³⁹⁴. "L'injonction"³⁹⁵ rappelée au Sénat par le rapporteur de la

³⁸⁸ "La notion de principe correspond aussi à des référents juridiques, qui sont ceux du droit interne et international. Il n'est pas souhaitable ni même possible de faire moins que le Traité instituant la Communauté européenne dont l'article 174 énonce formellement des 'principes' (...). En droit interne la loi Barnier du 2 février 1995 a proclamé les 'principes' repris à l'article L. 110-1 du code de l'environnement(...)". En définitive, si la Charte omettait de viser expressément des 'principes' politiques et sociaux, elle perdrait indubitablement de sa force politique et de sa portée juridique", *ibid.* page 42.

³⁸⁹ Voir par exemple, pour une sorte de "retour du refoulé" au sujet du concept de principe dans la Charte, les propos du Garde des sceaux **D. PERBEN**, lors de la présentation du projet à l'Assemblée nationale : "À l'exception du principe de précaution qui figure à l'article 5, *les autres principes* énoncés dans la Charte sont des objectifs à valeur constitutionnelle", *J.O.A.N. (C.R.)*, n°50, 26 mai 2004, page 4040 ; ceux de **N. KOSCIUSKO-MORIZET**, rapporteur de la Commission des lois : "Nous avons devant nous, *sur la base des principes de la Charte*, un long travail d'écriture [...]", "[...] la Charte s'appliquant à elle-même *un des principes qu'elle édicte en son article 7*, celui de la participation des citoyens", *ibid.*, page 4042 ; ou ceux du député **C. CARESCHE** : "En définitive, c'est le Conseil constitutionnel qui accomplira cette tâche *sauf pour quatre principes* qui sont explicitement renvoyés au législateur", *ibid.*, page 4061 ; voir également au Sénat les propos du rapporteur de la Commission des lois **P. GÉLARD** qui mentionne "le *principe du devoir* de préserver l'environnement", et de "l'application du *principe* de prévention, de réparation et de participation", *J.O.S. (C.R.)* n°60, 24 juin 2004, page 4572.

³⁹⁰ Une tendance à l'éviction du concept même de "principe" avait été perçue par **R. ROMI** : "Les principes du droit de l'environnement dans la Charte constitutionnelle : jouer le jeu ou mettre les principes hors jeu?", *RJE* n° spécial, 2003, "La Charte constitutionnelle en débat", pages 45 et s.

³⁹¹ Voir sur ce point les propos de J. M. LEPEU directeur des relations extérieures de Renault : "En revanche ce qui, pour nous, est plus préoccupant car source d'incertitude, de manque de clarté et de sécurité juridique, c'est de reprendre les principes environnementaux dans la Charte et, notamment, les principes de précaution et de prévention. Ce n'est pas pour échapper à des responsabilités supplémentaires, mais parce que, de notre point de vue, les quatre principes ne sont pas des principes constitutionnels, mais des notions qui ne se conçoivent que déclinées dans le cadre d'une gestion ou d'une pratique de l'environnement. Ce ne sont pas des concepts, mais des choses qui emmènent la pratique", **ASSEMBLEE NATIONALE** (n°869) et **SENAT** (n°306), **OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES**, Rapport sur la Charte de l'environnement (audition publique), 21 mai 2003, page 35.

³⁹² Voir par exemple le rapport du député **B. DEFLESSELLES** : "*La Charte de l'environnement : une valeur commune européenne*", notamment le b) page 63 : "L'importance des principes en droit de l'environnement", Assemblée Nationale, Délégation pour l'Union européenne, Rapport d'information n°1372, janvier 2004.

³⁹³ Le chef de l'État y ayant souhaité que soient consacrés "cinq principes, [...] le principe de responsabilité [...], le principe de précaution [...], le principe d'intégration [...], le principe de prévention, [...], le principe de participation", Discours de **J. CHIRAC** le 3 mai 2001 à Orléans, reproduit à la *RJE* n°spécial 2003, "La Charte constitutionnelle en débat", p 79 et 80.

³⁹⁴ Voir l'intervention du député **P. GIACOBBI** : "Dans le cas de l'environnement le recours à cette notion de droits et devoirs me paraît particulièrement malheureux. La qualité de notre environnement dépend en effet beaucoup plus de l'action collective de l'État et des règles générales que du comportement individuel des citoyens", *J.O.A.N. (C.R.)* n°51 du 27 mai 2004, page 4132.

Commission des lois Patrice Gélard de voter conforme le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée³⁹⁶ limita les discussions sur la notion de principe elle-même, bien que le rapport réalisé pour la Haute assemblée par le professeur Michel Prieur ait attiré l'attention sur le fait que la qualification de principe attribuée aux seules dispositions de l'article 5 n'a pas pour effet de dénier aux autres leur qualité de principe³⁹⁷, et qu'une série d'amendements déposés par les membres du groupe socialiste ait proposé d'étendre aux quatre principes issus du code de l'environnement la formule "en application du principe de" (prévention, pollueur-payeur, précaution, et participation)³⁹⁸. Le Garde des sceaux Dominique Perben justifiait son avis défavorable à ces amendements en précisant au sujet du principe de prévention que "le devoir de prévention étant un objectif de valeur constitutionnelle, il me semble que le qualifier dans le texte de principe, à l'instar du principe de précaution, créerait un risque d'ambiguïté juridique"³⁹⁹. Le qualificatif de *principe* est donc assimilé pour les initiateurs du projet de Charte aux normes constitutionnelles "directement invocables" qui, tel le principe de précaution de l'article 5, ne sont pas considérées simplement comme des "objectifs constitutionnels" à l'intention du seul législateur. Cette distinction, qui mobilise textuellement et de manière très contestable une catégorie juridique créée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, était pourtant considérée comme "une fâcheuse confusion sémantique [...] introduisant dans l'esprit des non juristes spécialistes du droit constitutionnel une confusion entre des objectifs au sens commun, et des objectifs de valeur constitutionnelle au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel"⁴⁰⁰, dans le rapport juridique réalisé pour le Sénat par le professeur Michel Prieur.

Pour le cas du principe de précaution la référence au concept de principe semble désigner une norme extérieure à la Charte, puisque "les autorités doivent veiller, *par application du principe de précaution* (...) à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques(...)"⁴⁰¹. La question doit donc être posée de savoir si l'article 5 définit le principe de précaution ou s'il opère la traduction d'un principe qui se trouverait formulé ailleurs. Si l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle précise bien que l'article 5 "énonce et définit le principe de précaution"⁴⁰², la formulation semble pour le

³⁹⁵ Selon le propos de **R. BADINTER**, J.O.S (C.R.) n°60 du 24 juin 2004, page 4585.

³⁹⁶ "C'est la raison pour laquelle la commission es lois vous propose d'adopter le texte de l'Assemblée nationale sans modifications", J.O.S. (C.R.) n°60 du 24 juin 2004, op. cit., page 4574.

³⁹⁷ "À cet égard, il a été relevé que la Charte ne qualifiait de 'principe' que les dispositions de l'article 5 ce qui aurait pour effet de dénier aux autres la qualité de 'principes'. Cette déduction est erronée. Un principe existe comme 'principe' même s'il n'est pas qualifié comme tel dans la mesure où le mot 'principe' n'est pas un label juridique authentique. Le conseil constitutionnel a lui même baptisé 'principe' des dispositions de la Déclaration des droits de 1789 qui n'étaient pas ainsi qualifiées dans le texte", **M. PRIEUR** : "Les conséquences juridiques de la Charte constitutionnelle de l'environnement", Rapport non publié, réalisé pour le Sénat, aimablement fourni par l'auteur, mai 2004, page 8.

³⁹⁸ Amendements n°s 40, 44, 45, 48, voir J.O.S. (C.R.) n°60 du 24 juin 2004, page 4613.

³⁹⁹ J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, page 4637.

⁴⁰⁰ **M. PRIEUR** : "Les conséquences juridiques de la Charte constitutionnelle de l'environnement", op. cit., page 9.

⁴⁰¹ Article 5 de la Charte de l'environnement de 2005.

⁴⁰² Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Exposé des motifs, reproduit à la *RJE* n° spécial 2003, "La Charte constitutionnelle en débat", page 174, voir également les propos de **D. PERBEN** lors de la présentation du projet de Charte à l'Assemblée Nationale "Bien que ce principe ait été reconnu dans les textes internationaux et européens de portée contraignante, il n'a jamais fait l'objet d'une véritable définition. [...] La charte de l'environnement va permettre de lever ce flou juridique en encadrant désormais de manière claire le principe de précaution", J.O.A.N. (C.R.) n°50, 26 mai 2004, page 4041.

moins ambiguë et les intentions contradictoires. Un texte peut-il en effet définir un principe qu'il prétend simplement "appliquer" ? Deux hypothèses peuvent être ici envisagées. Soit le Constituant fait référence à une norme non écrite de type principe général du droit international, qui pourrait être en l'occurrence un principe général du droit communautaire puisque le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes reconnaît le principe de précaution comme tel⁴⁰³, et le principe de l'article 5 de la Charte est considéré comme une application particulière de ce principe. Dans cette hypothèse le constituant se livre, mais dans le cadre d'une prérogative très différente, au travail auquel prend part le Conseil d'État lorsqu'il "découvre" dans le droit législatif les manifestations éparses mais convergentes d'un "principe général du droit administratif" qui les surplombe. Ici le constituant exprimerait donc, dans le droit constitutionnel français, l'une de ces manifestations convergentes du principe international et/ou communautaire de précaution.

En dehors de cette hypothèse il faut considérer qu'il fait référence à une norme "supra constitutionnelle", c'est à dire à une norme qui s'apparenterait à un avatar du droit naturel regroupant des valeurs essentielles dont les normes positives seraient simplement déduites⁴⁰⁴. Le doyen Vedel s'opposait à ce que de telles normes puissent exister puisque "logiquement inconstructibles", ou revenant soit à considérer que le juge dispose d'un pouvoir constituant, soit que le droit constitutionnel écrit est "infra constitutionnel"⁴⁰⁵. Si la complexité du débat n'a pas lieu d'être prolongée ici, la question de savoir si les principes du droit de l'environnement peuvent s'intégrer dans une forme de néo-jusnaturalisme, basé non plus sur une origine naturelle ou divine mais sur une sorte d'impératif eschatologique – la possibilité d'un risque d'autodestruction de la planète – réactive le dilemme des fondements du droit évoqué dans le titre premier ci-dessus. Dans les deux cas de figure qui viennent d'être évoqués – et qui reposent en réalité sur ces mêmes ressorts teintés de jusnaturalisme⁴⁰⁶ – le sens de la formulation du principe de précaution dans la Charte renvoie directement à la problématique de

⁴⁰³ "Il en résulte que le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques. En effet, dans la mesure où les institutions communautaires sont responsables, dans l'ensemble de leurs domaines d'action, de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome découlant des dispositions susmentionnées du traité", TPICE, 26 novembre 2002, "Artogodan GmbH et autres c/ Commission", T-74/00, point 184, <http://curia.eu.int/>, arrêt confirmé par le même tribunal dans l'arrêt du 28 janvier 2003 "Laboratoire Servier c/ Commission", T-147/00, point 52, <http://curia.eu.int/>

⁴⁰⁴ Voir **L. FAVOREU (dir.)** : "Droit constitutionnel", Précis DALLOZ, 5^{ème} édition, Paris, 2002, page 85. Voir également pour une illustration de cette conception les propos de **L. DUGUIT** : "Le système des déclarations des droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'État, et pour cela, on formule des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. Ces principes supérieurs, la Déclaration des droits ne les crée point ; elle les constate, et les proclame solennellement" in "Traité de droit constitutionnel", 3^{ème} édition, tome 2, page 183, cité par **S. RIALS** in "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 31, "Le système juridique", Sirey-CNRS, Paris, 1986, page 58.

⁴⁰⁵ **G. VEDEL** : "Souveraineté et supra-constitutionnalité", *Pouvoirs*, n°67, 1993, page 87.

⁴⁰⁶ "Peu importe la lecture que Duguit donnait lui même de sa propre position. Il la croyait aux antipodes de tout naturalisme et tout imprégnée de positivisme sociologique là où nous serions tentés de la concevoir comme un aristotélisme appauvri – un naturalisme historiciste, une théorie du droit naturel muable. [...]. Il va de soi que, sous réserve de précisions, l'idée de supraconstitutionnalité n'est qu'un avatar, partiel et tardif dans sa problématique, du droit naturel largement entendu", **S. RIALS** : "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit", page 59.

l'auto-transcendance évoquée plus haut, puisque le principe de précaution se situe dans un espace de production des normes qui relève d'une position intermédiaire entre l'autonomie (il n'est pas un pur produit de la seule volonté du constituant français puisque inspiré du droit international) et l'hétéronomie (il n'est pas non plus une norme purement révélée ou imposée d'en haut par une autorité extérieure).

Section 2 – Les données politiques et juridiques du recours à la notion de principe juridique écrit.

À maintes reprises, et très précocement, le concept de principe a frappé à la porte du champ juridique pour venir enrichir la panoplie de ses techniques rédactionnelles. Son intégration dans le champ législatif l'a tantôt soumis à de nombreuses préventions, tantôt porté aux nues comme un concept salvateur. Alors que son indétermination le fait condamner comme norme porteuse d'inégalités devant la loi et favorable à un "gouvernement des juges" (§ 1), ses mérites synthétiques sont convoqués par les codificateurs au chevet d'un droit gagné par l'inflation normative dont il pourrait contribuer à tarir l'hémorragie (§ 2). Au niveau constitutionnel, si elle y est usuelle dans les textes (§ 5), la figure du principe n'a pas été mise au service de l'obligation de clarté et d'intelligibilité de la loi, qui apparaît plutôt comme une incitation à la précision textuelle (§ 3). Les principes environnementaux font donc appel à une technique de formulation de la norme dont les mérites ont été contradictoirement décriés et loués, et qui se distingue singulièrement de celles utilisées jusque là par le droit de l'environnement (§ 4).

§ 1 – L'hostilité de la tradition légistique envers les notions floues.

Pour demeurer synthétiques, emblématiques ou fondateurs les principes font appel à des concepts flous qui ont parfois peine à constituer des catégories juridiques opératoires au sens où on l'entend usuellement, c'est à dire de notions qui ne nécessitent pas d'interprétation valorisante de la part de l'autorité en charge de l'application de la norme. Dans l'ensemble cette caractéristique est plutôt décriée par les spécialistes de "l'art de faire les lois", selon une tradition très ancienne (A), et qui reste largement d'actualité (B), en faveur de la précision textuelle.

A – Une tendance multi-séculaire de "l'art de faire les lois".

La démocratie a été conçue comme une société du texte, et comme une société du texte précis. Il semble que l'opposition qui se cristallise autour de la notion de texte juridique entre les tenants des "lois à principes" qui énoncent l'environnement conceptuel dans lequel sont enchâssées les règles plus

précises qui sont édictées ensuite, et des lois conditionnelles qui se contentent de permettre et d'interdire, en prenant le risque d'être incomplètes, a toujours nourri la controverse. Dans "Les lois" Platon faisait déjà dire à ses protagonistes que "c'est une obligation pour le législateur de mettre toujours un préambule en tête du code entier de ses lois ; que des préambules ne fassent pas non plus défaut à chacune d'elles singulièrement, et c'est ce qui constituera entre une loi et une loi autant de différence qu'il y en avait tout à l'heure dans nos deux façons de formuler, à titre d'exemple, la loi sur le mariage"⁴⁰⁷. La question est évoquée également par Sénèque qui s'opposait sur ce point au stoïcien Posidonius, opposé aux "lois à préambule" qui "discutent" au lieu "d'ordonner"⁴⁰⁸.

Montesquieu, dont on connaît la méfiance envers l'office du juge, illustré à ses yeux par la jurisprudence arbitraire des rescrits, ne peut que se prononcer en faveur des lois qui minimisent son travail d'interprétation et font l'économie des déclarations amphigouriques : "Le style des lois doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie. Il n'y a point de majesté dans les lois du bas empire ; on y fait parler les princes comme des rhéteurs. Quand le style de lois est enflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation"⁴⁰⁹. L'on trouve d'ailleurs très logiquement dans certaines de ses lignes une hostilité corrélative envers l'emploi de ce que l'on appellera ultérieurement des "standards" : "Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées. Le cardinal de Richelieu convenait que l'on pouvait accuser un ministre devant le roi ; mais il voulait que l'on ne fût puni si les choses qu'on prouvait n'étaient pas *considérables* : ce qui devait empêcher tout le monde de dire quelque vérité que ce fût contre lui, puisqu'une chose considérable est entièrement relative, et que ce qui est considérable pour quelqu'un ne l'est pas pour un autre"⁴¹⁰. Il en est de même pour l'énumération des conditions d'application d'une loi, au sujet desquelles il prône la définition en extension plutôt que la définition en compréhension : "Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues. Dans l'ordonnance criminelle de Louis XIV, après qu'on a fait l'énumération exacte des cas royaux, on ajoute ces mots : «Et ceux dont de tout temps les juges royaux ont jugé» ; ce qui fait rentrer dans l'arbitraire dont on venait de sortir"⁴¹¹.

⁴⁰⁷ **PLATON** : "Les lois", IV, 723, Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1950, pages 773–774.

⁴⁰⁸ "Je pense en cette affaire autrement que Posidonius qui déclare 'Pour qui les lois de Platon s'accompagnent-elles d'un exposé de principes ? La loi doit être brève, pour que les ignorants aient plus de facilité à la retenir. Qu'elle soit comme une voix partie du ciel : qu'elle ordonne et qu'elle ne discute pas. Rien ne me paraît plus froid, plus mal venu qu'une loi avec préambule. Commande, dis ce que tu attends de moi. J'attends un ordre, non une leçon' ", **SÉNÈQUE**, "Lettres à Lucilius", livre 15, lettre 94, n°38, Les Belles Lettres, traduction d'Henri Noblot, Paris, 1962, page 77.

⁴⁰⁹ **MONTESQUIEU** : "De l'esprit des lois", Livre XXIX, Chapitre XVI : "Choses à observer dans la composition des lois", Gallimard, La Pléiade, Œuvres complètes, Paris, 1951, page 877.

⁴¹⁰ Ibid ; voir également plus loin : "La loi d'Honorius punissait de mort celui qui achetait comme serf un affranchi, ou qui aurait voulu l'inquiéter. Il ne fallait point se servir d'une expression si vague : l'inquiétude que l'on cause à un homme dépend entièrement du degré de sa sensibilité".

⁴¹¹ Ibid., page 878.

B – Une prévention qui reste d'actualité.

De nos jours, et pour ce qui concerne la France, le corpus de la légistique est davantage alimentée par des circulaires ministérielles qui fournissent des conseils de méthode pour l'élaboration des textes normatifs que par la doctrine. Pour examiner cette dernière il faudra se tourner vers des pays comme la Suisse ou la Belgique où elle est plus développée. En tout état de cause, les principes généraux écrits ont généralement assez mauvaise presse pour des motifs divers, qui tiennent essentiellement à la confusion normative qu'ils entraînent et à ses possibles répercussions contentieuses⁴¹². Ainsi certaines consignes ont été périodiquement rappelées par les Premiers ministres qui faisaient peser sur l'usage des principes au sein des projets de lois ou des textes réglementaires une lourde présomption de "législation déclamatoire". Une circulaire du Premier ministre Pierre Mauroy du 14 juin 1983 précisait ainsi qu'il faut "éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principes ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. [...] Non seulement l'énoncé des principes généraux alourdit le débat, mais une fois adopté, il peut créer des difficultés juridiques : la portée de ces principes reste incertaine pour le juge chargé d'interpréter les lois ou pour l'autorité réglementaire chargée d'élaborer les décrets d'application"⁴¹³. Ces remarques, qui ont été maintes fois réitérées au fil des changements de gouvernement pour inciter les Ministres à une plus grande retenue stylistique, n'ont pourtant pas réussi à endiguer le développement très massif de ces principes tant dans les lois que dans les textes réglementaires, et ce quelle que soit la couleur politique des majorités concernées. Le ton de ces circulaires successives semble montrer que les "dispositions sans contenu normatif n'ayant leur place que dans les exposés des motifs ou les débats"⁴¹⁴ constituent une tendance lourde chez les ministres et secrétaires d'État dans l'exercice de leurs responsabilités législatives en matière de projets de lois. Le Conseil d'État se livrait lui aussi dans son rapport public pour 1991 à une critique en règle de la législation déclamatoire et de la formulation d'objectifs législatifs qui "ne permettent pas de distinguer l'intention de l'action, le possible du souhaitable, l'accessoire de l'essentiel, le licite de l'illicite"⁴¹⁵, et couvrait ces textes d'affichage d'un cortège d'anathèmes cinglants : "droit flou, droit mou, droit à l'état gazeux"⁴¹⁶.

⁴¹² Voir par exemple **D. RÉMY** : "Certes, [les dispositions d'affichage] ne fixent guère de normes contraignantes, mais en fixant des objectifs exposent le pouvoir réglementaire à des annulations inattendues et, en fait, imméritées, car ni l'exécutif ni le législatif n'avaient réellement voulu faire acte normatif. C'est le juge qui, soudain, va donner, parce qu'un plaideur a excipé d'un texte méprisé une déclaration de principe aussi pieuse que vaine, un contenu normatif à cette disposition", in "**Légistique**", Romillat, Paris, 1994, page 270.

⁴¹³ Circulaire du Premier ministre **P. MAUROY** du 14 juin 1983 (n°1794/SG), citée et commentée par **C. ATIAS** : "Un bien sévère censeur pour le législateur", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°3/1983, page 513.

⁴¹⁴ Circulaire du Premier ministre (**L. JOSPIN**) du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental, JO du 7 juin 1997, page 9170.

⁴¹⁵ Conseil d'État : "De la sécurité juridique", op. cit., page 32.

⁴¹⁶ Ibid.

Cette tendance lourde a pu être analysée comme un moyen pour le Parlement de contourner l'interdiction des résolutions, en permettant au gouvernement de lui faire approuver, par le biais de l'article premier des lois, des déclarations de politique générale qui constituent les grands objectifs d'un gouvernement ou d'une législature⁴¹⁷. Le Conseil constitutionnel réserve d'ailleurs en général un accueil assez froid à ce type de production législative qu'il considère comme dénuée de portée normative⁴¹⁸. Il peut également s'agir parfois d'un mode d'expression des groupes de pression ou des lobbies⁴¹⁹ qui "voient dans l'édiction de nouvelles normes – même inappliquées ou inapplicables – la solution à tous leurs problèmes, et semblent plus sensibles à la fonction sédative de la loi qu'à sa fonction normative"⁴²⁰. En se reportant au traité de légistique formelle belge il est possible de trouver un inventaire incriminant à mots couverts la plupart des types de principes généraux écrits évoqués plus haut, au sein d'un chapitre consacré aux "Dispositions dépourvues de portée juridique" qui mentionne les "dispositions qui ne constituent qu'une simple recommandation, les dispositions qui se bornent à annoncer une intention, les dispositions qui ne constituent que des directives pour l'administration, les dispositions qui ne constituent que la constatation d'un état de fait, les dispositions qui ne constituent que la motivation d'un texte, les dispositions qui n'ont qu'une valeur explicative et ne constituent que le commentaire du texte, les dispositions ou les formules dont l'unique objet est d'indiquer que le Roi agit dans les limites des pouvoirs que la loi lui attribue, les dispositions qui ne font qu'annoncer les matières faisant l'objet des articles suivants"⁴²¹.

Ici encore, un paradoxe veut que le jugement porté sur les principes écrits s'inscrive dans une critique plus large de l'inflation législative et de la complexité des règles juridiques, alors que leur utilisation pourrait au contraire fournir un remède en améliorant leur lisibilité. Le panlégisme rappelle ici sa méfiance profonde envers tout risque d'émancipation du juge par le biais de son pouvoir d'interprétation⁴²². Pourtant il n'est plus possible désormais de considérer que la loi doit simplement demeurer dans les limites de la technique législative du "permis et de l'interdit" alors qu'elle est chargée

⁴¹⁷ Voir dans ce sens **D. RÉMY** : "Légistique", op. cit., page 269.

⁴¹⁸ "Considérant que, si la programmation des moyens de la sécurité intérieure pour les années 2002 à 2007 figurant à l'annexe II de la loi et approuvée par son article 2 a la valeur normative qui s'attache aux lois de programme prévues à l'article premier de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, les 'orientations' présentées dans le rapport figurant à l'annexe 1 de la loi déferée ne relèvent en revanche d'aucune des catégories de textes normatifs prévus par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi", Décision n° 2002-460 DC relative à la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, J.O. du 30 août 2002, page 14411.

⁴¹⁹ "Une loi apparemment révolutionnaire peut avoir une portée toute différente ; il n'est pas rare , à l'inverse, qu'une déclaration d'intention écrite pour satisfaire tel ou tel groupe de pression permette une interprétation de la loi très différente des prévisions de ses auteurs", **C. ATIAS** : "Science des légistes, savoir des juristes", PUAM, 1991, page 107.

⁴²⁰ Conseil d'État : "Rapport public pour 1991", "De la sécurité juridique", page 34.

⁴²¹ Conseil d'État belge, Bureau de coordination, Novembre 2001, Légistique formelle, recommandations et formules, <http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf>, page 49.

⁴²² "Le rédacteur doit, en particulier, ne pas sous estimer le risque que le juge, qui part du présumé que la loi a un contenu, soit amené à donner une portée juridique à ces dispositions floues, de la même manière que des règles normatives ont pu être déduites du préambule de la Constitution de 1946", **C. BERGEAL** : "Savoir rédiger un texte normatif", 4^{ème} édition, Collection Gestion publique, Guides d'action, Berger-Levrault, Paris, 2001, page 124.

de résoudre des questions de plus en plus complexes et incertaines⁴²³. L'opposition entre un courant d'inspiration positiviste normativiste, pour qui le texte épuise le contenu normatif des règles, et un courant d'inspiration jusnaturaliste⁴²⁴ pour qui le texte ne peut pas tout prévoir et doit être complété par le travail du juge⁴²⁵, semble expliquer la contradiction qui veut que, concomitamment à ces critiques nourries, les vertus clarificatrices des principes généraux aient été paradoxalement vantées par les artisans de la codification à droit constant. On y verra selon l'angle de vue choisi, le signe d'une tentative de dépassement de ce dilemme vers un syncrétisme partiel entre ses deux pôles⁴²⁶, ou les traces tangibles laissées par un affrontement idéologique qui, quoi qu'on en dise, demeure comme une forme de *summa divisio* indépassable à la fécondité de plus en plus douteuse.

§ 2 – Le principe écrit : notion clé de la codification à droit constant.

Comme pour démentir l'hostilité latente aux principes écrits comme source d'imperfection des textes juridiques, les promoteurs de la codification à droit constant les ont investi d'une mission qu'ils décrivaient en ces termes : "Les auteurs d'un code s'efforceront de regrouper en tête du code les principes qui gouvernent la législation du domaine : principes de pollueur/payeur ou de prudence dans le code de l'environnement, principes communs aux marchés et aux délégations de service public dans le futur code des marchés et des contrats publics, principes de laïcité et de neutralité dans le code de l'éducation par exemple". Ces propos, qui sont tirés de la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires⁴²⁷ mais pourraient tout aussi bien être attribués à Portalis⁴²⁸, renseignent sur la systématisme d'une pratique qui a conduit parfois à regrouper sous un titre intitulé "principes généraux" les dispositions essentielles d'une branche du droit qui possédaient comme on l'a vu des propriétés normatives très hétérogènes. Le lien entre codification à droit constant et simplification du droit avait été signalé lors des débats de 1995 relatifs à la création d'un Office parlementaire d'évaluation de la législation dont la complémentarité avec la Commission supérieure de codification avait été soulignée par un député en des termes qui faisaient appel à la technique du

⁴²³ "La complexité des sociétés industrialisées modernes exige des modalités d'intervention normative plus souples et sans doute plus complexes. Il en résulte une sophistication croissante des techniques de rédaction normatives. La loi peut inciter, offrir des alternatives, distinguer entre conformité et compatibilité, programmer, s'appuyer pour partie sur des dispositifs conventionnels", Ibid.

⁴²⁴ On trouve une expression du dilemme entre accessibilité et complétude de la loi dans les célèbres formules de PORTALIS : "C'est une erreur de penser qu'il existe un corps de lois qui ait pourvu d'avance tous les cas possibles, et qui fût cependant à la portée du moindre citoyen", in J. E .M. PORTALIS : "Écrits et discours politiques", op. cit., page 27.

⁴²⁵ Selon François OST et Michel VAN DE KERCHOVE cette opposition permet d'attribuer au *positivisme* un attachement à la perfection formelle des textes de droit positif, une réduction de la démarche du juge soit à une activité purement déductive soit à une création discrétionnaire, et au *jusnaturalisme* une mise en lumière de l'insuffisance des textes de droit positif et la dévolution au juge d'une mission corrélative d'adaptation et d'amélioration du droit positif en se référant à son sens de la justice et à l'ensemble des principes rationnels, voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE : "De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science juridique", op. cit., page 183.

⁴²⁶ Ibid., page 184.

⁴²⁷ JO du 5 juin 1996, page 8267.

⁴²⁸ Voir supra page 12, note 3.

principe directeur⁴²⁹. Ce même lien entre la clarification des textes et l'usage des principes avait été fait implicitement deux mois auparavant par le Président de la République qui, dans un message adressé au Parlement, avait indiqué son souhait de voir la codification rendre les textes plus accessibles, notamment en faisant en sorte que "dans leur partie législative, ils se bornent à régler l'essentiel"⁴³⁰. Pourtant un paradoxe doit être soulevé qui oppose l'enthousiasme pour les principes synthétiques, selon une tradition juridique qui remonte à Portalis et qui peut s'apparenter à la configuration jusnaturaliste, et la méfiance envers les notions floues évoquée ci-dessus, puisqu'ils ont parfois pour objet les mêmes normes. Ainsi Guy Braibant, président de la Commission supérieure de codification n'hésitait pas à préciser que dans le cadre de la codification à droit constant du Code général des collectivités territoriales certaines normes trop floues devaient être supprimées⁴³¹. L'usage du principe écrit est donc subordonné à un impératif de clarification, que Pierre Bourdieu analysait comme la fonction essentielle de la codification⁴³², qui le cantonne principalement aux dispositions liminaires éclairant les développements plus précis du code⁴³³.

La question de la valeur normative du qualificatif de "principe" doit être soulevée puisque cette qualification ne relève pas toujours de la volonté des représentants du peuple souverain. La codification à droit constant s'apparente souvent en effet à une "stratégie de l'étiquette"⁴³⁴, conduisant à remanier l'enveloppe extérieure des textes et notamment les titres et les intitulés. Ainsi, certaines dispositions générales d'une matière ont pu être regroupées en tête d'un code et recevoir a posteriori le qualificatif de "principe généraux" sans avoir pourtant été qualifiées comme telles par le législateur. En toute rigueur il faudrait donc distinguer les dispositions qui tiraient déjà du législateur leur label de principe général et celles qui se le sont vu attribuer par la Commission de codification, par le biais du titre d'une disposition classificatoire du code. Certes, dans les deux hypothèses le législateur participe à la création des nouveaux principes puisque dans la procédure de codification par ordonnances il ratifie *a posteriori* le regroupement et la qualification opérés par la Commission, de manière à ce que les dispositions codifiées remplacent totalement les lois antérieures. Mais la valeur normative de ces intitulés fait débat. Pour certains les titres et intitulés des lois n'ont pas de valeur normative car les débats parlementaires

⁴²⁹ "La Commission (supérieure de codification) a pour mission d'ordonner, de clarifier et de simplifier le droit ; l'Office a pour vocation, entre ce même travail d'ordonnement et d'actualisation du droit, d'une part, d'impulser des réflexions et, d'autre part de faire des propositions permettant de refondre, selon des principes directeurs, les disciplines de notre droit aujourd'hui trop techniques", Intervention de M. ALBERTINI, JOAN, CR, séance du 19 juillet 1995, page 1295.

⁴³⁰ Message de J. CHIRAC, 19 mai 1995, Documents de l'Assemblée Nationale 1994-1995, n°283.

⁴³¹ "Dans certains cas on a estimé que des textes à caractère purement descriptif, qui ne contenaient aucune norme (même de caractère simplement programmatique), n'avaient pas leur place dans le nouveau code", in "Le Code général des collectivités territoriales, entretien avec Guy Braibant", RFDA, 1996, page 182.

⁴³² "Coder, c'est en finir avec le flou, le vague, les frontières mal tracées et les divisions approximatives en produisant des classes claires, en opérant des coupures nettes, en établissant des frontières tranchées", P. BOURDIEU : "Habitue, code et codification", op. cit., p 41, cité par F. MODERNE : "Pierre Bourdieu et la codification : regards d'un juriste de droit public", RFDA n°6/2004, page 1065.

⁴³³ Nombre des six propriétés attribuées par Denys de Béchillon à la figure du "code" (unité, totalité, souveraineté, transcendance, hiérarchie et corporéité) impliquent au moins implicitement le recours aux principes juridiques, D. de BÉCHILLON : "L'imaginaire d'un code", *Droits*, n°27, 1998, pages 173 à 184.

⁴³⁴ P.Y. GAUTHIER : "De l'art d'être furtif, le droit constant de codes de la propriété intellectuelle et de la consommation", in B. BEIGNER (dir.) : "La codification", collection thèmes et commentaires, DALLOZ, Paris, 1996, page 108.

n'ont pas porté sur eux et que par conséquent la volonté des représentants du peuple souverain leur fait défaut ; on reconnaît néanmoins à ces "étiquettes de rangement"⁴³⁵ une valeur interprétative⁴³⁶. D'autres au contraire leur accordent une réelle valeur juridique, même si elle est "secondaire"⁴³⁷, puisque la nature "générale", c'est à dire applicable à l'ensemble d'une loi ou d'un code par opposition aux dispositions particulières, dépend de l'énoncé d'un titre. Il ne faut en effet pas oublier que certains principes ne sont "généraux", c'est à dire applicables à l'ensemble d'une loi ou d'un code, qu'en vertu d'un titre qui les regroupe et les qualifie comme tels. En observant une position intermédiaire on pourrait affirmer qu'il est irréaliste de considérer comme négligeable l'effet qu'aura sur le juge une telle qualification, puisque cela reviendrait à nier sa liberté interprétative⁴³⁸.

On verra plus loin en analysant la spécificité des principes environnementaux que très rares sont les principes généraux qui sont qualifiés comme tels dans le corps du texte même, et que nombre d'entre eux ne doivent cette qualification qu'au titre du livre ou du chapitre au sein duquel ils sont regroupés. C'est au nom de l'amélioration de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi que cet usage a été si largement relayé par la pratique de la codification à droit constant.

§ 3 – Le principe écrit au service de l'obligation constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi ?

Comme le montrera l'analyse de leur genèse parlementaire⁴³⁹, deux contraintes ont pesé sur la formulation et la rédaction des principes environnementaux par le législateur, qui traduisent très manifestement les deux termes de "l'antinomie structurelle" qui les constitue. La première est une volonté d'identifier clairement et didactiquement les objectifs et l'esprit du droit de l'environnement, souci où se manifeste la vertu *clarificatrice et fondatrice* de l'outil juridique "principe", et où s'exprime une forme de résurgence de l'idéal rationnel de la codification. Ce souci se traduit par l'usage de termes

⁴³⁵ **J. CARBONNIER** : "Droit civil. Introduction", PUF, Thémis droit privé, Paris, 1995, § 130, page 200.

⁴³⁶ "Une question de droit : les intitulés ont-ils force de loi ? Cass. civ. 20 avril 1987, 2992, D 23, 1, 87 a répondu par la négative. Le motif est que le vote du Parlement n'a pas porté sur eux (sauf le cas exceptionnel où ils auraient fait l'objet d'un amendement (...). Aussi peut-il sembler préférable d'invoquer plus généralement la nature énonciative des intitulés, par opposition à la nature dispositive, normative des articles (...). Au demeurant, il est admis que sans participer de la force obligatoire de la loi, les intitulés peuvent, comme l'ensemble des travaux préparatoires, contribuer à l'interprétation", *Ibid.*

⁴³⁷ "Les titres qui accompagnent les divisions ont aussi, secondairement, une valeur juridique. (...) les titres qui sont dans la loi font partie de la loi. Ils sont parfois porteurs, à eux seuls, de la règle de droit. Les dispositions qui sont regroupées aux articles 232 à 284 du Nouveau Code de procédure civile sous le titre 'Dispositions communes', avant les règles qui gouvernent particulièrement les constatations, la consultation et l'expertise, ne sont communes à ces trois espèces de mesures qu'en vertu du titre qui les couvrent (aucun article ne l'énonce)", **G. CORNU** : "Linguistique juridique", op. cit., page 306.

⁴³⁸ Voir dans ce sens **G. TIMSIT** : "Ainsi, lorsque la commission de codification décide, pour rendre plus clairs les textes qu'elle codifie, d'insérer des titres ou intertitres dans les textes codifiés, elle oriente subrepticement, mais efficacement, les orientations qui seront données à ces textes à l'occasion des litiges portés devant les juges. Sans doute les titres ne se voient-ils pas reconnaître de valeur juridique en jurisprudence. Ils n'imposent pas une interprétation. Mais qui donc peut encore croire aujourd'hui que la signification d'une norme soit le produit d'une déduction syllogistique opérée à partir de dispositions à caractère obligatoire ?", "La codification, transcription ou transgression de la loi ?", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°24/1996, La codification 1, page 90.

⁴³⁹ Voir infra, page 150.

généraux, empruntés au langage courant⁴⁴⁰ et apparentés à des standards ou à des notions à contenu variable aptes à rendre compte synthétiquement de l'économie générale et des techniques les plus usuelles de cette branche du droit pour un public large et néophyte. Cette démarche satisfait d'ailleurs par avance les recommandations de la circulaire "Jospin" du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental qui proscrirent le "recours à un langage codé connu de seuls initiés donnant à l'administration et à quelques spécialistes un monopole d'interprétation"⁴⁴¹. Dans un second temps la prise en compte de leur dimension *normative* se traduit par une volonté de minimiser le risque de stimulation du contentieux qui résulte de cette indétermination, ce qui conduit paradoxalement à une surenchère dans l'usage de notions indéterminées qui neutralisent la norme en accroissant encore la marge interprétative du juge ou de l'autorité administrative. D'un côté prime donc le souci de faire des principes des normes emblématiques et fondatrices, de l'autre apparaît la pleine conscience de leur dimension normative et la volonté d'en contrôler les débordements contentieux. L'objectif du législateur semble être très clairement de maximiser le rapport entre le potentiel symbolique des principes et leur neutralité normative. La question que l'on se posera ici réside dans l'évaluation de la constitutionnalité de cette démarche rédactionnelle.

Dans cet exercice le législateur est désormais en effet soumis à une contrainte constitutionnelle qui certes a été affirmée *postérieurement* à l'adoption des principes environnementaux dans la loi du 2 février 1995, mais avec laquelle il est très instructif de confronter rétrospectivement ces principes. Dans quelle mesure le compromis rédactionnel opéré en 1995 est-il conforme à l'obligation dégagée par le Conseil constitutionnel de clarté⁴⁴² et d'intelligibilité de loi⁴⁴³ qui renforce l'adage "nul n'est censé ignorer la loi" en créant une véritable obligation pour le législateur d'assurer la clarté et l'accessibilité des textes qu'il rédige⁴⁴⁴ ? *A priori*, et compte tenu des objectifs de clarification du droit qui guident la

⁴⁴⁰ Sur le lien entre la méthode législative utilisant des standards et la volonté d'utiliser des termes empruntés à la langue "naturelle" sans recourir à un langage technique ou artificiel, voir **J. WROBLESKI** : "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", op. cit., page 860.

⁴⁴¹ Circulaire du Premier ministre du 6 juin 1997, relative à l'organisation du travail gouvernemental, JO n° 131 du 7 juin 1997, page 9171.

⁴⁴² Principe constitutionnel dégagé dans la Décision du Conseil constitutionnel n° 98-401 DC du 13 juin 1998 : "(...) qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître aucun principe ni aucune règle constitutionnelles, de donner à cette mesure, qui en l'état est définie de manière suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution, un effet différé", Recueil page 258, JO n° 136 du 14 juin 1998, page 9033, considérant n° 10.

⁴⁴³ Objectif de valeur constitutionnelle dégagé pour la première fois dans la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la codification par ordonnances (Recueil page 136, JO du 22 décembre 1999, page 19041), et récemment rappelée dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale : "Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques", *Journal Officiel* n° 15 du 18 janvier 2002, page 1053, point n° 9.

⁴⁴⁴ "L'obligation légale faite aux individus de connaître la loi trouve désormais son corollaire au plan constitutionnel dans l'obligation faite aux pouvoirs publics, et plus particulièrement au législateur, d'assurer l'accessibilité matérielle et intellectuelle du droit", **D. RIBES** : "Codes en stock. Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 41/2000, page 122.

codification à droit constant, l'usage de tels principes par le législateur devrait pleinement correspondre à ces nouvelles obligations qui prennent la forme, pour la première, d'un principe constitutionnel qui découle de l'article 34 de la Constitution⁴⁴⁵, et pour la seconde d'un objectif à valeur constitutionnelle déduit des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁴⁶. Malheureusement, le contrôle du respect de ces obligations par la Haute juridiction n'a jamais été explicitement pointé sur le recours de plus en plus massif aux "principes législatifs" mis en exergue par de nombreux codes et lois récents, ni *a fortiori* sur les principes du droit de l'environnement puisque la loi qui les intégra dans le droit positif n'a pas fait l'objet d'une saisine. Pourtant, à en croire la nature des arguments déployés par la Haute juridiction dans le cadre des décisions où cette obligation a été prise en défaut, il y a tout lieu de penser que l'usage massif des principes généraux dans les articles préliminaires des lois pourrait être à ce titre sanctionné.

Certes, il serait bien difficile de tirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière un manuel de légistique à l'intention des parlementaires ou des ministères, puisque celle-ci demeure assez laconique et ne fournit qu'incidemment les critères de la "clarté" et de "l'intelligibilité" de la loi. En outre, comme le montre l'examen des motivations du Conseil constitutionnel, ces critères gisent au sein de la structure linguistique et des tournures grammaticales employées par le législateur, ce qui conduit davantage le Conseil à affirmer péremptoirement que tel ou tel terme est "suffisamment clair" qu'à entrer dans le détail des fondements linguistiques de la normativité. Pourtant, si la Haute juridiction se garde bien d'énoncer *ex-abrupto* et pour l'avenir les critères de la clarté et de l'intelligibilité d'une loi, quelques éléments d'information peuvent être tirés des décisions qui ont mobilisé ce grief.

Le lien entre le principe constitutionnel de clarté de la loi et la *précision* des textes ressort clairement de la décision du 13 juin 1998 relative à la loi d'orientation et d'incitation pour la réduction du temps de travail. Pour réfuter l'argumentaire des auteurs de la saisine, qui contestaient, en invoquant concomitamment le principe de clarté de la loi et l'incompétence négative, la technique de "législation retenue" qui autorisait la loi à différer une partie des mesures de réduction du temps de travail prises en vertu de son article premier en fonction des résultats d'un premier bilan prévu par son article 13⁴⁴⁷, le Conseil rétorque "qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître aucun principe, ni aucune règle constitutionnelle, de donner à cette mesure, qui en l'état, est définie *de façon suffisamment claire et*

⁴⁴⁵ Voir Décision n° 98-401 DC du 13 juin 1998 précitée.

⁴⁴⁶ Voir sur le lien entre cette obligation et la Déclaration de 1789 la Décision du Conseil constitutionnel n° 1999-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la codification par ordonnances : "(Considérant) que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelles d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la 'garantie des droits' requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel 'tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas' ", *op. cit.*, page 19041.

⁴⁴⁷ Voir la saisine du Conseil constitutionnel par plus de soixante députés, portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, 20 mai 1998, JO n° 136 du 14 juin 1998, page 9038.

précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution, un effet différé⁴⁴⁸. Il ne faut rien attendre de plus du Conseil que cette motivation incidente et basée sur un raisonnement *in abstracto*, mais un simple regard jeté sur les critères et notions utilisés par l'article déferé⁴⁴⁹ montre que leur clarté et leur précision surpassent sans commune mesure celle de nombre des principes législatifs évoqués plus haut, pour la raison essentielle qu'à la différence de ces derniers ils n'utilisent pas de standards. Du reste, s'il n'a pour l'instant jamais invalidé une disposition pour manque de clarté ou d'intelligibilité, le Conseil constitutionnel a dans une autre décision pu préciser ce qu'il entendait par le *caractère normatif* d'une disposition en qualifiant de non normative "selon ses termes même" l'article 2 de la loi précitée relative à la réduction du temps de travail qui mentionnait que "les organisations syndicales d'employeurs (...) sont appelées à négocier d'ici les échéances fixées à l'article 1^{er} les modalités de réduction effective de la durée du travail adaptées aux situations des branches et des entreprises (...)"⁴⁵⁰. Selon le juge cette absence de normativité empêche que cette disposition soit "utilement arguée d'inconstitutionnalité"⁴⁵¹. L'on peut légitimement augurer qu'une destinée similaire serait réservée par la Haute juridiction aux formules euphémisantes – *ne doit pas retarder, doivent être, doit avoir* – qui se substituent au classique indicatif présent dans la formulation des principes législatifs et notamment des principes environnementaux⁴⁵².

La décision du Conseil relative à la loi de modernisation sociale⁴⁵³ s'est également prononcée sur les limites de cette obligation en répondant au grief de "flou" invoqué contre une dizaine d'articles de la loi. Elle révèle que l'obligation d'intelligibilité des textes est utilisée ici comme argument *contre* le caractère "flou" de certaines des dispositions de la loi par les auteurs de la saisine. Ainsi en est il par exemple du terme "restructuration" que le Conseil livre à une interprétation génétique pour signaler très laconiquement qu'il est "suffisamment précis". De même, face au même grief porté contre l'obligation pesant sur l'employeur de réaliser "tous les efforts de formation et d'adaptation" le juge constitutionnel se livre également à une interprétation à la lueur des travaux préparatoires pour dénigrer ce caractère flou.

Enfin dans la décision relative à la codification par ordonnances, où les auteurs de la saisine invoquaient l'imprécision des notions de "respect de la hiérarchie des normes" et "d'harmonisation de

⁴⁴⁸ Décision n° 98-401 DC, op. cit., considérant n°10, page 9033.

⁴⁴⁹ "Dans les établissements mentionnés à l'article L.200-1, ainsi que dans les établissements agricoles, artisanaux et coopératifs et leurs dépendances, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente cinq heures par semaine à compter du 1^{er} janvier 2002. Elle est fixée à trente cinq heures par semaine à compter du 1^{er} janvier 2000 pour les entreprises dont l'effectif est de plus de vingt salariés ainsi que pour les unités économiques et sociales de plus de vingt salariés reconnues par convention ou décidées par le juge (...)", article 1^{er} de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO n° 136 du 14 juin 1996, page 9029.

⁴⁵⁰ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, JO n° 136 du 14 juin 1998, page 9029.

⁴⁵¹ Décision n° 98-401 DC, op. cit., considérant n°19, page 9033.

⁴⁵² À ce titre, et compte tenu de la valeur normative accordée à l'indicatif présent dans l'écriture du droit, il faut considérer la substitution à la formule "chacun *doit avoir* accès" de la formule "chacun *a* accès" comme une réduction très sensible de l'indétermination du principe de participation, voir la Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, op. cit., page 3808.

⁴⁵³ Décision précitée.

l'état du droit" utilisées par la loi déferée comme exception au principe selon lequel le gouvernement ne peut apporter de modifications aux dispositions législatives faisant l'objet de la codification⁴⁵⁴, le Conseil adopte une double attitude. Il se reporte tout d'abord aux travaux préparatoires de la loi tout en pratiquant une interprétation systématique, pour préciser "qu'il résulte par ailleurs des termes de l'article premier de la loi déferée, éclairés par les travaux préparatoires, que les modifications rendues nécessaires pour «harmoniser l'état du droit» doivent se borner à remédier aux incompatibilités pouvant apparaître entre les dispositions soumises à codification"⁴⁵⁵. Cette motivation possède un double intérêt pour les principes législatifs. En premier lieu elle confirme que les dispositions d'une loi s'apprécient par rapport au contexte et aux finalités générales du texte, et qu'ainsi une disposition ponctuelle qui pourrait paraître insuffisamment déterminée en étant prise isolément serait "réhabilitée" par le biais d'une interprétation systématique. En second lieu, et sous un autre angle de vue, cette pratique souligne l'intérêt et l'importance des principes généraux comme point de référence dans le cadre de cette interprétation systématique qui nécessite que soient clairement établies les finalités et l'économie générale du texte. Le recours aux travaux préparatoires, ensuite, souligne que l'exigence de clarté et d'intelligibilité des lois promue par le Conseil est relativement faible puisqu'elle semble considérer qu'un texte flou mais ayant fait l'objet de précisions durant les travaux préparatoires pourrait être considéré comme suffisamment précis. L'exigence ne serait donc susceptible de viser que des dispositions n'ayant pas fait l'objet de précisions durant les débats parlementaires, ce qui laisserait hors d'atteinte les formules largement débattues au sein de l'hémicycle mais finalement euphémisées pour les besoins du consensus.

La seconde attitude du Conseil constitutionnel dans cette décision est de se livrer lui-même à une explication de la notion de "respect de la hiérarchie des normes", afin de parachever l'œuvre du législateur, en mentionnant que "la référence à la hiérarchie des normes impose au Gouvernement de respecter la suprématie du traité sur la loi, énoncée à l'article 55 de la Constitution, ainsi que la distinction entre matières législatives et matières réglementaires déterminée par ses articles 34 et 37"⁴⁵⁶. On prendra le temps de relever que l'explication n'utilise que des arguments constitutionnels – dont elle se borne d'ailleurs à rappeler l'existence – seuls aptes à venir constituer la prémisse d'un raisonnement pour la Haute juridiction, ce qui empêche sans doute que pareil travail soit un jour appliqué à un principe législatif d'origine sectorielle ou de nature technique.

Le premier constat qui s'impose est donc que dans l'esprit du juge constitutionnel la clarté et l'intelligibilité de la loi sont synonymes de précision du texte. Le Conseil établit en effet un lien entre

⁴⁵⁴ "Qu'à cet égard, ils font valoir que la finalité des mesures que le Gouvernement se propose de prendre ne serait pas précisée, dès lors que ne sont pas indiquées les règles de fond à adopter par ordonnance. Qu'en outre, les expressions utilisées par le législateur, notamment le 'respect de la hiérarchie des normes', seraient imprécises", Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la "Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes", Recueil page 136, JO du 22 décembre 1999, page 19041.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ibid.

d'un côté la *clarté* et l'*intelligibilité* et de l'autre la *précision* des lois qui lui sont déferées, là où la plupart des discours relatifs à l'inflation législative déplorent la complexité et le manque de simplicité des normes, leur caractère technique, pointilliste et hermétique⁴⁵⁷. Cette conception de l'intelligibilité illustre parfaitement l'actualité et la vivacité du paradigme panlégiste de la perfection textuelle de la loi. En dehors du fait qu'il ne précise pas quels sont les critères permettant d'encadrer le degré de cette précision et qu'il ne donne aucune indication méthodologique⁴⁵⁸ excepté le recours – contestable, puisque renvoyant en dehors du texte même et ne favorisant pas l'accès au droit pour les non initiés – à l'interprétation génétique, le lien qui est fait entre l'intelligibilité de la loi et la précision de ses termes peut paraître paradoxal. "Intelligible" renvoie au latin *intelligibilis*⁴⁵⁹ qui désigne "ce qui peut être compris"⁴⁶⁰, et ne semble pas impliquer intrinsèquement la précision textuelle ; au contraire, ce terme pourrait très bien désigner un souci didactique de vulgarisation de la norme qui s'opérerait au mépris de sa capacité à désigner des situations normatives très précises, et favoriserait une rédaction des normes "en compréhension" et non "en extension". Un principe de précaution qui présenterait sous forme d'alinéa une liste limitative des situations de "risque de dommage grave et irréversible à l'environnement" perdrait non seulement son intelligibilité mais toute vertu synthétique et emblématique.

La lecture des articles de la Déclaration de 1789⁴⁶¹ qui fondent l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi ne renseigne pas davantage sur le contenu de cette obligation. Ces derniers reflètent bien plutôt le panlégisme révolutionnaire sur lequel a débouché la philosophie des Lumières et témoignent davantage d'une volonté d'asseoir un monopole de la loi que de garantir son intelligibilité.

⁴⁵⁷ "Le style législatif contemporain offre de nombreuses ressemblances avec le contenu des règlements d'application. Ce fait s'explique en grande partie par le rôle déterminant de l'Administration dans l'élaboration des projets de loi. Il en résulte une transposition de la terminologie administrative et de termes techniques dans la loi, au point qu'on puisse parler de 'lois administratives'(...)", **D. MOCKLE** : "Crise et transformation du modèle légicentrique", in **J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT (dir.)** : "L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques", Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Paris, 1996, pages 34-35. Voir également sur ce point **G. RIPERT** : "Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine", Paris, LGDJ, 1949 ; **R. SAVATIER** : "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *Droits*, 1977, page 43 ; **J. CARBONNIER** : "L'inflation des lois", in "Essai sur les lois", Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979, p 271 ; **N. NITSCH** : "L'inflation juridique et ses conséquences", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27 : "Sources du droit", Sirey, Paris, 1982, page 161.

⁴⁵⁸ "Selon le secrétaire général du Conseil constitutionnel, l'objectif implique que la loi soit compréhensible par les destinataires, compte tenu de leur degré de connaissances juridique et technique. La loi de financement de la sécurité sociale est un texte qui s'adresse à des spécialistes, si bien qu'un haut degré de complexité ne remet pas en cause sa constitutionnalité", **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, 11^{ème} édition, Paris, 2001, page 914.

⁴⁵⁹ **E. BAUMGARTNER** et **P. MÉNARD** : "Dictionnaire étymologique et historique de la langue française", op. cit., page 415.

⁴⁶⁰ **A. LALANDE** : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 527.

⁴⁶¹ Article 4 : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". Article 5 : "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". Article 6 : "La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents". Article 16 : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

Le paradoxe veut que le Conseil constitutionnel utilise ce texte pour imposer au législateur une certaine précision dans la formulation des textes, alors que dans l'hypothèse du droit de l'environnement, marqué par la dépendance envers les notions techniques et scientifiques, l'intelligibilité du texte devrait plutôt conduire le législateur à adopter des normes didactiques et représentatives, et par conséquent floues et indéterminées. Pourtant dans l'esprit des révolutionnaires le danger de ces normes vient précisément de cette indétermination, facteur d'arbitraire et de contradictions interprétatives qui eux en revanche, sont explicitement contraires aux articles de la Déclaration de 1789 selon lesquels "la loi est la même pour tous".

En guise de conclusion il y a lieu de constater que l'impératif de clarté et d'intelligibilité des lois, qui est l'une des données de politique juridique essentielles dans le choix du recours du législateur de 1995 aux principes généraux, est donc essentiellement conçu comme un prolongement du panlégisme qui vise à faire du texte un élément auto-suffisant ne nécessitant aucune interprétation extérieure⁴⁶². Le recours du Conseil constitutionnel aux travaux préparatoires dans sa tâche d'interprétation de dispositions jugées trop floues témoigne de la permanence de ce réflexe, dont l'aire d'influence semble même s'étendre en dehors des pays de droit écrit⁴⁶³. Même si le discours de la doctrine semble quant à lui privilégier plus clairement la dimension pédagogique du concept d'intelligibilité pour tracer clairement le lien entre la compréhension des textes et l'égalité des citoyens devant la loi⁴⁶⁴, la Haute juridiction reste attachée à "l'amour de la loi parfaite" sans prendre en compte le lien qui veut qu'une norme intelligible doive être synthétique et concise, et que l'écriture d'une norme synthétique nécessite le recours aux standards et aux notions à contenu variable, qui se substituent à l'impossible prévision de l'ensemble de ses situations d'application sous forme de règles précises. Ainsi la nécessité – inspirée par le droit des politiques publiques – de faire figurer au sein même de la loi des normes synthétiques et clarificatrices, normes qui visent à favoriser l'acceptabilité du texte par ses destinataires et partant son efficacité, se heurte aux résistances qui conçoivent la loi comme un dispositif homothétique au réel. La langue des principes pourrait donc être qualifiée de "méta-discours", c'est à dire de discours du droit sur lui-même, formulé au sein de la loi, et qui ne dispose pas d'un espace propre si ce n'est celui des

⁴⁶² "L'exigence de sécurité juridique impose ici à l'ordre juridique une auto-discipline. Malgré l'irréductible complexité du système juridique et l'inévitable part d'indétermination de toute norme juridique, ce nouvel objectif de valeur constitutionnelle apparaît riche de potentialités", **D. RIBES** : "Codes en stock. Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification", op. cit., page 122.

⁴⁶³ Comme en témoigne ce considérant de la Cour suprême du Canada : "Il est reconnu qu'une règle de droit ne peut être vague, indéterminée et entièrement discrétionnaire ; elle doit être vérifiable et compréhensible. On ne peut laisser aux caprices d'un fonctionnaire le soin d'imposer des limites à la liberté d'expression ; de telles limites doivent être énoncées avec une certaine précision, à défaut de quoi elles ne peuvent être considérées comme une règle de droit", Cour Suprême du Canada : "Ontario Film and Video Appreciate Society vs/ Ontario Board of censors" (1983), 147, DLR (3) d, 58, cité par **P. GARANT** : "Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires au Canada", in "L'État de droit", Mélanges G. BRAIBANT, DALLOZ, Paris, 1996, page 277.

⁴⁶⁴ "La conclusion s'impose, deux citoyens régis par un même texte ne sont pas égaux si l'un comprend et l'autre non, ce qui justifie l'action publique pour rendre le texte intelligible au second", **A. M. FRISON-ROCHE** et **W. BARANÈS** : "Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi", DALLOZ, 2000, chronique, page 368. Voir également sur ce point le plaidoyer de Jean CARBONNIER en faveur de la loi pédagogique, **J. CARBONNIER** : "Flexible droit", op. cit., pages 142 et s.

"objectifs législatifs" auxquels le même sort est réservé⁴⁶⁵. Du fait de cette expression dans le cadre traditionnel de la loi, sous forme d'articles, ce discours se trouve enveloppé malgré lui dans la tradition légicentriste, d'où la tension avec l'impératif de la "norme sanction" qui conduit à rédiger les principes en des termes très vagues pour réduire l'opérationnalité juridique attachée à cette présence dans la loi. Ce cheminement se retrouve au fil des étapes de leur formulation qui fait toujours état d'une césure entre l'expression représentative de la norme, sans souci d'encadrement normatif, et la précision de son champ d'application par voie d'amendements motivés par la volonté de réduire le risque de susciter le développement du contentieux⁴⁶⁶. Cette difficulté dans l'utilisation des principes généraux est encore renforcée en droit de l'environnement par le fait que la plupart des techniques de formulation des normes étaient tournées vers une volonté de "coller" à la réalité.

§ 4 – L'irruption du principe écrit parmi les techniques d'expression normative du droit de l'environnement.

Si l'on considère la loi, selon la célèbre métaphore marmoréenne, comme un bloc de matière législative à laquelle des formes diverses peuvent être prêtées, selon l'image d'un législateur-sculpteur qui donnerait au marbre brut un tour tantôt réaliste et tantôt abstrait, les principes généraux du droit de l'environnement apparaissent, aux côtés des principes sectoriels⁴⁶⁷, des règles fixes⁴⁶⁸, des définitions légales⁴⁶⁹ ou des objectifs législatifs⁴⁷⁰, comme une des multiples techniques de mise en forme de la loi environnementale. Or, le profil textuel de la législation environnementale française a toujours été davantage marqué par son souci du détail, qui lui a d'ailleurs attiré le qualificatif de "droit d'ingénieurs"⁴⁷¹, que par sa dimension synthétique et pédagogique.

Comment rédige-t-on le droit de l'environnement ? La panoplie des outils rédactionnels utilisée par ce champ du droit avant le recours à la notion de principe juridique écrit ne se caractérisait pas par ses

⁴⁶⁵ Voir **J.L. BERGEL** citant au sujet de la notion d'objectifs législatifs la décision n° 85-106 DC du Conseil constitutionnel qui précisait que l'article 1° de la loi du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie se bornait : "à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif et que, s'agissant d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même, il ne saurait, en l'état, être comme tel, susceptible de censure constitutionnelle" in "De quelques procédés d'expression normative", **C. A. MORAND (dir.)** : "Légistique formelle et matérielle", Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, page 172.

⁴⁶⁶ Voir dans ce sens **D. LATOURNERIE** : "En effet, un langage clair et précis apparaît comme une garantie essentielle des citoyens contre l'arbitraire en même temps qu'un gage de l'efficacité de l'action administrative. Un texte obscur ou imprécis fait incontestablement courir des risques aux administrés qui pourront, à tout moment, se voir opposer une interprétation qu'ils ne pouvaient pas connaître" in "La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration", *op. cit.*, page 591.

⁴⁶⁷ Voir **M. PRIEUR** : "Le Code de l'environnement", *AJDA*, 20 décembre 2000, page 1037.

⁴⁶⁸ Voir par exemple l'article L. 218-59. du Code de l'environnement : "L'incinération en mer est interdite", le caractère de règle fixe étant d'autant plus avéré que la notion "d'incinération" est définie dans l'article L. 218-60. : "Incinération en mer : toute combustion délibérée de déchets, substances, produits ou matériaux embarqués en vue de leur élimination en mer à partir d'un navire ou d'une structure artificielle fixe".

⁴⁶⁹ Voir par exemple l'article L. 541-1. II du Code de l'environnement qui donne la définition du déchet : "Est un déchet au sens du présent chapitre tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon".

⁴⁷⁰ Voir par exemple les objectifs de la "politique spécifique d'aménagement, de protection et de mise en valeur" du littoral déclinés à l'article L.321-1.-II du Code de l'environnement alinéas 1° à 4°.

⁴⁷¹ **Y. JÉGOUZO** : "Les principes généraux du droit de l'environnement", *RFDA*, n°2/1996, page 215.

vertus synthétiques et pédagogiques. C'est bien plutôt au contraire une forme de pointillisme technique qui caractérise la plupart des modes d'écriture du droit de l'environnement. Un examen rapide de leur configuration textuelle permet de mieux cerner ce qui fait la spécificité des principes, tout en permettant de poser l'hypothèse de leur complémentarité face à un réel phénomène d'hypernomie. Il n'est pas possible ici de détailler exhaustivement chacune de ces techniques⁴⁷², mais quelques exemples renverront aux principes comme par un effet de miroir. La plus caractéristique de ces techniques est celle des *seuils* mis en œuvre dans le cadre de la plupart des normes environnementales, qu'il s'agisse des normes d'émission et des normes de qualité qui réglementent l'émission des polluants à la source ou au sein du milieu récepteur, ou des normes de produit et des normes de procédés qui fixent des prescriptions techniques concernant les produits ou leur processus de fabrication. On peut donner pour exemple des premières l'article L. 218-32 troisième alinéa du Code de l'environnement qui prévoit en matière de pollution due aux opérations d'exploration ou d'exploitation du fond de la mer ou de son sous sol que "Les rejets qui résultent directement des opérations d'exploitation, y compris le stockage, ne peuvent avoir une teneur moyenne en hydrocarbures supérieure à 20 parties par million (...)", et la définition que donne l'article L. 221-1-II premier alinéa qui précise que l'on doit entendre par *objectif de qualité* au sens du titre II consacré à l'air et à l'atmosphère "un niveau de concentration de substances polluantes dans l'atmosphère, fixé sur la base des connaissances scientifiques, dans le but d'éviter, de prévenir ou de réduire les effets nocifs de ces substances pour la santé humaine ou pour l'environnement, à atteindre dans une période donnée". Pour ce qui est des secondes on se reportera par exemple au décret du 2 février 1987 relatif à la mise sur le marché, à l'utilisation et à l'élimination des polychlorobiphényles et polychloroterphényles⁴⁷³. À ces deux techniques courantes de "saisie"⁴⁷⁴ de la réalité par le droit, dont la rédaction dépend d'une évaluation scientifique *ex-ante* qui les nourrit matériellement, et dont l'application nécessite parfois un constat d'expert sur le terrain, on peut ajouter celle des *listes*, qu'elles soient limitatives comme dans l'arrêté du 30 mars 1999 fixant la liste des espèces animales non domestiques prévue à l'article R. 213-4-III du Code de l'environnement ⁴⁷⁵, ou indicatives, qui sont dépendantes de taxinomies déjà établies et nécessitent souvent de longues annexes⁴⁷⁶. L'on peut également y ajouter les *nomenclatures* diverses qui constituent le champ d'application⁴⁷⁷ – ou les "conditions" – d'une réglementation ou d'une norme, dont la plus célèbre est

⁴⁷² Voir pour une présentation plus complète C. M. BILLIET : "Instruments et techniques du droit de l'environnement : l'abécédaire méconnu", *Aménagement-Environnement*, décembre 2000, n° spécial : "Regards sur le droit de l'urbanisme et de l'environnement au tournant du millénaire", pages 36 à 39.

⁴⁷³ Décret n° 87-59 du 2 février 1987, J.O. du 4 février 1987, page 1272.

⁴⁷⁴ On tentera de montrer plus loin que le droit participe non seulement de la saisie mais de la "construction" de la réalité, voir infra page 440.

⁴⁷⁵ Journal Officiel n° 79 du 3 avril 1999, page 5018.

⁴⁷⁶ Voir par exemple l'arrêté du 8 mars 2002 relatif à la liste des espèces végétales protégées en Aquitaine complétant la liste nationale, qui comprend plus de 70 pages d'annexes constituées par des listes, Journal officiel n° 104 du 4 mai 2002, page 8525.

⁴⁷⁷ Voir l'article L. 511-2. du Code de l'environnement qui précise : "Les installations visées à l'article L. 511-1 sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'État(...)".

celle qui concerne les installations classées pour la protection de l'environnement⁴⁷⁸. On mentionnera ensuite le *zonage* qui constitue la modalité spatiale des conditions d'une norme ou du champ d'application d'un régime juridique, et qui est mise en œuvre dans le cadre des normes d'implantation et de planification⁴⁷⁹, mais également la *législation par référence*⁴⁸⁰, la *critériologie* qui sert de fondement au classement d'un espace⁴⁸¹ ou à l'octroi et au refus des autorisations administratives préalables⁴⁸².

La plupart de ces techniques normatives sont courantes en droit de l'environnement, et manifestent le souci d'être en homothétie avec le réel par une volonté de précision et d'exactitude⁴⁸³. Le modèle de la règle fixe y est largement dominant et très peu de marge de manœuvre interprétative est laissée au juge, si l'on pense par exemple aux listes limitatives ou aux seuils où le syllogisme judiciaire peut trouver à s'appliquer de manière quasi mécanique, même si le constat des faits peut parfois nécessiter le recours à un expert. Comme on le verra plus loin, l'économie des principes écrits s'oppose radicalement à ce type de normes et s'inscrit par rapport à elles dans une nécessaire relation de complémentarité⁴⁸⁴. En effet, la fixation des seuils, qui constituent des règles fixes, est étroitement liée à l'évolution des connaissances et donc sujette à une rapide obsolescence due à l'évolution des techniques de mesure. À l'inverse, l'utilisation par les principes généraux de standards techniques ou scientifiques comme les "meilleures techniques disponibles" ou le "dommage irréversible", permettent de conférer une plus grande souplesse à la détermination du contenu matériel de la norme en permettant l'évolution de l'état des connaissances.

§ 5 – Une exception à la méfiance envers les notions floues : le règne du principe écrit dans la formulation du droit constitutionnel.

En droit constitutionnel le principe juridique écrit est pour ainsi dire une technique d'expression normative usuelle. Dans la mesure où les Constitutions édictent des normes d'ordre général occupant

⁴⁷⁸ Voir le décret n° 77-1134 du 21 septembre 1977, J.O. du 21 septembre 1979, page 4901.

⁴⁷⁹ Voir par exemple les plans de protection de l'atmosphère dont le régime est précisé par le décret n° 2001-449 du 25 mai 2001, Journal Officiel n°122 du 27 mai 2001, page 8501.

⁴⁸⁰ Voir par exemple les dispositions pénales relatives aux sites classés, notamment l'article L. 341-19.-II qui contient un double renvoi dont un à un autre code : "Est puni des peines prévues à l'article L.480-4 du code de l'urbanisme : 1° Le fait d'apporter des modifications sur un monument naturel ou un site en instance de classement en violation des dispositions de l'article L. 341-7".

⁴⁸¹ Voir par exemple l'article L. 332-1. - I du Code de l'environnement qui précise en ces termes les motifs généraux de classement d'une réserve naturelle : "(...) lorsque la conservation de la faune, de la flore, du sol, des eaux, des gisements de minéraux et de fossiles et, en général, du milieu naturel présente une importance particulière ou qu'il convient de les soustraire à toute intervention artificielle susceptible de les dégrader(...)", avant d'ajouter une série de critères plus précis à "prendre en considération".

⁴⁸² Voir par exemple l'article L. 512-1. du Code de l'environnement qui précise quels sont les critères à prendre en compte pour délivrer une autorisation au titre des installations classées pour la protection de l'environnement : "Sont soumises à autorisation préfectorale les installations qui présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article L. 511-1(...)", ce dernier article mentionnant au titre de ces intérêts la "commodité du voisinage", la "santé, la sécurité, la salubrité publiques", "l'agriculture", la "protection de la nature et de l'environnement", la "conservation des sites et monuments".

⁴⁸³ "L'envahissement du droit par la science et la technique se justifie par un souci de quantification du droit, pour qu'il adhère plus étroitement à la réalité", E. NAÏM GESBERT : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", op. cit., page 515.

⁴⁸⁴ Voir dans ce sens E. NAÏM GESBERT : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", op. cit., page 506 et 507.

une position surplombante au sein des systèmes juridiques nationaux, elles en viennent nécessairement à manier des concepts très généraux qui actualisent l'antinomie du principe juridique : concilier une fonction *normative* d'un segment de réalité et une fonction *représentative* d'un champ du droit. Les "principes clairs et incontestables" de la Déclaration de 1789 illustrent cette équation et semblent offrir un démenti à l'hostilité contemporaine qui règne au sein du Parlement⁴⁸⁵ et surtout au sein du pouvoir exécutif contre l'usage des principes et des notions à contenu variable dans les textes. Très paradoxalement en effet, et en dehors de l'hostilité qui s'est manifestée lors des débats relatifs à la Charte de l'environnement, l'univers constitutionnel semble être totalement coupé de l'univers législatif pour ce qui est de la méfiance envers les principes. Si la loi doit absolument permettre au juge de la légalité de pouvoir statuer au moyen de règles claires et précises, le juge constitutionnel reçoit en revanche toute confiance pour statuer à partir de principes flous et indéterminés. Autrement dit les traits distinctifs des principes écrits par rapport aux règles sont des défauts au sein des textes législatifs alors qu'ils sont des qualités au sein des textes constitutionnels. Pérennité, adaptabilité aux changements sociétaux, clarté pédagogique : les principes écrits sont loués au niveau constitutionnel pour ce qu'ils sont⁴⁸⁶, alors qu'au niveau législatif ils sont décriés comme facteurs d'indécidabilité et d'insécurité juridique, et de surcroît quasiment ignorés par le juge.

Pourtant ici également la différence de traitement ne résiste pas à la comparaison, et il y a fort à parier que la destinée du principe constitutionnel selon lequel "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" n'aurait pas été la même si ce principe avait figuré à l'article premier d'une loi. Ce cloisonnement fonctionnel est d'autant plus étrange que, lorsqu'il contrôle la légalité d'un acte administratif, le Conseil d'État est susceptible, dans le même arrêt, de le mettre en regard d'une disposition législative et d'une disposition constitutionnelle. Comment justifier en effet que le juge administratif, juge de la constitutionnalité des actes administratifs, admette de contrôler un décret par rapport à une norme constitutionnelle générale et indéterminée, mais qu'il dénie la pertinence des principes législatifs comme éléments conditionnant la légalité du même décret par des formules de disqualification de leur juridicité⁴⁸⁷ ? L'usage des formulations elliptiques et solennelles est considéré à la fois dans notre culture juridique comme une vertu constitutionnelle et comme un vice législatif, ce qui conduit à relativiser fortement le poids des arguments textuels invoqués contre la faible juridicité des principes pour percevoir la réalité des enjeux stratégiques qu'ils masquent.

⁴⁸⁵ Hostilité qui se manifeste dans ses prérogatives de législateur, mais également quand il prend part à l'exercice du pouvoir constituant, comme dans le cadre de la Charte d'environnement de 2005, et qui se traduit par une véritable peur du juge attestée en ces termes par **M. PRIEUR** : "La pire des craintes manifestée par le Parlement n'était pas la dégradation de l'environnement mais le gouvernement des juges. Il fallait, de ce fait, donner tous les pouvoirs à la loi pour contrecarrer le pouvoir des juges et donc le droit au recours des citoyens et surtout des associations activistes". **M. PRIEUR** : "Un huron au Parlement", RDP n°5/2004, page 1204.

⁴⁸⁶ Voir cependant pour une critique de l'indétermination des principes constitutionnels l'article précité de **D. LOSCHAK** : "Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?", Pouvoirs n° 13, 1980, page 37.

⁴⁸⁷ Voir infra, page 379 , pour un recensement de ces formules.

L'analyse approfondie du texte des principes environnementaux permettra néanmoins d'éclaircir le fondement de ces arguments, qui sont utilisés sur le plan législatif et qui le moment venu le seront peut-être sur le plan constitutionnel au sujet de la Charte de l'environnement.

Section 3 - Le langage des principes du droit de l'environnement : anatomie textuelle.

L'effet de décalage entre la finalité didactique de ces normes et le lieu où elles se trouvent formulées a conduit à leur faire subir une tension qui vise à préserver leur généralité, dont dépendent leurs vertus pédagogiques, mais sans pour autant leur faire produire des conséquences juridiques incontrôlables. Une analyse lexicale permettra d'asseoir cette hypothèse sur des données plus précises (§ 1) et permettra corrélativement d'expliquer les raisons de la polysémie des principes tant au niveau législatif (§ 2) qu'au niveau constitutionnel (§ 3).

§ 1 – La richesse des registres lexicaux.

N'ayant pas pour vocation de viser des situations réelles très précises, et n'ayant donc pas besoin de recourir à des notions techniques, le langage des principes est essentiellement composé de termes issus de ce que l'on appelle la "langue naturelle"⁴⁸⁸. L'aspect emblématique et symbolique des principes généraux, comme leur vocation à favoriser la coexistence de politiques publiques affichant des intérêts divergents⁴⁸⁹, impose une configuration lexicale recourant à des termes issus essentiellement du vocabulaire courant (A) et du vocabulaire environnemental (B), plus rarement du lexique juridique général (C).

A – Le vocabulaire courant.

L'essentiel des termes utilisés dans la rédaction des principes est issu du langage courant. Leur rédaction satisfait en cela aux préconisations de la circulaire du Premier ministre du 25 mai 1988⁴⁹⁰ relative à la méthode de travail du gouvernement qui recommande l'utilisation de termes courants dans la rédaction des textes juridiques⁴⁹¹. Cet usage est également recommandé par le "plain language

⁴⁸⁸ Pour J. WROBLESKI le législateur privilégie en effet autant que possible l'usage de la langue "naturelle", ne recourant à la langue "légale", facteur de moindre compréhensibilité des textes, que dans un but pragmatique de précision, voir "Les langages juridiques, une typologie", *Droit et Société* n°8/1988, LGDJ, page 15.

⁴⁸⁹ C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", *op. cit.*, page 85.

⁴⁹⁰ Citée par C. BERGEL : "Savoir rédiger un texte normatif", Annexes, *op. cit.*, pages 175 et s.

⁴⁹¹ Pour une vision opposée à cette approche voir Jean-Louis BERGEL : "Ce serait un piège que d'éliminer tout le 'jargon juridique'. Sous prétexte de rendre la loi plus accessible on la rendrait plus incertaine. Le langage juridique a besoin de constance et de technicité. Il est dès lors utopique de préconiser, dans la loi, l'utilisation des termes dans leur acception usuelle(...). J. L. BERGEL : "Méthodologie juridique", *op. cit.*, page 239.

movement" qui conseille d'éviter les néologismes, les mots rares ou trop longs au sein des textes normatifs⁴⁹². Pour sa part la circulaire "Jospin" précitée stigmatisait "le recours à un langage codé connu des seuls initiés donnant à l'administration et à quelques spécialistes un monopole d'interprétation"⁴⁹³.

De toute évidence le vocabulaire des principes satisfait à ces diverses exigences puisque certaines des notions essentielles ou des critères qu'ils véhiculent sont portés par des termes de la langue "naturelle". Ainsi par exemple, et pour les aborder dans l'ordre de leur apparition, "l'absence de certitudes", les "connaissances techniques et scientifiques du moment", les mesures "effectives", le "coût économique acceptable" qui figure au sein des principes de précaution et de prévention du code de l'environnement sont des termes qui ne nécessitent pas de connaissances techniques pour être compris. La notion "d'irréversibilité" fait également partie du langage courant, même si elle a depuis son insertion dans le principe de précaution été considérablement enrichie d'apports doctrinaux qui en ont fait un concept particulier du droit de l'environnement⁴⁹⁴. De même que la notion "d'atteinte à l'environnement" ne semble pas revêtir l'épaisseur conceptuelle de la notion de "nuisance"⁴⁹⁵, à laquelle elle a pourtant été préférée. Les "frais" résultant des mesures de prévention et de lutte contre la pollution qui doivent être "supportés" par le pollueur, et non "imputés" ou "mis à la charge" termes qui présentaient une dimension plus juridique. Il en va de même pour "l'adoption de mesures effectives", dont on retranche "et proportionnées" puisque ce dernier terme renvoie à un principe juridique et qu'il n'est pas utilisé ici dans son acception commune.

La formulation des principes de la Charte renforce encore cet usage du langage courant, en utilisant également les termes "d'atteintes à l'environnement", de "connaissances scientifiques", de "mesures provisoires", de "réalisation incertaine", "d'accès aux informations", de "participation à l'élaboration des décisions", de "préservation et d'amélioration de l'environnement" ou de "préservation et de mise en valeur de l'environnement".

La dimension représentative et pédagogique du principe utilise donc ici des termes courants de manière à transmettre la quintessence du droit de l'environnement au sein d'autres champs sociaux où un vocabulaire trop technique et juridique aurait été préjudiciable à son intelligibilité. La contrepartie de cette dimension didactique à laquelle accède la norme, obtenue au prix de l'abandon du souci de décrire très précisément et techniquement les situations factuelles qui lui correspondent, est son indétermination. Pourtant l'on peut voir dans cette dernière le signe des "transférences contextuelles" qui se manifestent dans la théorie de l'autopoïèse dès qu'un système clos veut agir sur un autre système

⁴⁹² N. M. FERNBACH : "La simplification du texte juridique : étude comparative", in **CENTRE INTERNATIONAL DE LA COMMON LAW EN FRANÇAIS** : "Français juridique et science du droit", op. cit., page 113.

⁴⁹³ Circulaire du 6 juin 1997 relative à l'organisation du travail gouvernemental, citée par C. BERGEAL : "Savoir rédiger un texte normatif", op. cit., page 221.

⁴⁹⁴ Voir par exemple la *Revue juridique de l'environnement*, "L'irréversibilité", numéro spécial, 1998.

⁴⁹⁵ Définie par Francis Caballero comme une "agression contre l'environnement génératrice d'effets de droit", F. CABALLERO : "Essai sur la notion juridique de nuisance", LGDJ, Paris, 1981, page 13.

en lui envoyant des messages informatifs, messages d'autant plus perceptibles par ce système "récepteur" qu'ils sont *a priori* indéterminés et constitués à partir du langage courant⁴⁹⁶.

B – Le lexique environnemental.

À la différence d'une part de plus en plus importante des textes environnementaux⁴⁹⁷, et dans le but de s'opposer à cette tendance, la rédaction des principes, tant au plan législatif qu'au plan constitutionnel, ne comporte pas de dispositions purement scientifiques. Une série de termes relève en revanche plus ou moins directement de la dimension technique ou juridique du champ environnemental. Certaines expressions, qui n'ont d'ailleurs pas été reprises dans la Charte de l'environnement, comme les "meilleures techniques disponibles" ou la "correction par priorité à la source" tirent de leur origine – le droit communautaire de l'environnement – un statut de "standards juridiques environnementaux". Pour d'autres, ce statut est plus contestable mais s'écarte toutefois du lexique courant, ainsi "l'accès aux informations relatives à l'environnement", les "atteintes à l'environnement", les "substances dangereuses" ou le "public" qui du fait de leur existence dans des dispositions juridiques plus anciennes ont une dimension conceptuelle qui les éloigne du sens commun.

"L'accès à l'information" tire quant à lui un enrichissement conceptuel sa déclinaison sectorielle au sein des dispositions du Titre II du Code de l'environnement relatives à l'information et à la participation des citoyens. Ainsi, ce droit à l'information y est-il précisé pour les domaines des déchets⁴⁹⁸, des risques majeurs⁴⁹⁹, des organismes génétiquement modifiés⁵⁰⁰, et de la qualité de l'air⁵⁰¹. Il y a lieu de déplorer ici la disharmonie qui règne au sujet des titulaires de ce droit, qui les voit successivement qualifiés de "toute personne", "chacun", "les citoyens". Ces disparités, imputables aux limites de la codification à droit constant, sont préjudiciables à la cohérence du système dont le principe de participation est à la tête. La

⁴⁹⁶ Voir sur la corrélation entre la sous-détermination d'un système juridique et sa capacité à communiquer avec d'autres systèmes M. DELMAS-MARTY et J.F. COSTE : "L'imprécis et l'incertain : esquisse d'une recherche sur logiques et droit", op. cit. page 116.

⁴⁹⁷ Voir sur ce point le constat de M. F. DELHOSTE : "Le langage scientifique dans la norme juridique", in **INSTITUT FÉDÉRATIF ENVIRONNEMENT ET EAU (dir.)** : "Incertitude juridique, incertitude scientifique", op. cit., page 57.

⁴⁹⁸ L'article L. 124-1 - I du Code de l'environnement précise en ces termes le champ couvert par ce droit à l'information : "Toute personne a le droit d'être informée sur les effets préjudiciables pour la santé de l'homme et l'environnement du ramassage, du transport, du traitement, du stockage et du dépôt des déchets ainsi que sur les mesures prises pour prévenir ou compenser ces effets", l'alinéa II du même article détaille ensuite la nature des documents auxquels "toute personne" a accès.

⁴⁹⁹ L'article L. 124-2 du Code de l'environnement précise que "Les citoyens ont un droit à l'information sur les risques majeurs auxquels ils sont soumis dans certaines zones du territoire et sur les mesures de sauvegarde qui les concernent. Ce droit s'applique aux risques technologiques et aux risques naturels prévisibles(...)", les conditions d'exercice de ce droit sont précisées par décret en Conseil d'État.

⁵⁰⁰ Voir l'article L. 124-3 du Code de l'environnement : "Toute personne a le droit d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés au sens du titre III du livre V peut avoir pour la santé publique ou l'environnement, dans le respect de la confidentialité des informations protégées par la loi (...)", les conditions d'exercice de ce droit étant précisées par décret en Conseil d'État.

⁵⁰¹ Voir l'article L. 124-4 du Code de l'environnement : "Le droit à l'information sur la qualité de l'air et ses effets sur la santé et l'environnement est reconnu à chacun sur l'ensemble du territoire. L'État est le garant de l'exercice de ce droit, de la fiabilité de l'information et de sa diffusion. Ce droit s'exerce selon les modalités définies à la section 2 du chapitre I^{er} du titre II du livre II".

rédaction de la Charte harmonise cette diversité en utilisant uniquement la formule "toute personne", et en réservant le terme "chacun" au droit de vivre dans un environnement équilibré de l'article premier.

La notion "d'atteinte" à l'environnement quant à elle fait implicitement référence au champ d'application de l'étude d'impact défini à l'article L. 122.-I du Code de l'environnement qui repose sur ce critère⁵⁰², et ne peut donc pas ici être assimilée à sa définition au sein du langage courant.

Ces notions clés du droit de l'environnement ont de surcroît été précisées par le juge et trouvent dans ses décisions une certaine épaisseur conceptuelle. Leur emploi manifeste également la vocation représentative des principes au sein de la branche du droit de l'environnement, l'usage des concepts propres à cette matière s'en trouve alors justifié par un souci identitaire. Ce lien sémantique entre les principes et des dispositions précises du Code est de nature à faciliter une interprétation systématique par le juge de la légalité en cas d'invocation d'un principe dans un contentieux sectoriel. En revanche, la portée constitutionnelle de la Charte conduit à la disparition des termes qui, comme les "substances dangereuses", possèdent une connotation technique peut-être considérée comme incompatible avec un texte de niveau constitutionnel.

C – Le lexique juridique.

Certains termes renvoient directement au lexique juridique, mais ils sont beaucoup plus rares, ce qui facilite la lecture des principes pour les profanes mais rend plus délicate leur opérationnalisation par le juge qui devra co-déterminer le contenu de termes issus de la langue courante et non rattachés à la tradition juridique. Les principes ne font en effet pas référence à des concepts juridiques en dehors de quelques notions rattachables à des catégories juridiques plus ou moins classiques, mais qui possèdent toutes une intelligibilité en dehors de ce champ. Il en va ainsi du "dommage", voire du "dommage grave" qui constitue un standard, des mesures "proportionnées" qui renvoient au principe de proportionnalité, des mesures "provisoires" qui renvoient aux techniques d'application du droit dans le temps. Il en va également de la notion "d'association" du public qui se distingue de celle de "consultation" notamment en droit de l'urbanisme. La Charte de l'environnement, en ajoutant dans les principes les concepts de "droit" ou de "devoir", crée une opposition hétérogène entre un concept purement juridique – le "droit" – qui est présent notamment dans la Déclaration de 1789, et un concept moral – le "devoir" – auquel correspond la catégorie juridique de "l'obligation" qui est absente du texte.

⁵⁰² "Les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, doivent comporter une étude d'impact permettant d'en apprécier les conséquences".

D – Champ paradigmatique et "univers du discours" des principes.

Le texte des principes apparaît donc comme une juxtaposition de trois champs lexicaux qui témoignent, si l'on prend la peine de les comparer par exemple avec un arrêté d'autorisation d'exploitation d'une installation classée, de leur vocation pédagogique. Ils s'adressent tout d'abord à la société civile, de manière à ce que celle-ci puisse "se saisir du droit de l'environnement et le faire vivre"⁵⁰³. Ils affirment ensuite avec solennité certains standards ou concepts clés de cette branche du droit, comme les meilleures techniques disponibles ou l'irréversibilité, dans un souci identitaire. Et ensuite ils témoignent des points de rattachement avec les socles de la théorie juridique, comme par exemple le droit de la responsabilité auquel la notion de "dommage" fait implicitement référence, ou avec d'autres branches du droit comme le droit de l'urbanisme auquel la notion "d'association du public" est empruntée.

Le sens des principes ne surgit que par rapport à leur contexte linguistique qui est formé par le droit de l'environnement dans son ensemble. La formule liminaire de l'article L. 110-1-II du Code de l'environnement, qui précise que la portée des principes est définie dans le cadre des lois environnementales et qu'ils doivent "inspirer" ces lois, confirme que le sens donné à certains des termes employés au sein des principes dépend de ce corpus que les linguistes appellent "univers du discours"⁵⁰⁴, et qui se compose de "toutes les hypothèses et présuppositions acceptées comme pertinentes et déterminant l'interprétation des mots"⁵⁰⁵. Une lecture du Code de l'environnement orientée sur les concepts présents dans les principes révèle que ceux-ci irriguent littéralement les dimensions sectorielles du droit de l'environnement au sein desquelles ils se déclinent en sous-principes et en principes sectoriels. Ainsi par exemple le principe de participation se trouve-il décliné dans le code pour le domaine des déchets⁵⁰⁶, des risques majeurs⁵⁰⁷, des organismes génétiquement modifiés⁵⁰⁸, et de la qualité de l'air⁵⁰⁹, sous principes qui se comprennent par rapport à lui. Inversement les quatre principes environnementaux, qui fournissent une sorte de récapitulation conceptuelle de l'ensemble de la matière s'interprètent en fonction des dispositions plus précises qui les mettent en œuvre.

⁵⁰³ **M. BARNIER** in *Débats parlementaires*, séance du 11 octobre 1994, JORF Sénat, n° 72 S. (C.R.), 12 octobre 1994, page 4119.

⁵⁰⁴ "L'univers de référence d'un discours (également appelé univers du discours, ou ensemble de référence) est l'ensemble des objets sur lesquels porte le discours : c'est, en première approche, l'ensemble des objets considérés par celui qui émet le discours", **M.-L. MATHIEU-IZORCHE** : "Le raisonnement juridique", PUF, Thémis, 2001, Paris, page 128.

⁵⁰⁵ **J. LYONS** : "New horizons in linguistics", Penguin book, cité par **J.-L. SOURIOUX, P. LERAT** : "Le langage du droit", PUF, Collection SUP, Paris, 1975, page 57. Voir également **A. LALANDE** : "Sens A : Ensemble des idées, ou plus exactement des éléments et des classes logiques qui sont pris en considération dans un jugement ou un raisonnement. C'est ainsi par exemple que l'affirmation *aucun chien ne parle*, est vraie dans l'univers du discours de la zoologie, mais non dans celui de la fable. Sens B : Se dit aussi maintenant, en un sens plus large, de l'ensemble de toutes les présuppositions qu'implique un jugement ou une question", in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 1167.

⁵⁰⁶ Article L. 121-1.-I du Code de l'environnement.

⁵⁰⁷ Article L. 124-2. du Code de l'environnement.

⁵⁰⁸ Article L. 124-3 du Code de l'environnement.

⁵⁰⁹ Article L. 124-4 du Code de l'environnement.

Le choix des standards qui composent les principes, et qui rendent leur contenu matériel textuellement indéterminé mais factuellement "co-déterminable" par les autorités de mise en œuvre des normes, reflète la rencontre entre la volonté clarificatrice de leurs promoteurs, et la méfiance traditionnelle envers le risque contentieux incarné par les notions à contenu variable.

§ 2 – L'écriture législative des principes généraux du droit de l'environnement : la polysémie contrôlée des termes utilisés.

Le projet de loi qui fut à l'origine de la formulation des principes du droit de l'environnement concernait initialement la "clarification et la décentralisation des compétences en matière d'environnement". Il répondait, entre autres, à un objectif de clarification et de démocratisation de cette branche du droit et puisait sa motivation dans une série de rapports, études et programmes qui allaient conduire à la formulation des principes généraux. Ce projet ne deviendra "projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement" qu'après les négociations interministérielles durant lesquelles l'objectif initial sembla risquer de passer pour une "promesse non tenue"⁵¹⁰. La rédaction des principes (A) allait donner l'occasion de porter au jour les enjeux de politique juridique attachés à la légistique, qui empêchent parfois d'assigner à la rédaction des textes une simple finalité de clarté, puisque le jeu des amendements conduit à retrouver entre les lignes des traces visibles d'affrontement ou de ces "compromis non résolus"⁵¹¹ dont le droit de l'environnement est souvent le théâtre (B). Cette tension qui entoure la formulation du texte est une des raisons de l'utilisation massive des standards et des notions à contenu variable, qui permettent au législateur de transférer sur le juge ou sur l'autorité administrative la charge des appréciations valorisantes qu'il n'a pas réussi à opérer lui-même (C).

⁵¹⁰ C. SANSON : "La genèse de la loi", Dossier spécial : "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement", *RFDA* n°12/1995 (mars-avril), page 206.

⁵¹¹ Voir dans ce sens P. LASCOUMES : "Tout système juridique n'est qu'un ajustement, plus ou moins stable, d'intérêts sociaux divergents, et parfois contradictoires, sous l'arbitrage de l'autorité publique. Tous les nouveaux droits économiques et sociaux (droit du travail, de la consommation, de l'environnement...) sont tout particulièrement le produit de tels arbitrages politiques et recèlent des tensions entre intérêts opposés, partiellement pacifiées, mais jamais totalement éliminées" in "Les arbitrages des intérêts légitimes en matière d'environnement, les exemples des lois montagne et littoral", *Revue française des sciences politiques*, juin 1995, n°3, vol. 45, page 399. Voir également au niveau de l'élaboration administrative des textes (projets de loi) D. LATOURNERIE : "Après la phase de procédure écrite ou orale de recueil des accords, il n'est pas rare que les modifications demandées par l'un ou l'autre, une fois mises ensemble, rendent le texte informe", in "La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration", *La Revue administrative*, 1981, page 594.

A – De la légistique comme enjeu politique : la cristallisation mouvementée du texte des principes lors des débats parlementaires.

Pour constituer des normes floues, les principes n'en ont pas moins suscité une bataille lexicale entre les deux chambres. Les quelques 34 amendements déposés lors de la discussion de l'article premier du projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement révèlent s'il en était besoin les enjeux politiques attachés au choix des mots de la norme. Si certains de ces amendement proposaient l'adjonction de nouveaux principes à ceux issus du projet initial⁵¹², comme les principes de responsabilité de l'État, d'évaluation, de développement durable et de proportionnalité, d'autres proposaient tout simplement de les supprimer. L'examen du parcours rédactionnel de chaque principe, depuis l'avant projet de loi jusqu'à l'adoption du texte définitif par l'Assemblée Nationale le 2 février 1995, donne la mesure du processus "d'indétermination croissante" qui a frappé la rédaction des principes. Elle révèle, sur le mode de la bataille rédactionnelle, le choc des deux aspirations contradictoires formant les termes de "l'antinomie structurelle du principe" évoquée en introduction : d'un côté une volonté clairement établie de renforcer *l'intelligibilité*⁵¹³ du droit de l'environnement par le biais de principes solennels et synthétiques⁵¹⁴ offrant en quelque sorte un résumé non technique de la matière, et de l'autre un souci d'harmoniser les objectifs de cette branche du droit et d'intégrer les principes *d'action* définis par les conventions internationales⁵¹⁵, à utiliser en guise de "compas"⁵¹⁶. Ces deux aspirations – l'une *représentative* et l'autre *normative* – étant contradictoires au sens où comme on l'a vu, plus la dimension représentative d'une norme est grande, plus sa capacité à discriminer est réduite, la formulation des principes se traduit par une tension permanente qui traduit cet effort de

⁵¹² Assemblée nationale, Projet de loi n° 462 "Relatif au renforcement de la protection de l'environnement".

⁵¹³ Voir dans ce sens **J. F. LEGRAND** : "L'exercice de rationalisation et de simplification des règles de droit est une préoccupation majeure du législateur. Ceci est encore plus vrai pour le droit de l'environnement, droit profondément marqué par sa dépendance étroite avec des notions scientifiques et techniques. Cependant, le droit de l'environnement serait une illusion si l'usager du droit était confronté à des règles incompréhensibles l'obligeant à recourir à un technicien", in "Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement", Sénat, n°4, 5 octobre 1994, page12.

⁵¹⁴ Voir par exemple **J. F. LEGRAND** : "Entre l'excès de normes techniques, de nature réglementaire, et l'affirmation de déclarations d'intention sans réelle portée normative, la loi doit conférer une homogénéité au droit de l'environnement, afin de permettre sa compréhension par les acteurs, donc leur aptitude à assurer une protection plus efficace des intérêts généraux qu'ils sont chargés de défendre", *Ibid.*, page11. Cette préoccupation figurait d'ailleurs parmi les motifs essentiels de l'inscription des principes en exergue de la loi du 2 février 1995 : "Or, il est apparu que, malgré la multitude de textes existants, aucun texte de droit interne ne définissait de manière claire, synthétique et un peu solennelle – pourquoi ne pas le dire ? – les principes fondamentaux qui inspirent ou doivent inspirer ce corpus en augmentation constante", **M. BARNIER**, JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du lundi 5 décembre 1994, année 1994, n°116 [1] A.N. (C.R.), mardi 6 décembre 1994, page 8229.

⁵¹⁵ *Ibid.*, page 12.

⁵¹⁶ Cette métaphore a été utilisée à plusieurs reprises, voir par exemple **M. BARNIER** au sujet du rôle des principes face à l'inflation normative en matière d'environnement : "Mais comment reprocher à un navigateur dépourvu de compas de s'éloigner de sa route", JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 11 octobre 1994, année 1994, n°72, S. (C.R.), mercredi 12 octobre 1994, page 4119.

conciliation pour éviter d'en faire des propositions totalement "indécidables"⁵¹⁷. Les différentes étapes de la formulation des principes seront abordées en les envisageant successivement.

1 – Le principe de précaution.

Initialement, avant les arbitrages interministériels, le principe de précaution se présentait comme suit : "*Principe de précaution, selon lequel tout projet, décision ou activité susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement doit se fonder sur les meilleures informations scientifiques et sur la meilleure technologie disponible afin de garantir le niveau le plus élevé de protection*". Cette définition très synthétique est issue des propositions de la Commission de codification dont elle reprend les traits essentiels, s'écartant par là des formulations internationales du principe dont la rédaction définitive sera finalement inspirée⁵¹⁸. Cette rédaction fait de la précaution un principe d'optimisation de l'information scientifique au service de la prise de décision, dans le but de satisfaire un niveau élevé de protection. Elle dispose d'un champ d'application assez précisément défini sur le plan formel, puisqu'elle concerne les "projet, décision ou activité", et sur le plan matériel, car ces actions doivent être "susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement". Ce champ d'application, qui semble *a minima* recouper celui des études d'impact, disparaîtra de la rédaction définitive du principe qui ne retiendra pour sa part qu'un champ d'application matériel défini de manière beaucoup plus floue puisque non lié à celui des études d'impact, "l'absence de certitudes" face à un "risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement". Mais il ne faudrait pas négliger les étapes successives de cette opération d'émondage.

À l'issue des arbitrages interministériels, durant lesquels les principes subissent des "assauts répétés"⁵¹⁹, et du passage en Conseil d'État au cours duquel ils se voient qualifiés par l'Assemblée générale de "droit qui bavarde"⁵²⁰, la formulation du principe de précaution se trouve modifiée comme suit : "*Le principe de précaution, selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs sérieux de s'inquiéter de l'état futur de l'environnement*". Cette assimilation de la précaution à la prévention réduit le champ d'application matériel du principe à un standard auquel le juge administratif est certes habitué, le "*motif sérieux*", mais qui est appliqué ici à la notion plus floue "*d'inquiétude*". Elle propose l'adoption de "mesures de prévention" qui ne sont pas précisées et qui sont contradictoires avec l'objectif du principe de précaution qui concerne précisément les domaines où la prévention est impossible faute d'une possibilité suffisante de quantifier le risque. Cette formulation aboutit donc à une redondance par rapport au principe de prévention bien que leurs champs d'application – "*atteintes à*

⁵¹⁷ Selon les termes du député **P. ALBERTINI** au sujet de la proclamation d'un droit à l'environnement sain, refusant de laisser passer cet "affichage qui constitue sur le plan du droit une proposition indécidable", JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du lundi 5 décembre 1994, année 1994, n°116 [1] A.N. (C.R.), mardi 6 décembre 1994, page 8259.

⁵¹⁸ Voir **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", RJE n°2/1995, page 203.

⁵¹⁹ **C. SANSON** : "La genèse de la loi", *op. cit.*, page 206.

⁵²⁰ Ibid.

l'environnement" ou *"motif sérieux de s'inquiéter de l'état futur de l'environnement"* – soient distincts. Le seul critère qui permet de les distinguer réside dans l'aspect "futur", – et par extension incertain ? – de l'état de l'environnement là où le principe de prévention concerne les atteintes avérées.

La rédaction définitive du principe, acquise par le biais d'un amendement déposé en première lecture au Sénat par le rapporteur de la Commission des Affaires économiques et du Plan, allait enrichir son contenu en précisant à la fois son champ d'application et les mesures qu'il pouvait susciter : *"Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement"*⁵²¹. La formulation répond de manière directe au principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 : *"En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement"*. Les *"motifs sérieux de s'inquiéter de l'état de l'environnement"* termes *"trop vagues pour figurer dans un texte de loi"*⁵²² deviennent le *"risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement"*, qui comme on l'a vu plus haut introduit le concept juridique de *"dommage"* source de plus grande précision conceptuelle. Les *"mesures de prévention"* deviennent *"mesures visant à prévenir"* un risque de dommage, ce qui a pour conséquence d'élargir, par un critère finaliste, le champ des mesures possibles. Cette formulation est celle qui fait la plus large concession à la dimension représentative du principe, mais elle possède un champ d'application trop large sur un plan normatif, puisque les *"mesures"* ne sont pas qualifiées. C'est donc un souci de précision normative et d'encadrement du champ d'application du principe qui va guider les amendement qui aboutiront à la formulation définitive.

Deux amendements modificatifs seront d'abord proposés en première lecture au Sénat mais ne seront pas retenus à ce stade. Le premier ajoute un standard de proportionnalité qui vise selon les propos de son auteur à mettre le coût des mesures de précaution en rapport avec la gravité du risque et la capacité financière des opérateurs⁵²³ : *"Le principe de précaution, selon lequel des mesures peuvent être prises visant à prévenir une atteinte prévisible, grave et irréversible à l'environnement, les moyens mis en œuvre devant être proportionnés aux objectifs visés"*⁵²⁴. Le second ajoute un critère d'effectivité des mesures : *"Le principe de précaution, selon lequel, en cas de risque de dommage grave et irréversible, la pertinence des hypothèses scientifiques avancées doit conduire à l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement"*⁵²⁵.

⁵²¹ Amendement n° 19 déposé par le sénateur **J. F. LEGRAND**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, année 1994, n° 73 S. (C.R.), jeudi 13 octobre 1994, page 4174.

⁵²² Selon les propos de **J. F. LEGRAND**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, op. cit., page 4174.

⁵²³ **G. CÉSAR**, ibid.

⁵²⁴ Amendement n° 78, déposé par les sénateurs **J. FAURE, J. BOYER, R. BESSE, G. CESAR, L. ALTHAPÉ, A. CAZALET** et **C. DESCOURS**, ibid.

⁵²⁵ Amendement n° 271, déposé par **P. RICHERT** puis retiré au profit de l'amendement n°19, ibid.

Un troisième amendement au principe de précaution proposait d'y préciser la notion d'environnement en ajoutant à sa suite : "*et de la menace de disparition ou de déséquilibre biologique des espèces végétales et animales*"⁵²⁶. Cette précision, motivée par des intérêts catégoriels, visait selon son auteur à permettre de justifier au nom du principe de précaution des dispositions réglementaires contre la prolifération des cormorans ou des renards, menaçant certaines espèces animales⁵²⁷. Cet amendement fournit l'exemple d'une tentative d'apporter des précisions à la formulation des principes, ici au concept d'environnement, dans le sens d'un enrichissement de leur extension, c'est à dire en amorçant une liste de ses composantes sectorielles, qui pourrait s'avérer interminable et préjudiciable à leur dimension synthétique et représentative. C'est précisément en invoquant cet argument – ces précisions figurent déjà au sein du concept d'environnement – que le rapporteur pour la Commission des Affaires économiques et du plan demandera, avec succès, le retrait de cet amendement⁵²⁸.

Devant l'Assemblée en première lecture cette tentative d'encadrer le principe de précaution sera partiellement réitérée par le biais de trois amendements. Le premier reprend mot pour mot l'amendement proposé au Sénat⁵²⁹ et sera retiré au profit de l'amendement n°37 ci-dessous, le deuxième ajoute que "*des mesures peuvent être prises visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, dans la limite des connaissances scientifiques et techniques du moment et en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable*"⁵³⁰, ce pour fixer une limite raisonnable aux actions de précaution et de prévention, et tenir compte des limites des moyens financiers des collectivités territoriales déjà très sollicitées en la matière⁵³¹. Enfin, un troisième amendement remplace les "*connaissances scientifiques et techniques*" par les "*moyens scientifiques et techniques*"⁵³². De même et toujours lors de la première lecture à l'Assemblée un amendement propose de remplacer les "*mesures visant à prévenir un risque*" par "*mesures raisonnables visant à prévenir un risque significatif*"⁵³³ ajoutant deux notions évaluatives. Le rapporteur pour la Commission de la production et des échanges reprendra ces arguments et proposera de modérer le coût des mesures prises au titre du principe par le biais d'un amendement plus synthétique au profit duquel les trois précédents seront retirés, et qui ajoute que les mesures doivent être "*effectives et proportionnées*" et d'un "*coût économiquement acceptable*"⁵³⁴. Ce dernier membre de phrase soulèvera des désaccords au sein de l'Assemblée, et dénoncé comme une "position régressive" en contradiction avec l'amendement n° 426

⁵²⁶ Amendement n° 170, déposé par **A. VASSELLE**, *ibid.*

⁵²⁷ **A. VASSELLE**, *ibid.*

⁵²⁸ Voir **J. F. LEGRAND**, *ibid.*

⁵²⁹ Qui devient l'amendement n° 408, déposé par le député **P. OLLIER**, J.O. Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, année 1994, n° 116 [2], A.N., (C.R.), mardi 6 décembre 1994, page 8292.

⁵³⁰ Amendement n° 392, déposé par le député **M. MEYLAN**, *ibid.*

⁵³¹ Selon les propos de **M. MEYLAN**, *ibid.*

⁵³² Amendement n° 190, déposé par les députés **M. BOUVARD**, **F. CALVET**, **M. INCHAUSPÉ**, **J. PRORIOL**, *ibid.*

⁵³³ Amendement n° 184, mentionné par **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 212.

⁵³⁴ Amendement n° 37 proposé par les députés **J. VERNIER**, **M. MEYLAN** et **F. M. GONNOT**, JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, *op. cit.*, page 8292.

précédemment adopté qui définit le développement durable⁵³⁵. Il fera de surcroît l'objet d'un désaccord avec le Sénat qui le supprimera en seconde lecture, par le biais de deux amendements identiques⁵³⁶, motivés par le fait qu'il ne précise pas pour qui ce coût doit être acceptable, que la double référence aux mesures effectives et proportionnées et aux meilleures techniques disponibles constitue un encadrement suffisant des principes de précaution et de prévention⁵³⁷, ou encore qu'il constitue une notion contraire à la protection de l'environnement⁵³⁸. En seconde lecture l'Assemblée Nationale rétablira cette conditionnalité économique⁵³⁹, malgré les protestations contre une "notion peu rigoureuse"⁵⁴⁰. Aucun amendement ne proposa de supprimer le principe de précaution.

2 – Le principe de prévention.

Le principe de prévention est le seul des principes qui, à l'issue des arbitrages interministériels, perdra la mention "selon lequel" qui donne à chacun des autres principes l'aspect juridique d'une définition légale. À l'issue du processus rédactionnel, le principe de prévention gardera en effet une formulation des plus lapidaires et des plus ambiguës et restera pour ainsi dire davantage "cité" que "défini". Cette réserve est d'autant plus étrange qu'elle semble contredire l'ambition du gouvernement qui était de doter les principes d'un contenu "exprimant la volonté du législateur national" en "tenant compte des spécificités de notre système juridique"⁵⁴¹, et "sans attendre qu'on lui impose, dans d'éventuels contentieux, des définitions qui ne correspondraient pas à sa propre conception"⁵⁴².

L'avant projet de loi relatif à la clarification et à la décentralisation des compétences en matière d'environnement proposait du principe, avant tout arbitrage interministériel, la définition suivante : "*Le principe de prévention, selon lequel toute décision doit intégrer dans les motifs qui la fondent les conséquences qu'elle est susceptible de produire sur l'environnement*". Cette définition était relativement précise, puisque visant les motifs de la décision, ce qui permettait de la rattacher à la théorie de la motivation des actes unilatéraux en droit administratif, en lui donnant une dimension d'anticipation de ses propres effets qui s'apparente à la dynamique de l'étude d'impact. Il s'agit de la formulation la plus

⁵³⁵ Voir les propos de **J. P. BRARD**, *ibid.*

⁵³⁶ Amendements n° 73, déposé par les députés **J. BELLANGER**, **R. LAUCOURNET** et le groupe socialistes, et n° 111 rectifié, déposé par les députés **D. BIDART-REYDET**, **LEYZOUR**, **MINETTI** et le groupe communistes et apparentés, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, année 1995, n°5, S. (C.R.), mardi 17 janvier 1995, page 336.

⁵³⁷ Selon les propos de **J. BELLANGER**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, *op. cit.*, page 330.

⁵³⁸ Selon le propos de **D. BIDART-REYDET**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, *op. cit.*, page 337.

⁵³⁹ Amendements n° 69 déposé par les députés **J. VERNIER**, **F.M. GONNOT**, **C. CABAL** et n° 44 déposé par les députés **M. BOUVARD** et **P. OLLIER**, JO Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 18 janvier 1995, année 1995, n°6 [1], A.N. (C. R.), page 224.

⁵⁴⁰ Selon le propos de **J.P BRARD** *ibid.*

⁵⁴¹ Selon les propos de **M. BARNIER**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 11 octobre 1994, année 1994, n°72, S. (C.R.), mercredi 12 octobre 1994, page 4119.

⁵⁴² Selon les propos de **M. BARNIER**, JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du 5 décembre 1994, *op. cit.*, page 8229.

"représentative" du principe, qui fera long feu puisque dès l'issue de la phase interministérielle il deviendra de manière définitive : "*Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable*".

Un amendement non retenu proposa en première lecture au Sénat de remplacer les "*meilleures techniques disponibles*" par "*les techniques éprouvées*", ce qui constitue une formulation moins exigeante puisque dénuée de superlatif⁵⁴³ et plus éloignée du standard environnemental issu du droit communautaire. Dans l'esprit du sénateur auteur de l'amendement les techniques éprouvées font davantage référence à des solutions testées, fiables et connues, alors que les "meilleures techniques disponibles" contraint à des discussions systématiques pour le choix des solutions à retenir⁵⁴⁴. Le ministre de l'environnement contesta cet amendement au motif du rattachement au concept utilisé dans les négociations communautaires et internationales, en insistant sur le danger que pouvait représenter l'introduction en droit français d'une notion nouvelle, en décalage avec le droit communautaire⁵⁴⁵.

Deux amendements entendirent ensuite compléter matériellement le champ d'application du principe en mentionnant, en plus des atteintes à l'environnement et dans le but de préciser ce concept en utilisant la technique de l'énumération, et pour les mêmes motifs que pour le principe de précaution : "*la menace de disparition ou de déséquilibre biologique des espèces végétales et animales*"⁵⁴⁶, ou les "*atteintes aux espèces*"⁵⁴⁷, ces amendements ne furent pas retenus.

En deuxième lecture à l'Assemblée une tentative de réduire le degré d'exigence lié au recours aux meilleurs techniques disponibles proposa de leur substituer les "*techniques efficaces*" mais sans succès⁵⁴⁸. Une nouvelle tentative fut également formulée en deuxième lecture au Sénat dans les termes suivants : "*les techniques efficaces disponibles*" qui montrent encore une fois la méfiance envers l'usage d'un superlatif⁵⁴⁹. Selon les auteurs de l'amendement la complexité des procédés de fabrication rend illusoire la promotion de l'utilisation d'une technique pouvant être jugée "meilleure" qu'une autre, compte tenu de l'évolution permanente des techniques. En outre, l'amendement s'inspire de la législation sur les installations classées qui s'appuie sur les "techniques efficaces" que doivent utiliser les exploitants (article 17 du décret du 21 septembre 1977) et poursuit donc selon ses auteurs un objectif de cohérence⁵⁵⁰.

⁵⁴³ Amendement n° 272, déposé par le sénateur **P. RICHERT**, JO Débats, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, op. cit., page 4176.

⁵⁴⁴ **P. RICHERT**, *ibid.*

⁵⁴⁵ **M. BARNIER**, *ibid.*

⁵⁴⁶ Amendement n° 170, déposé par **A. VASSELLE**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, op. cit., page 4174.

⁵⁴⁷ Amendement n° 171, mentionné par **C. CANS**, "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", op. cit., page 212.

⁵⁴⁸ Amendement n° 28, mentionné par **C. CANS**, *ibid.*, page 213.

⁵⁴⁹ Amendement n° 74, déposé par les sénateurs **J. BELLANGER**, **R. LAUCOURNET** et le groupe socialistes, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, op. cit., page 337.

⁵⁵⁰ Selon les propos de **J. BELLANGER**, *ibid.*

Le gouvernement refusa cet amendement en privilégiant la cohérence avec les normes communautaires, qui désignaient le concept de "meilleures techniques disponibles".

Ajoutons qu'une tentative de supprimer la formule "*à un coût économiquement acceptable*" échoua au Sénat en deuxième lecture⁵⁵¹. Une proposition pour supprimer le principe de prévention fut formulée en deuxième lecture à l'Assemblée⁵⁵².

3 – *Le principe pollueur-payeur.*

La rédaction du principe issue de l'avant projet de loi témoigne de son étroite filiation avec le domaine classique de la responsabilité pour les dommages causés à autrui : "*Le principe pollueur-payeur, selon lequel toute activité susceptible de créer des dommages à l'environnement engage la responsabilité de celui qui l'exerce*"⁵⁵³. Après arbitrage, et sans modifications jusqu'au texte final la rédaction adoptée est celle qui s'inspire de la Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord est du 22 septembre 1992⁵⁵⁴ : "*Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur*". La rédaction de l'article 2,2,b de la convention possédait toutefois l'avantage de mieux cerner la notion de pollueur en précisant que les mesures doivent être supportées par le "*responsable de cette pollution ou de ce risque de pollution*"⁵⁵⁵.

Un amendement du Sénat en première lecture allait revenir sur ce problème de l'identification et de la dénomination du pollueur en proposant d'ajouter que les frais doivent être supportés par "*le ou les*" pollueurs⁵⁵⁶, ceci afin de prévoir les hypothèses de co-responsabilité et dans le but d'affiner le concept de pollueur. Le rapporteur pour la Commission des Affaires économiques et du Plan ainsi que le gouvernement émettront un avis défavorable à cet amendement, au motif que la notion de "pollueur" est une notion générique, au même titre que celle de "victime" en droit pénal⁵⁵⁷. Le principe ne fera pas l'objet d'autres amendements, si ce n'est une proposition de suppression en première lecture au Sénat⁵⁵⁸ et à l'Assemblée⁵⁵⁹. Les deux amendements soulèvent l'injustice sociale générée par l'application du principe pollueur payeur qui conduit à mise en place d'écotaxes affectant par exemple la

⁵⁵¹ Amendement n° 164, déposé par les sénateurs **D. BIDART REYDET**, **F. LEYZOUR**, **L. MINETTI** et le groupe communiste, *ibid.*

⁵⁵² Amendement n° 186, mentionné par **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 212.

⁵⁵³ **C. CANS**, *ibid.*, page 217.

⁵⁵⁴ **SENAT**, Projet de loi pour le renforcement de la protection de l'environnement, n°462, Exposé des motifs par **M. BARNIER**, annexe au procès verbal de la séance du 25 mai 1994, page 5.

⁵⁵⁵ **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 205.

⁵⁵⁶ Amendement n° 172, déposé par le sénateur **A. VASSELLE**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, *op. cit.*, page 4176.

⁵⁵⁷ Selon les propos de **J. F. LEGRAND** et **M. BARNIER**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, *op. cit.*, page 4176.

⁵⁵⁸ Amendement n° 145, déposé par la sénatrice **D. BIDART-REYDET**, *ibid.*

⁵⁵⁹ Amendement n° 314, déposé par **J. B. CARPENTIER** et le groupe communistes, JO Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, *op. cit.*, page 8292.

progression du coût du mètre cube d'eau vendu aux usagers, et se rapprochant des impôts de type taxe sur la valeur ajoutée qui sont injustes car indépendant de la situation sociale et des revenus des consommateurs. Ces taxes sont prélevées sur le consommateur et financent les installations de mise aux normes de pollution des entreprises. Une autre question était évoquée par les auteurs des amendements : celle de l'effet pervers du principe qui conduit à se dédouaner de faits de pollution par le simple paiement d'une taxe⁵⁶⁰. Au Sénat, le rapporteur pour la Commission des Affaires économiques et du plan et le ministre de l'environnement s'opposèrent à cet amendement au motif que la suppression du principe revenait à supprimer le fondement de la politique de l'environnement⁵⁶¹, un sénateur précisa les conséquences potentielles du principe sur les agriculteurs et demanda que le principe soit aménagé pour tenir compte des situations particulières⁵⁶². À l'Assemblée le rapporteur pour la Commission de la production et des échanges précisa que ce principe n'a pas pour objet d'exonérer les pollueurs de leur devoir de lutter contre la pollution en payant une taxe, mais de faire supporter à ceux qui sont à l'origine de la pollution la charge financière de son élimination⁵⁶³. Dans les deux chambres l'amendement fut rejeté.

4 – Le principe de participation.

Le parcours rédactionnel du principe de participation est particulier puisqu'il ne peut assumer une réelle dimension participative que depuis une loi récente⁵⁶⁴. Jusqu'à cette date et dès son adoption en première lecture au Sénat le principe se verra amputé de sa dimension participative au profit d'une formulation faisant exclusivement référence à l'accès à l'information. La formulation initiale, issue des propositions de la Commission d'expertise du Code de l'environnement, faisait de la participation et de l'accès à l'information une prérogative du droit à un environnement sain. Il s'agissait donc de créer des droits subjectifs au titre desquels figurait l'accès à la justice : "*Le droit à un environnement sain comprend notamment l'accès à l'information, la participation aux décisions qui le concernent, et la possibilité de disposer d'un recours effectif. Les atteintes à ce droit ne peuvent être que strictement proportionnées aux nécessités publiques, elles ouvrent toujours droit à compensation ou réparation*"⁵⁶⁵. L'avant projet de loi du Ministère de l'environnement reprendra en la simplifiant cette formulation : "*Ce droit (à un environnement sain) s'exerce individuellement ou collectivement. Il comprend notamment l'accès à l'information, la*

⁵⁶⁰ Selon les propos de la sénatrice **D. BIDART-REYDET**, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, op. cit., page 4176.

⁵⁶¹ Selon les propos de **M. BARNIER**, ibid.

⁵⁶² Voir les propos de **A. VASSELLE**, id., page 4177.

⁵⁶³ Selon les propos de **J. VERNIER**, JO Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, op. cit., page 8293.

⁵⁶⁴ Article 132 modifiant l'article L. 110-1, II, 4° du code de l'environnement, Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JO n°50 du 28 février 2002, page 3808.

⁵⁶⁵ Cité par **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", op. cit., page 217.

*participation aux décisions qui le concernent et la possibilité de disposer d'un recours effectif*⁵⁶⁶. Le principe ne figurait donc pas en tant que tel à la suite des trois premiers, et c'est un amendement déposé au Sénat qui l'ajouta au corpus : "*Le principe de participation de tous les citoyens, selon lequel chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris des informations relatives aux substances et activités dangereuses, et avoir la possibilité de participer au processus de prises de décisions*"⁵⁶⁷. Selon son auteur cet amendement corrige l'absence de référence au principe 10 de la Déclaration de Rio parmi les principes directeurs du droit de l'environnement. Un sous amendement adopté supprimera de cette formulation les mentions "*de tous les citoyens*" et "*avoir la possibilité de participer au processus de prises de décisions*"⁵⁶⁸ donnant au principe une portée beaucoup plus restrictive. De même "*chaque individu*" devient, terme plus connoté juridiquement, "*chaque citoyen*"⁵⁶⁹.

La commission de la production et des échanges proposera en première lecture à l'Assemblée de préciser le champ d'accès aux informations en procédant à une formulation par renvoi : "*(...) chaque citoyen doit avoir dûment accès, dans le cadre des lois et règlements organisant la communication des documents administratifs, aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses*"⁵⁷⁰. Le principe se métamorphose ici en simple rappel de la législation existante en matière d'accès à l'information. Un autre amendement, non retenu, proposait d'ajouter une autre réserve, relative aux "*règles de confidentialité prévues par les lois et règlements en vigueur*"⁵⁷¹. Cet amendement pose la question des relations entre les principes et le droit en vigueur, puisque son auteur précisait qu'en rédigeant ce genre d'articles "on fait parfois un peu de littérature", au sens où l'on énonce des principes qui sont déjà des règles de droit positif qui, dans le cas de la communication des documents administratifs, ne méritent pas forcément d'être métamorphosées en principe⁵⁷². La précision, par le biais ici de la technique de législation par référence, de la nature des informations qui peuvent être connues par les citoyens ou qui doivent au contraire rester confidentielles permet de satisfaire cette logique du principe faisant simplement un rappel des textes existants. Finalement la rédaction du principe issue de la première lecture à l'Assemblée nationale se présentait comme suit : "*Le principe de participation, selon lequel chaque citoyen doit avoir accès, dans le cadre des lois et règlements*

⁵⁶⁶ C. CANS : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 217.

⁵⁶⁷ Amendement n° 211, déposé par les sénateurs C. ESTIER, J. BELLANGER, R. LAUCOURNET, F. SELIGMANN et le groupe socialistes, J.O. Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 12 octobre 1994, *op. cit.*, page 4178.

⁵⁶⁸ Sous amendement n°308 au n°211, déposé par le sénateur J. F. LEGRAND au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan, *ibid.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Amendement n° 38, déposé par J. VERNIER au nom de la Commission de la production et des échanges, JO Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Compte rendu intégral de la séance du 5 décembre 1994, *op. cit.*, page 8293.

⁵⁷¹ Amendement n° 359, déposé par le député A. GUELLEC, JO Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994, *op. cit.*, page 8293.

⁵⁷² A. GUELLEC, *ibid.*

organisant la communication des documents administratifs, aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses"⁵⁷³.

De retour au Sénat le texte fit l'objet d'une tentative réussie de suppression de la réserve relative aux "lois et règlements organisant la communication des documents administratifs", au motif que cette réserve est formulée de façon générale dans l'alinéa qui précède l'énoncé des principes, et qu'elle est trop restrictive eu égard au fait que l'information ne découle pas des seuls documents administratifs⁵⁷⁴. La rédaction finale devient donc : "*Le principe de participation, selon lequel chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses*". La dimension de participation aux décisions sera donc absente du principe. Ajoutons qu'un amendement déposé en première lecture à l'Assemblée proposa de supprimer le principe de participation⁵⁷⁵.

La loi du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie⁵⁷⁶ a apporté une modification à ce principe en remplaçant "*chaque citoyen doit avoir accès*" par "*chacun doit avoir accès*".

La loi relative à la démocratie de proximité du 27 février 2002 ajoute au principe de participation issu de la loi Barnier la disposition suivante : "*et le public est associé à l'élaboration des décisions ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire*"⁵⁷⁷. Il remplace également "*doit avoir accès*" par "*a accès*", ce qui, compte tenu du poids juridique traditionnellement accordé au présent de l'indicatif⁵⁷⁸ est de nature à renforcer la prérogative ainsi accordée au public⁵⁷⁹. Cette nouvelle formulation rejoint celle de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice⁵⁸⁰. Elle a suscité des interrogations de la part des parlementaires, notamment au sujet de la notion de "*public*" qui y est employée, puisque celle-ci ne constitue rien moins que le champ d'application formel de ce principe. Le choix d'un juste équilibre entre une conception extensive, comme celle donnée par la Convention d'Aarhus, et une conception

⁵⁷³ JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, op. cit., page 335.

⁵⁷⁴ Amendement n° 14, déposé par le sénateur J. F. LEGRAND, JO Débats parlementaires, Sénat, Compte rendu intégral de la séance du 16 janvier 1995, op. cit., pages 337 et 338.

⁵⁷⁵ Amendement n°187, déposé par le député M. FAURE, JO Débats parlementaires, Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 5 décembre 1994, op. cit., page 8293.

⁵⁷⁶ Loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, J.O. n°1 du 1^{er} janvier 1997, page 11.

⁵⁷⁷ Article 132 modifiant l'article L. 110-1, II, 4° du code de l'environnement, Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, op. cit., page 3808.

⁵⁷⁸ "Le présent juridique est grammaticalement un cas particulier du présent intemporel, celui des vérités générales, des définitions et des maximes", J.-L. SOURIOUX, P. LERAT : "Le langage du droit", op. cit., page 61. Comme le précise en outre M. VAN HOECKE "Dans le style législatif, la composante normative du texte de loi est donc camouflée sous un énoncé descriptif", in "Comment les normes juridiques sont-elles formulées dans les textes législatifs ?", op. cit., page 110.

⁵⁷⁹ Voir en ce sens D. HOEFFEL : "Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la démocratie de proximité", Sénat, n°156, 19 décembre 2001, page 407.

⁵⁸⁰ Selon l'article 1 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement : "Afin de contribuer à protéger les droits de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être, chaque partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement conformément aux dispositions de la présente convention".

restrictive, fut guidé par une volonté d'éviter un contentieux trop important suscité par le non respect du principe⁵⁸¹. Le caractère flou des notions "*d'élaboration des décisions*" fut accepté en première lecture à l'Assemblée nationale malgré certaines réticences⁵⁸², mais fit l'objet d'une nouvelle formulation au Sénat. Sur la proposition de la Commission des affaires économiques du Sénat et au motif d'une harmonisation de la rédaction du principe avec l'article L. 121-1 du Code de l'environnement présentant les compétences de la Commission nationale du débat public⁵⁸³, la formule qui considère que le public est "*associé à l'élaboration des décisions*" est remplacée par "*associé au processus d'élaboration des projets*"⁵⁸⁴. Cette modification opérée à l'initiative de la Commission des lois vise à signifier que le public est associé en amont de la prise de décision et donc au moment de l'élaboration des projets, c'est à dire au moment où la pluralité d'options est encore possible⁵⁸⁵. Pour ce qui est du champ d'application matériel du principe, plusieurs amendements proposèrent sans succès de supprimer la notion évaluative "*incidence importante* sur l'environnement ou l'aménagement du territoire"⁵⁸⁶.

5 – Les principes "morts nés".

Certains principes non prévus par le projet de loi initial relatif à la clarification et à la décentralisation des compétences en matière d'environnement sont apparus au cours du processus parlementaire par le biais de divers amendements. Ils illustrent une volonté d'enrichir le panel des "clés de lecture" du droit de l'environnement, non seulement dans ses finalités mais également dans sa dimension méthodologique.

⁵⁸¹ Voir dans ce sens **P. COHEN** : "Il convient de ne pas tomber dans le travers d'un dispositif trop vague qui conduirait en pratique soit à vider le dispositif de sa substance, en raison des difficultés à l'appliquer, soit à multiplier, de manière excessive, des recours contentieux fondés sur la non application de ce principe" *in* "Avis présenté au nom de la Commission de la production et des échanges sur le Titre IV du projet de loi n°3089 relatif à la démocratie de proximité", **Assemblée Nationale**, 5 juin 2001, n°3105, page 23.

⁵⁸² Voir **P. COHEN** : "Le terme "décisions" est en lui même assez vague ; s'applique-t-il aux seules décisions administratives ou également aux décisions prises par des personnes privées ? Dans ce dernier cas, comment le public est-il informé qu'une personne privée élabore une décision ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ? Il convient de noter également que le critère d'une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire est particulièrement vague et peut donner lieu à des appréciations très divergentes, d'où un risque de contentieux accru", *Ibid.*, page 23

⁵⁸³ Voir dans ce sens **P. LASSOURD** : "Le public n'est pas associé à l'élaboration d'une décision car celle-ci relève - *in fine* - de la responsabilité du maître d'ouvrage, mais il doit être en revanche associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'aménagement du territoire ou l'environnement" *in* "Avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques", Sénat, 2001-2002, n° 153.

⁵⁸⁴ Voir **SENAT** : "Projet de loi modifié par le Sénat relatif à la démocratie de proximité" (urgence déclarée), 24 janvier 2002, n°49, page 79.

⁵⁸⁵ **D. HOEFFEL** : "Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la démocratie de proximité", op. cit., page 410.

⁵⁸⁶ Amendement mentionné par **D. HOEFFEL** : "Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à la démocratie de proximité", op. cit., page 409.

Le premier d'entre eux consistait à faire accéder au rang de principe l'objectif de développement durable, selon une formulation qui connut deux étapes à l'Assemblée en première lecture. La première en proposait la définition suivante : "*Le principe de développement durable, selon lequel le processus de développement doit être organisé de manière à satisfaire équitablement les besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*"⁵⁸⁷, et la seconde mentionnait : "*Le principe de développement durable selon lequel le développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins économiques et sociaux des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*"⁵⁸⁸.

Une seconde proposition de nouveau principe érigeait à ce rang un "*Principe de responsabilité de l'État à raison des conséquences dommageables que la législation relative à la protection de l'environnement, notamment en matière d'espèce animale protégée, est susceptible de causer aux personnes et aux biens*"⁵⁸⁹, une dimension d'intérêt général insuffisante semble avoir obéré le succès de cette proposition⁵⁹⁰.

Une troisième proposition concernait un "*Principe d'évaluation, selon lequel tout texte prévoyant un dispositif de protection d'une espèce ou d'un milieu doit aussi comporter l'obligation d'une évaluation régulière des résultats de cette protection permettant d'en vérifier la pertinence et – si besoin – d'en adapter les modalités*"⁵⁹¹.

Enfin, un quatrième nouveau principe devait voir le jour sous les traits du célèbre concept de proportionnalité : "*selon lequel toute décision dans le domaine de l'environnement se fonde sur une adéquation entre les moyens mis en œuvre et les objectifs visés, assurant l'équivalence des avantages et des charges qui en découlent, et tient compte du degré de certitude des connaissances scientifiques*"⁵⁹². Dans l'esprit de son rédacteur cet amendement visait à éloigner le mythe du risque "zéro" en imposant une évaluation du "rapport qualité-prix" des mesures envisagées pour éliminer un risque⁵⁹³. L'amendement fut rejeté par le Ministre de l'environnement au motif que la proportionnalité ne constitue un principe dans aucun texte international et doit demeurer simplement un concept sous-tendant l'action du gouvernement⁵⁹⁴. Ces deux derniers principes sont des principes méthodologiques qui auraient permis

⁵⁸⁷ Amendement n° 36, mentionné par C. CANS, *ibid*, page 212.

⁵⁸⁸ Amendements n° 27 et n° 305 (identiques), mentionnés par C. CANS, "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 212.

⁵⁸⁹ Amendement n° 39, mentionné par C. CANS, *ibid*, page 213.

⁵⁹⁰ C'est finalement par le biais jurisprudentiel, et quelques dix années plus tard, que cette proposition parlementaire fut mise en œuvre, puisqu'un arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 2003, Section, "Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres" admet désormais dans les conditions suivantes la responsabilité sans faute de l'État du fait de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature : "le préjudice résultant de la prolifération des animaux sauvages appartenant à des espèces dont la destruction a été interdite en application [de la loi du 10 juillet 1976] doit faire l'objet d'une indemnisation par l'État lorsque, excédant les aléas de l'activité en cause, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés", voir P. BON (dir.) : "La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées", conclusions du Commissaire du Gouvernement F. LAMY, note P. BON, *RFDA* n°1/2004, page 144 et s.

⁵⁹¹ Amendement n° 34, mentionné par C. CANS, *ibid*, page 213.

⁵⁹² Amendement n° 360, déposé par le député A. GUELLEC, *JO Débats parlementaires*, Assemblée nationale, *Compte rendu intégral de la séance du 6 décembre 1994*, *op. cit.*, page 8297.

⁵⁹³ Selon les propos de A. GUELLEC, *ibid*.

⁵⁹⁴ Selon les propos de M. BARNIER, *ibid*.

de faciliter le fonctionnement des quatre autres, notamment au niveau de la pesée des intérêts accomplie par le juge et l'autorité administrative pour les mettre en œuvre.

B – L'issue de la "guerre des mots" : un texte saturé de notions à contenu variable et de standards juridiques.

L'acclimatation de la notion de standard paraît toute adaptée au contexte d'incertitude qui caractérise la rédaction des principes environnementaux. Avant de tenter d'établir une typologie des standards utilisés dans les principes (2), il faudra tenter de mettre à jour les raisons du succès de cette technique rédactionnelle dans le champ du droit de l'environnement (1).

1 – Le rôle des standards et des notions à contenu variable dans le texte environnemental.

L'émergence des standards en droit public français s'enracine dans un mouvement vitaliste critiquant la rigidité des catégories juridiques dogmatiques constituées *a priori* par rapport à la souplesse que nécessitent les exigences variables de la vie⁵⁹⁵. C'est donc une critique sociologique du conceptualisme qui permet l'acclimatation en droit de la notion de standard comme outil d'une meilleure saisie des faits par la règle et comme moyen de dépasser les rigidités du schématisme conceptuel et des prénotions⁵⁹⁶ utilisés pour construire les catégories juridiques. "Tout se passe un peu, en effet, comme si l'auteur du texte, arrivé au bout des moyens légistiques par lesquels il entend exprimer sa volonté était obligé d'ouvrir dans la règle qu'il trace un espace d'indétermination à couvrir par un acte d'évaluation"⁵⁹⁷. Pourtant si l'usage du standard ouvre le texte juridique, en lui donnant souplesse et adaptabilité, il contribue également à le rendre imprévisible car il nécessite une évaluation axiologique⁵⁹⁸ qui le rend sujet à des interprétations inattendues de la part du juge ou de l'autorité administrative⁵⁹⁹. Le standard renvoie en effet à une évaluation qui est "normative" mais basée sur des critères extra juridiques –

⁵⁹⁵ Voir notamment pour ce que cette émergence doit aux travaux de François GÉNY : **S. RIALS** : "Les standards, notions critiques du droit" in **C. PERELMAN, R. VAN DER ELST** : "Les notions à contenu variable en droit", op. cit., page 41.

⁵⁹⁶ Voir par exemple chez **E. DURKHEIM** : "Il faut donc que le sociologue, soit au moment où il détermine l'objet de ses recherches, soit dans le cours de ses démonstrations, s'interdise résolument l'emploi de ces concepts qui se sont formés en dehors de la science et pour des besoins qui n'ont rien de scientifique. Il faut qu'il s'affranchisse de ces fausses évidences qui dominent l'esprit du vulgaire, qu'il secoue, une fois pour toutes, le joug de ces catégories empiriques qu'une longue accoutumance finit souvent par rendre tyranniques", in "Les règles de la méthode sociologique", PUF, Quadrige, Paris, 1937, (réédition 1992), page 32.

⁵⁹⁷ **P. ORIANNE** : "Standard juridique" in **A. J. ARNAUD (dir.)** : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 581.

⁵⁹⁸ Le standard est défini comme un "*Terme ou une locution insérés dans une règle de droit ou un acte juridique quelconque, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation*", ibid.

⁵⁹⁹ "C'est à propos de situations qui se caractérisent par l'impossibilité d'établir l'uniformité, la prévisibilité et l'égalité devant la loi que l'on peut parler, d'une façon prégnante, de notions à contenu variable. L'impossibilité, peut-être provisoire, d'appliquer ces notions d'une façon uniforme empêche de les intégrer dans un système de droit cohérent et stable", **C. PERELMAN** : "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", op. cit., page 373.

"normalité" d'un comportement, "gravité" ou caractère "significatif" d'un phénomène – que le législateur délègue à l'autorité d'application du texte qui devra utiliser sa propre échelle de mesure. On comprendra donc aisément que l'usage des standards dans l'écriture du droit de l'environnement donne prise à une double problématisation puisque dans le même temps il améliore l'efficacité du texte en lui donnant plus de souplesse mais réduit sa densité normative et donc sa prévisibilité. Le standard apparaît de prime abord particulièrement adapté aux impératifs de souplesse des textes qui appréhendent une réalité mouvante et "encodée" par un prisme scientifique (a), mais il convient également à merveille à un droit que le jeu des rapports de force aura rendu trop consensuel, et qui délèguera aux autorités de concrétisation le soin de trancher les "compromis non résolus"⁶⁰⁰ que le législateur a laissés en suspens, en donnant corps à des règles simplement ébauchées, et rédigées en forme d'euphémismes (b). Le standard signe donc tantôt la présence d'un droit de l'incertain, tantôt celle d'un droit du désaccord.

a – Un droit de l'incertain : le standard comme outil de perfectionnement du texte environnemental.

La formule pourrait certes sembler paradoxale, mais l'usage de standards et de notions à contenu variable joue le rôle d'un "creuset grâce auquel le droit en formation va se durcir"⁶⁰¹ à mesure que les données matérielles qui lui font actuellement défaut permettront de le nourrir. Le standard, comme technique de formulation de la règle de droit n'est donc pas totalement étranger aux préoccupations qui touchent les rédacteurs de la norme environnementale, attachés plus que d'autres à faire adhérer le droit aux contours évolutifs des faits⁶⁰². En outre il est un instrument de mesure de la normalité⁶⁰³, ce qui permet de fonder un renvoi commode aux autorités compétentes en terme d'évaluation scientifique, c'est à dire aux nombreux comités et instances consultatives dont le paysage institutionnel environnemental abonde, tout en ménageant la souplesse et l'évolutivité des critères de la règle de droit. L'usage des standards participe donc de l'assujettissement de la norme à la versatilité des connaissances scientifiques dans certains domaines particulièrement sensibles. Mais surtout, il est un gage de pérennité de la règle puisque là où le seuil quantifié et le critère sont condamnés à une obsolescence plus ou moins latente mais inexorable, le standard supporte les outrages du temps grâce à sa retenue

⁶⁰⁰ P. LASCOUMES : "Les arbitrages des intérêts légitimes en matière d'environnement, les exemples des lois montagne et littoral", op. cit., page 399.

⁶⁰¹ Ibid.

⁶⁰² "Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce", C. PERELMAN : "Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse", op. cit., page 365.

⁶⁰³ Qu'il s'agisse de la normalité "descriptive" ou statistique (ce qui est le plus courant), ou de la normalité "dogmatique" (ce qui doit être), selon la distinction de S. RIALS : "Les standards, notions critiques du droit", op. cit., page 43.

salutaire⁶⁰⁴. En outre, le standard ou la notion à contenu variable permettent l'adaptation spatiale de la norme en fonction d'éventuels particularismes locaux ou territoriaux, ce qui constitue également l'un des impératifs attachés à l'objet environnemental.

Les standards entrent donc au premier rang des techniques normatives redevables d'une approche de précaution, puisqu'ils permettent de fixer une règle sans pour autant avoir de certitudes absolues, entendons "quantifiées", quant aux enjeux scientifiques de fond. Il n'est donc pas étonnant que les principes du droit de l'environnement soient des normes saturées de standards, non seulement parce qu'elles concernent un domaine où les incertitudes sont nombreuses et où le législateur n'a pas toujours les moyens de procéder lui-même à des évaluations *ex ante* qui impliquent une importante maîtrise scientifique⁶⁰⁵, mais également parce que la vertu représentative et emblématique des principes s'en trouve renforcée, par l'effet de généralisation qui découle de l'emploi des notions indéterminées. Le standard est donc un compromis rédactionnel tout à fait naturel face à cette "antinomie structurelle du principe", confirmée par l'étude des travaux préparatoires, qui s'attache à concilier normativité et représentativité. En outre il a pu être noté que les standards permettent une mise en œuvre plus fine des objectifs de la loi, là où les critères trop fermés d'une règle fixe se suffisent parfois d'une simple application formelle⁶⁰⁶. Ainsi, le constat d'un fait de pollution se trouvant juste dans la limite inférieure d'un seuil fixé par une règle précise ne permettra pas d'enclencher des poursuites pénales et ne remplira qu'imparfaitement les objectifs de lutte contre la pollution fixés par le texte. À l'inverse, la substitution d'un standard de "dommage grave" ou de "nuisance significative" à la fixation d'un seuil permet d'attirer dans le champ de la règle un plus grand nombre de phénomènes de pollution, comme par exemple les pollutions diffuses, que la technique des seuils permet difficilement de régir.

Les principes, en se dispensant de caractériser à l'avance la mesure précise et définitive de la "gravité" d'un dommage, de "l'acceptabilité" du coût économique ou de la "proportionnalité" des mesures visant à la prévenir, mettent en œuvre une forme de pragmatisme visant à éviter que la perception sociale d'un risque soit figée par une règle de droit trop péremptoire. La règle formulée selon cette méthode aménage les rigidités du conceptualisme juridique et de l'apriorisme qui lui est consubstantiel. Statuer *ex cathedra* et de manière définitive sur les critères de gravité d'un dommage nécessitant des mesures de précaution c'est courir le risque d'en modifier la perception sociale au détriment d'éventuelles évolutions des connaissances scientifiques, et de perdre toute possibilité d'en contrôler juridiquement les effets en laissant prospérer, entre les mailles d'un réseau de seuils que

⁶⁰⁴ Certains standards du droit français sont pluri-centenaires. Voir par exemple la notion de "bonne foi", qui existe depuis près de deux siècles.

⁶⁰⁵ "J'emprunterai à l'actualité l'exemple des difficultés suscitées par les progrès de la biologie (...). En l'état, il est impossible de légiférer sur la question car nous ne maîtrisons à peu près aucune des données tant scientifiques que morales ou sociales. Tout ce que nous pouvons faire, c'est de réaffirmer notre attachement à certaines valeurs très générales et de proclamer des principes, éventuellement assortis de standards", P. JESTAZ : "Rapport de synthèse" op.cit., page 1186.

⁶⁰⁶ Voir dans ce sens D. PINARD : "Le droit et le fait dans l'application des standards", Droit prospectif, Cahiers de Méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM, 1988/4, page 1074.

l'évolution des connaissances frappe bientôt de caducité, des zones de non droit. C'est également transformer le *principe* en *liste indicative* en lui faisant perdre toute sa concision et sa possibilité de transmettre synthétiquement la quintessence du droit de l'environnement à d'autres systèmes sociaux. En outre, il faut mesurer l'intérêt que présente la rédaction sous forme de standard pour la stabilité du principe dans le temps. Le principe, ne saurait en effet constituer une sorte de "clause révisable" qui fluctuerait en fonction des avancées scientifiques relatives à la dangerosité de certaines pratiques ou de certains produits. Le projet environnemental formulé dans le principe demeure dans sa formulation processuelle, ce qui lui confère une certaine solennité et une plus grande stabilité temporelle, même si des améliorations sont toujours possibles⁶⁰⁷.

Pourtant, dans une autre perspective, l'usage des notions floues peut être lue différemment, elle permet en effet de trouver une issue commode et consensuelle aux conflits d'intérêts qui se manifestent au cours du processus législatif.

b – Un droit du désaccord : le standard comme outil d'euphémisation du texte environnemental.

L'inconvénient de cette formulation de la norme est sa "dématérialisation", au sens où le principe ne tranche pas au fond, ne fixe pas lui même un seuil de gravité ou une appréciation de la qualité des "techniques disponibles", mais se borne à indiquer une procédure à suivre, un comportement type à adopter en cas d'occurrence des faits correspondant à la série des hypothèses légales qu'il a vaguement définies⁶⁰⁸. C'est précisément pour cette raison que les principes doivent être traités non comme des normes *matérielles*, mais comme des normes *procédurales* qui délèguent la définition de leur contenu substantiel à d'autres instances, juridiques ou non⁶⁰⁹, et qu'ils doivent donc être envisagés sous l'angle de la méthodologie juridique⁶¹⁰.

Celle-ci soulève d'abord la question de la nature de l'opération pratiquée par l'autorité en charge de l'application de la norme à standards, question qui, concernant la saisie des faits par le biais d'un concept flou, sera abordée en seconde partie. Mais elle soulève également, au plan de la méthodologie

⁶⁰⁷ Voir par exemple **H. SMETS** qui propose une révision du principe pollueur-payeur : "la définition du principe pollueur-payeur inscrite dans la loi Barnier est désormais trop étroite car elle ne couvre ni les dommages (internalisation totale), ni les taxes, redevances, et amendes de pollution", in *"Le principe pollueur-payeur : un principe évolutif"*, Droit de l'environnement, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", page 157.

⁶⁰⁸ "Les principes se caractérisent par le fait qu'ils aménagent un vide non normé, un reste micro-politique laissé à l'appréciation de l'administration et du juge. C'est ce reste non normé qui sera rempli par une pesée d'intérêts", **C. A. MORAND** : "Structures temporelles de la loi", in **P. A. CÔTÉ, J. FRÉMONT (dir.)** : "Le temps et le droit", Actes du quatrième congrès de l'association internationale de méthodologie juridique, Éditions Y. BLAIS Inc., Québec, 1996, page 68.

⁶⁰⁹ Voir notamment **P. LASCOURMES** : "Tout recours à un standard appelle ainsi un raisonnement hybride, mêlant des critères juridiques et non juridiques. Sa formulation repose sur une série d'activités dont les principales concernent la qualification de situations à problèmes, la formulation de prétentions par les acteurs qui y sont impliqués, et le mixage d'intérêts et de valeurs hétérogènes (économiques, scientifiques, sociales, morales)", in "La précaution, un nouveau standard de jugement", *Esprit*, novembre 1997, page 133.

⁶¹⁰ Voir dans ce sens et au sujet du principe de précaution **L. BOY** : "Le principe de précaution, de la morale au droit", op. cit., pages 88 et 89.

législative, la question des motifs moins avouables qui peuvent se glisser derrière l'usage des standards par un législateur aux prises avec les revendications catégorielles des lobbies et comme moyen de leur donner satisfaction d'une manière quasi invisible pour le profane⁶¹¹. En effet, la dimension synthétique des principes se trouve correspondre parfaitement avec une autre constante de la technique législative : le consensus sur des questions controversées est d'autant plus facile à obtenir qu'il débouche sur des normes floues dont la matérialité n'est pas réellement fixée ou n'est fixée qu'en apparence. De la même manière qu'une norme relativement précise peut se trouver quasiment invalidée par le jeu d'un amendement qui lui ajoute un standard pour reporter une appréciation axiologique sur le juge ou l'autorité administrative. L'exemple du "coût économique acceptable" dont le principe de précaution a été tardivement amendé lors des débats parlementaires illustre la non résolution d'un conflit entre protecteurs de l'environnement et intérêts économiques, par une disposition qui relègue au niveau de la mise en œuvre du principe l'opération de pesée des intérêts qui s'imposera pour hiérarchiser ces priorités au cas par cas.

Le recensement de ces standards dans l'optique de mesurer la spécificité des principes environnementaux fait apparaître leur imbrication sous forme d'agrégats hybrides. Les principes condensent et reflètent la technique opportuniste de constitution du droit de l'environnement qui agrège des notions juridiques classiques, telles le "dommage grave" ou les "mesures proportionnées", avec des notions qui lui sont propres et qui bénéficient également du statut de standards, comme les "meilleures techniques disponibles" ou la notion "d'irréversibilité". Cette tactique permet d'acclimater le juge à des notions nouvelles en les reliant à des concepts classiques de la théorie juridique.

2 – Un agrégat de standards et de notions à contenu variable : essai de typologie.

De manière générale la technique législative utilise les standards ponctuellement, et les disperse au sein de textes juridiques plus déterminés pour simplement assouplir un critère ou ménager une forme de souplesse sur une question que le texte ne peut pas fixer définitivement. Les principes généraux du droit de l'environnement sont quant à eux composés *quasi exclusivement* de standards et de notions à contenu variable. Leur analyse formelle révèle qu'ils sont de deux types, les standards prédictifs et les notions à contenu variable proprement dites (a), et leur analyse matérielle révèle qu'il s'agit soit de standards généraux, soit de standards environnementaux (b).

⁶¹¹ "La règle de droit sera donc plus acceptable socialement lorsque formulée à l'aide d'un standard. Elle fait alors référence à l'expérience commune, au 'common sense about common things' dira Roscoe Pound. Paradoxalement, ou peut-être pas, on peut aussi soutenir que le recours aux standards, tout en suscitant l'adhésion par un appel à des notions presque instinctivement senties, participe aussi à l'opération de mystification du droit. En effet, sous le couvert de la toute simple application d'un standard de sens commun, des opérations intellectuelles ont lieu à l'abri de toute observation de l'extérieur, par des profanes", **D. PINARD** : "Le droit et le fait dans l'application des standards", op. cit., page 1077.

a – Une distinction formelle : standards prédicatifs et notions à contenu variable.

La liste des standards utilisés au sein du droit de l'environnement est impressionnante. On n'en proposera ici qu'un inventaire non exhaustif, simplement destiné à montrer que cette branche du droit en fait un usage immodéré dans la majeure partie des règles qui la composent et non seulement au sein de ses principes généraux. À titre d'exemple et au fil d'une lecture rapide du Code de l'environnement, il suffira de mentionner l'équilibre *harmonieux*, l'impact *significatif*, les *préoccupations d'environnement*, selon la *nature* et l'*importance* des opérations, l'atteinte *importante* à l'environnement, la *faiblesse* de leurs répercussions, les effets *préjudiciables*, les *incidences sur le milieu naturel*, les *conséquences dommageables pour l'environnement*, la *santé publique*, la *gestion équilibrée*, les orientations *fondamentales*, la *sécheresse grave*, la *dérogation temporaire*, la *sensibilité du milieu*, les objectifs *généraux*, la *gravité* des effets, *accroître notablement* le risque, la *valorisation* des déchets, la *qualité de l'air*, les substances *polluantes*, les déchets *dangereux*, l'effet *important et durable* sur le milieu naturel, le trouble *grave*, la ressource en eau *naturellement* abondante, les conditions hydrauliques *critiques*, les conditions d'utilisation *normalement prévisibles*, le curage *régulier*, les modifications *significatives*, les substances *nuisibles*, le danger *grave et imminent*, le développement *naturel* de la faune et de la flore, en fonction des *conditions locales ou particulières*, utiliser *rationnellement*, les nuisances *excessives*, la zone urbaine *sensible*, la politique *spécifique*, la *commodité du voisinage*, les dangers ou inconvénients *inacceptables*, les bruits *de nature à causer un trouble excessif*, les *caractéristiques des lieux*, le changement *substantiel*, l'*occupation humaine*, la *largeur significative*, l'*intérêt spécial*, les qualités *remarquables, en voie de disparition*, l'*importance particulière*, l'*intervention artificielle*, le développement *naturel*, l'*intérêt scientifique et écologique*, le territoire *remarquable*, les activités *traditionnelles existantes*, l'affectation *notable* d'un site, l'*intérêt scientifique particulier* etc...

Un premier examen de cette liste permet de poser une première distinction formelle, entre les "standards prédicatifs" et les "notions à contenu variable", distinction capitale pour cerner une éventuelle spécificité de l'usage des standards dans la rédaction des principes du droit de l'environnement. Dans la langue des logiciens la majorité des standards se présentent sous forme de *prédicats*, au sens de "ce qui est affirmé ou nié d'un sujet, c'est à dire qui consiste en une action ou un caractère appartenant à ce sujet"⁶¹². Cette qualification vaut pour l'essentiel des standards juridiques généraux qui peuvent être employés dans toutes les branches du droit dont le droit de l'environnement. On retiendra parmi eux les qualificatifs *grave, particulier, spécial, notable, important* ou *temporaire*. Aussi, la rédaction des normes en termes de standards prédicatifs associés à des mots comme le *dommage*, les *atteintes*, ou le *danger* nécessite-t-elle de la part de l'autorité qui concrétise la norme de formuler un "jugement" au sens

⁶¹² A. LALANDE : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 811.

logique, c'est à dire un acte qui consiste à "poser l'existence d'une relation déterminée entre deux ou plusieurs termes"⁶¹³, jugement qui est qualifié de "prédicatif", ou "action d'affirmer ou de nier le prédicat d'un sujet"⁶¹⁴. Ce jugement et l'étude de ses modalités renvoient directement au concept juridique de qualification des faits qui sera abordé en détail dans la seconde partie.

Les "notions à contenu variable" en revanche ne comportent pas de prédicat et se présentent davantage comme des concepts spécifiques qui doivent être appréhendés dans leur unité ; on citera pour exemple les notions de *commodité du voisinage*, *d'incidence sur le milieu naturel*, de *préoccupations d'environnement*, les *caractéristiques des lieux*, ou encore la *qualité de l'air*. Ces notions sont plus difficiles à déterminer car elles ne comportent pas de dispositions appréciatives à même de guider leur interprète. Leur contenu axiologique est plus neutre, et elles consistent davantage dans la formulation d'intérêts légitimes à prendre en considération lors de l'application de la norme que dans la mesure de la normalité d'un phénomène.

Les principes généraux du droit de l'environnement recèlent ces deux types de notions floues qu'il est important de distinguer pour comprendre leur fonctionnement logique. Au rang des *standards prédictifs* il faut ranger le dommage "grave" et "irréversible", les connaissances scientifiques et techniques "du moment", les mesures "effectives" et "proportionnées", le coût "économiquement acceptable", les substances et activités "dangereuses", l'incidence "importante" sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. Tous ces qualificatifs font référence à des échelles appréciatives auxquelles les autorités d'application de la norme sont parfaitement habituées et qui ne constituent pas une technique propre à la rédaction des normes environnementales. L'on en veut pour preuve que certains de ces qualificatifs sont également employés dans des normes issues d'autres champs du droit, tel le droit privé avec le trouble "anormal" de voisinage. Pour ce qui est des *notions à contenu variable* on mentionnera "l'absence de certitudes", le "risque", la "correction par priorité à la source", les "atteintes à l'environnement", les "meilleures techniques disponibles", "chacun", les "informations relatives à l'environnement" et le "processus d'élaboration des projets". Ces dernières désignent des concepts ou des catégories juridiques renvoyant à des phénomènes que les autorités d'application des principes auront à leur faire correspondre, sans bénéficier pour cela de consignes très précises.

Un second critère, matériel cette fois, doit être ajouté pour mieux cerner la spécificité des standards utilisés dans la rédaction des principes et pour isoler parmi eux ceux qui ont une dimension proprement environnementale.

⁶¹³ Ibid., "jugement", II – Logique, sens D, page 549.

⁶¹⁴ Ibid., page 813.

b – Une distinction matérielle : les standards généraux et les standards environnementaux.

Le droit de l'environnement mélange subtilement des notions indéterminées "classiques" avec des concepts plus spécifiquement environnementaux. Il ressort du bref inventaire réalisé plus haut, outre le constat que le standard n'est pas l'apanage des principes, la plupart de ces exemples étant issus d'autres dispositions du code de l'environnement, que les notions indéterminées utilisées en droit de l'environnement sont dans la majeure partie des cas des notions générales ou empruntées à d'autres branches du droit. Ainsi en est-il des notions de *trouble grave*, d'*effet préjudiciable* ou de *dérogation temporaire*. C'est uniquement parce qu'elles sont placées au sein du code de l'environnement que ces notions peuvent être qualifiées de "standards environnementaux". Mais pour la plupart d'entre elles la spécificité environnementale est toute relative, de la même manière que le standard de la *bonne foi* n'est propre ni au droit de la famille⁶¹⁵ ni au droit des biens⁶¹⁶ mais constitue un standard juridique de l'ensemble du droit privé, ou que *l'ordre public* se retrouve dans l'ensemble du droit public. L'identification de standards et de notions à contenu variable réellement propres au droit de l'environnement est une tâche ardue, puisqu'il ne suffit pas de repérer ceux qui sont "annexés" ou instrumentalisés par cette branche du droit, comme par exemple le "dommage grave" ou les "mesures proportionnées", mais ceux qu'elle a elle-même produit en fonction des contraintes internes à la matière. Ajoutons que les notions qui semblent à première vue délimiter un espace propre au droit de l'environnement, comme "l'impact sur l'environnement", le "territoire remarquable" ou la "qualité de l'air" sont finalement assez rares et ne constituent une spécificité de cette branche du droit que dans une mesure matérielle, c'est à dire en fonction de leur objet, de la même manière que "l'intérêt de la famille" ou la "cause réelle et sérieuse de licenciement" sont des notions à contenu variable propres au droit de la famille et au droit du travail.

On distinguera donc au sein des principes les notions indéterminées qui ont une nature *générale* et qui sont majoritairement des standards prédicatifs, comme le dommage "grave", les mesures "proportionnées", le coût "acceptable" et l'incidence "importante". Ces standards prédicatifs, envisagés indépendamment des objets auxquels ils se rapportent, n'ont rien de spécifique au droit de l'environnement. En revanche, d'autres notions semblent avoir été produites par cette branche du droit *sous l'effet de ses propres contraintes*, au premier rang desquelles figure "l'irréversibilité" et le "risque", mais également la "correction par priorité à la source", "les atteintes à l'environnement" – dont il y a lieu de s'interroger sur le parallèle à établir avec "l'intérêt de la famille", comme notion représentative des intérêts protégés par une branche du droit –, les "meilleures techniques disponibles" et les "incidences sur l'environnement". Le standard, comme notion dont le législateur ne souhaite pas délimiter précisément le contenu pour laisser au texte une plus grande souplesse, porte souvent sur un aspect

⁶¹⁵ Voir par exemple l'article 220 du Code civil où il est utilisé dans le cadre des droits et devoirs des époux.

⁶¹⁶ Voir par exemple l'article 555 du Code civil concernant la construction sur le terrain d'autrui.

essentiel de la matière considérée, comme en témoigne le rôle structurant de la "bonne foi" dans le droit des contrats.

Parmi l'ensemble des standards contenus dans les principes celui du "dommage grave" est particulièrement important, puisqu'il a pour effet d'indexer la norme sur les avancées de la science⁶¹⁷, avec l'inconvénient corrélatif qui consiste à voir cette question échapper, au moins partiellement, au processus politique. Puisque la règle ne décide plus de ce qui constitue un dommage grave, pas plus qu'elle n'en fournit les critères, elle ne s'en trouve que plus ouverte aux instances scientifiques capables de venir combler cette lacune en opérant elles mêmes cette évaluation pour le compte du juge ou de l'administration⁶¹⁸. C'est ici qu'apparaît l'une des caractéristiques essentielles du principe, illustration du phénomène que Douglas Hofstadter qualifie de "hiérarchies enchevêtrées"⁶¹⁹ et selon l'analyse qui en a été faite par Mireille Delmas-Marty. Contrairement à une vision radicale du conceptualisme comme mise en place d'une réalité "contre-factuelle" à laquelle les faits doivent se conformer, c'est ici le cas d'espèce qui détermine le contenu de la règle⁶²⁰. Le "dommage grave" n'a pas de contenu *a priori* indépendamment de la série des décisions de jurisprudence et autorisations administratives qui, pour chaque hypothèse factuelle, lui donneront un contenu différent et évolutif, adapté aux avancées – ou aux reculs – de la science. Il existe en effet deux manières de préciser le contenu normatif matériel de ce standard, soit en le livrant à l'appréciation des tribunaux qui le définiront au fil des espèces, soit par le biais de précisions normatives apportées par le législateur ou le pouvoir réglementaire, le cas échéant avec une dimension sectorielle. Mais il faut se garder de la tendance légicentriste consistant à vouloir combler par des normes rigides cette discontinuité de la couverture normative de la réalité environnementale, sous peine de faire perdre au standard sa souplesse⁶²¹. Le travail qu'impose cette configuration légistique de la norme à l'autorité décisionnelle, qui éloigne cette opération de la traditionnelle et quasi mécanique *subsumption des faits* dans la méthodologie classique de l'application du droit, sera envisagé en détail au sein de la problématique du fait en deuxième partie.

Le statut textuel de ce standard du "dommage grave" associe un concept juridique très classique et très ancien avec un standard non moins usité. Son utilisation par le champ environnemental n'a pas

⁶¹⁷ Voir dans ce sens **E. NAÏM-GESBERT** : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", op. cit., page 527.

⁶¹⁸ Voir sur cette question **J. P. GALLAND** : "Les responsabilités des experts et le principe de précaution", *Nature Sciences Sociétés*, n°1/1998, vol. 6, page 47.

⁶¹⁹ Voir "Les boucles étranges dans le gouvernement" in **D. HOFSTADTER** : "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", op. cit. page 779.

⁶²⁰ "En réalité, le cas particulier détermine toujours, et à chaque fois, une partie du contenu du critère universel. La classification du particulier dans l'universel se fait par une redéfinition anti-déductiviste et prudentielle de l'universel par le particulier", **G. VANNIER** : "Argumentation et droit. Introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman", op. cit., page 117.

⁶²¹ "La première attitude [la délimitation du contenu du principe au cas par cas par les tribunaux] présente l'avantage de la souplesse et respecte, mieux que la seconde, le caractère de standard de jugement que possède aujourd'hui le principe de précaution, mais elle risque de laisser subsister pendant longtemps beaucoup d'imprécisions sur des questions essentielles et, par conséquent, de prolonger un état de grande insécurité. En revanche, une intervention législative permet de satisfaire plus rapidement l'impératif de sécurité. Certes, on peut craindre qu'elle favorise une certaine rigidité, mais cet inconvénient peut lui-même être évité si l'on prévoit une révision périodique de la définition légale", **P. KOURILSKY** et **G. VINEY** : "Le principe de précaution", Rapport au Premier ministre, La documentation française, Éditions Odile Jacob, Paris, 2000, page 141.

attendu la formulation du principe de précaution ce qui explique peut-être qu'il ait été préféré à la notion plus vague et moins classique "d'atteinte à l'environnement" qui figure quant à elle dans la formulation du principe de prévention, et à celle "d'incidence sur l'environnement" qui se trouve dans le principe de participation. L'évocation du "dommage" dans la définition du principe de précaution se rattache-t-elle à la notion controversée de dommage écologique et à la théorie qui s'y rapporte ? Il semble que la définition donnée de ce dernier⁶²² soit trop restrictive dans le cadre de la portée générale du principe de précaution. Pourtant l'on peut déceler dans le recours à ce concept un souci de ne désigner que des phénomènes significatifs, plus importants que de simples "atteintes".

Toujours est-il que ce "dommage grave" constitue l'une des "hypothèses imprécises"⁶²³ qui déclenchent l'application du principe de précaution, cette hypothèse étant elle-même un assemblage composite de plusieurs standards, tel par exemple les connaissances "du moment". Le droit de l'environnement fournit des outils précieux pour venir aider le juge ou l'administration à évaluer et à quantifier le standard de gravité. Ainsi l'étude d'impact est à même de fournir au décideur un premier outil puisqu'elle comporte l'obligation d'envisager les mesures à prendre pour supprimer les "conséquences dommageables pour l'environnement" qu'engendrent certains projets⁶²⁴. La détermination de la gravité du dommage concerne l'appréciation non du risque mais du danger. La notion de risque dans le principe de précaution n'est en effet pas assortie d'un standard de type "risque sérieux" ou "risque important". À s'en tenir strictement au texte, seule la "gravité" du dommage donne lieu à une appréciation valorisante de la part du juge ou de l'administration. Celle-ci repose sur deux étapes. La première identifie le danger et la seconde le caractérise, c'est à dire "détermine de façon quantitative et/ou qualitative la sévérité des effets adverses"⁶²⁵. Tel est le procédé minimal d'appréciation de la gravité du dommage, totalement indépendante de sa probabilité d'occurrence qui elle concerne le risque. La notion de gravité est typiquement une notion valorisante qui laisse l'autorité en charge d'appliquer la norme libre de ses propres critères, puisque ces derniers ne sont pas précisés par le législateur. Cette liberté de critères est pourtant également une perméabilité à ceux qui sont affirmés par les experts dont le juge ou l'administration s'entourent.

Le standard du coût économique "acceptable" est également un standard général qui selon les travaux préparatoires vise à mettre le coût des mesures de précaution "en rapport avec la capacité financière des opérateurs"⁶²⁶. Sous cet angle l'acceptabilité n'est qu'un prolongement financier de la

⁶²² Voir la définition donnée par **M. PRIEUR** : "Le dommage écologique est celui qui porte atteinte à l'ensemble des éléments d'un système et qui, par son caractère indirect et diffus ne permet pas en tant que tel d'ouvrir droit à réparation", in "Droit de l'environnement", Précis Dalloz, op. cit., page 916.

⁶²³ **P. KROMAREK** : "Le principe de précaution vu par l'industrie", in "Les principes généraux du droit de l'environnement", Actes du colloque organisé par l'Université d'Artois, op. cit., page 189.

⁶²⁴ Article L. 122-3 - II, 2° du Code de l'environnement.

⁶²⁵ Voir **H. BELVÈZE** : "Lignes directrices pour l'application du principe de précaution", Nature Sciences Sociétés, n°3/1999, vol. 7, page 74.

⁶²⁶ Cité par **E. NAIM-GESBERT** : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science", op. cit., page 577.

proportionnalité, avatar de la justice distributive qui tend à assurer l'adéquation de la mesure de précaution préconisée avec les capacités des opérateurs à qui elles vont être imposées.

Le standard de la proportionnalité des mesures est moins indéterminé que la notion de "gravité", notamment parce qu'il s'agit d'un standard formel ne touchant pas à l'appréciation concrète d'une réalité. La proportionnalité est un principe d'adéquation qui met ici en relation les deux termes logiques de la norme : le dispositif représenté par les mesures prises au titre du principe de précaution, et les conditions qui sont représentées par le risque de dommage grave⁶²⁷. La proportionnalité introduit un principe d'équilibre entre ces deux termes qui doivent être appréciés mutuellement.

L'usage de standards spécifiquement environnementaux dans la rédaction des principes nous éloigne de la théorie générale du droit pour aborder la théorie du droit de l'environnement. La dimension identitaire ou représentative des principes refait surface dans l'affirmation des standards du droit de l'environnement – "meilleures techniques disponibles", "irréversibilité", "correction par priorité à la source" – ou de certaines de ses notions clés comme la notion de "risque", "d'atteinte à l'environnement", ainsi que "l'accès à l'information" ou les "substances et activités dangereuses". La constitution de ces standards ou de ces notions évaluatives dépend de leur présence répétée dans une série de textes nationaux et internationaux et de leur réception par le juge qui les constitue comme tels en leur appliquant un contrôle restreint.

La notion "d'irréversibilité" quant à elle est spécifiquement environnementale puisque Philippe Kourilsky et Geneviève Viney considèrent que cette notion est acceptable en matière d'environnement, mais excessive en matière de santé publique et de sécurité collective⁶²⁸. Elle présente l'avantage de représenter un standard dont l'indétermination est assez faible puisque le terme est assez précis et désigne une absence de retour possible à un état *ex ante*.

Cette ouverture de la texture de la norme est-elle préjudiciable à la sécurité juridique, voire, parce qu'elle ouvre la voie à une lecture hétérogène de la loi par les juges, à l'égalité des citoyens devant la loi ? L'expression juridique d'une culture de l'incertitude liée à l'objet environnemental est-elle contradictoire avec les principes formant le socle de la culture juridique occidentale : principe d'égalité devant la loi, hiérarchie des normes, principe de légalité ? Il faut noter en premier lieu que l'auto-limitation du contrôle du juge en matière de dispositions techniques n'a pas attendu la rédaction du principe de précaution ni même l'importation dans le droit public français de la notion de standard. Lorsque le juge administratif refuse de contrôler le caractère "dangereux" d'un produit dont l'autorisation de mise sur le marché est contestée ce n'est pas, comme le dit Stéphane Rials, parce que c'est un terme indéterminé mais parce qu'il n'est pas chimiste⁶²⁹. Le juge limite en effet

⁶²⁷ Voir *infra* pour l'analyse complète des principes sous cet angle.

⁶²⁸ C. KOURILSKY et G. VINEY : "Le principe de précaution", *op. cit.*, page 145.

⁶²⁹ S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980, page 240.

traditionnellement son contrôle dans les matières techniques où il ne dispose pas d'une compétence égale à celles dont se sont entourés les rédacteurs de la norme.

Les contraintes ayant pesé sur la rédaction législative des principes environnementaux ont été réaffirmées avec autant de vigueur au moment de leur constitutionnalisation. Le fait que les parlementaires aient cette fois travaillé sur une version antérieure des principes – celle qui vient d'être étudiée – et non ex nihilo, a eu pour effet de modifier profondément ces derniers, en les privant notamment de la référence au concept de "principe".

§ 3 – L'écriture constitutionnelle des principes du droit de l'environnement : l'éviction du concept de "principe".

Malgré le souci de transparence affiché par les initiateurs du projet de Charte de l'environnement, l'essentiel du parcours textuel des principes dans la Charte s'est déroulé avant la phase parlementaire de discussion du projet. Ainsi la disparition du concept de "principe" en dehors de la précaution et donc pour les trois principes de la loi Barnier – élément qui apparaît comme le plus important dans le processus d'écriture de la Charte – se déroule entre le moment où la Commission Coppens rend son rapport et où le Conseil des ministres adopte le projet avant de le transmettre au Parlement. Entre ces deux étapes le Conseil d'État a rendu un avis non publié qui comporte peut-être des éléments d'information sur ce sujet (A). Les parlementaires, s'ils ont critiqué pour certains la disparition du concept de principe, n'ont pu amender le projet de loi constitutionnelle dans le sens de son retour en grâce (B). Au final, la formulation des principes dans la loi Barnier qui les avait introduit dans le droit français se trouve complètement transfigurée par la Charte de 2005 (C).

A – L'évolution de la formulation des principes durant la phase gouvernementale du projet.

La présence des principes dans la Charte apparaissait dès la publication des premiers documents d'information du Ministère de l'Écologie et du Développement Durable à ce sujet comme une priorité incontournable⁶³⁰. Les principes de l'article L.110-1 du code de l'environnement sont considérés également comme une base de départ par le Rapport de la Commission Coppens⁶³¹. Les auteurs de la variante 2 du projet de Charte proposé par cette commission utilisent le concept de principe dans son article 12, en insistant très nettement sur l'importance qu'ils y attachaient dans le cadre de la

⁶³⁰ Voir par exemple le document "Préparation de la Charte de l'environnement. Dossier d'information", Ministère de l'Écologie et du développement durable, Consultation nationale pour la Charte de l'environnement, 2004, pages 8 et 9 : "Une Charte pour consacrer des principes".

⁶³¹ Ministère de l'Écologie et du Développement durable, "Rapport de la Commission Coppens de Préparation à la Charte de l'environnement", op.cit., page 22.

formulation d'un texte constitutionnel⁶³². Pourtant au cours du processus rédactionnel chacun des principes, hormis le principe de précaution, perdra ce qualificatif, comme il perdra d'ailleurs la forme qu'il avait acquise au sein du code de l'environnement.

1 – Le principe de précaution.

La rédaction issue de la loi Barnier servi de point de départ aux réflexions menées par la Commission Coppens. Plusieurs objectifs ont été affirmés par les membres de cette commission qui allaient avoir un impact sur la rédaction finale du principe et le faire s'éloigner considérablement de sa forme législative initiale. Tout d'abord la volonté de séparer nettement la précaution de la prévention, en insistant sur le fait que l'incertitude déclenchant l'application du principe devait être "liée à l'insuffisance des connaissances elles mêmes, et non au caractère éventuellement aléatoire du phénomène considéré, par exemple un risque d'inondation"⁶³³. Ensuite une volonté d'éviter que le principe "n'entraîne des blocages et institue un frein pour la recherche scientifique", et d'inscrire le principe dans une "logique d'action" a été exprimée⁶³⁴. Enfin, au sujet du champ d'application du principe, a été affirmée la volonté d'y soumettre uniquement l'ensemble des autorités publiques "à raison et dans les limites des compétences qui leur sont conférées par la loi".

Ces trois objectifs conduisirent à une modification profonde de l'économie du principe de précaution tel que formulé par la loi Barnier. La variante n°1 du principe proposé par la Commission Coppens précisait : "*Quand un risque de dommage à l'environnement, grave et difficilement réversible, a été identifié, sans qu'il puisse être établi avec certitude en l'état des connaissances scientifiques, les autorités publiques mettent en œuvre, par précaution, des procédures d'évaluation et prennent les mesures appropriées. La loi précise les conditions d'application de ces dispositions*".

Trois types de modifications sont apportées par cette première variante au principe législatif. Certaines dispositions sont purement et simplement supprimées, au premier chef desquelles la mention du concept de "principe" jugé "non souhaitable" par les membres de la Commission auteurs de cette version sur la base d'arguments faisant peu de place à des considérations juridiques relatives au concept de principe⁶³⁵. Mais sont également supprimées la référence au "coût économique acceptable", aux

⁶³² "En droit interne, la loi 'Barnier' du 2 février 1995 a proclamé les 'principes' repris à l'article L. 110-1 du code de l'environnement : précaution, prévention, participation, pollueur-payeur. Paraître se situer en deçà des objectifs et des intentions du législateur serait s'inscrire, pour un texte constitutionnel comme la Charte de l'environnement et pour le constituant en général, à contre courant du mouvement ascensionnel des droits de l'homme. En définitive, si la Charte omettait de viser expressément des 'principes' politiques et sociaux, elle perdrait indubitablement de sa force politique et de sa portée juridique", Ibid., page 42.

⁶³³ Ibid., page 27.

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ "L'expression 'principe' de précaution n'est pas souhaitable parce qu'elle est particulièrement ambiguë. Dans sa dimension substantive, le principe de précaution est un principe de décision. Plus exactement, il invite en situation d'incertitude, où des arguments en conflit ne peuvent pas être tranchés objectivement, à privilégier certains arguments contre d'autres alors même qu'il n'est pas possible de les départager au niveau scientifique. Ce la va toujours dans le sens d'une interdiction, d'une restriction, d'une prudence, jamais dans celui de la prise d'un risque", Ibid., page 39.

connaissances "du moment", ou au caractère "effectif et proportionné" des mesures à prendre. D'autres y sont ajoutées, comme l'application du principe aux seules "autorités publiques" et la mise en œuvre de "procédures d'évaluation". Enfin les dernières transforment les formes rédactionnelles existantes, en substituant par exemple au risque de dommage "irréversible" le risque de dommage "difficilement réversible". L'ajout d'une référence à la mise en œuvre législative du principe répond quant à elle à un souci de politique jurisprudentielle visant à tenter d'éviter son invocabilité directe devant les juridictions ordinaires.

La variante n°2 de cet article 12 y réintroduit le concept de principe en précisant que la préservation et la mise en valeur de l'environnement reposent sur (...) "*le principe de précaution, selon lequel quand un risque de dommage grave ou irréversible à l'environnement ou à la santé a été identifié, sans qu'il puisse être établi avec certitude en l'état des connaissances scientifiques, l'autorité publique met en œuvre un programme de recherches et prend les mesures provisoires et proportionnées propres à y parer". Cette formulation conserve la forme du principe-nom/principe définitoire, en préservant la formule "selon lequel" qui définit ensuite le principe en compréhension. Parmi les dispositions supprimées du principe de la loi Barnier on trouve dans cette variante également la référence aux connaissances "du moment", la notion de mesures "effectives", ainsi que la référence au "coût économique acceptable". Y sont ajoutés le risque de dommage "à la santé", l'application à "autorité publique", la mise en œuvre d'un "programme de recherche", la nature "provisoire" des mesures et leur finalisation comme devant "parer" et non "prévenir" (ce qui entretenait une confusion avec le principe de prévention) au risque de dommage. Est modifié le caractère alternatif des attributs du dommage, qui doit être grave "et" irréversible. La suppression de la référence à des mesures de mise en œuvre législatives est censée restaurer l'invocabilité directe du principe devant les juridictions ordinaires.*

Telles sont les deux versions qui ont été soumises pour avis au Conseil d'État et qui ont ensuite fait l'objet d'un examen par le gouvernement. À l'issue de l'arbitrage du Conseil des ministres du 25 juin 2003⁶³⁶ le principe de précaution avait pris la forme dans laquelle il sera présenté à l'Assemblée nationale : "*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, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage, ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus". Cette version gouvernementale, qui s'inspire librement des deux versions proposées par la Commission Coppens fait également subir trois types de modifications à la formulation initiale du principe. Sont supprimées la référence aux connaissances "du moment", la notion de mesures "effectives" et la référence au "coût économique acceptable". Sont ajoutées l'application du principe aux "autorités*

⁶³⁶ Ministère de la Justice, Ministère de l'Écologie et du Développement durable : "Communiqué de presse sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", 25 juin 2003, page 6, et *Le monde*, 26 juin 2003, page 7.

publiques", la notion de mesures "provisoires", et la "mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus", et la formule de référence "par application du principe de précaution". Sont modifiés enfin le caractère alternatif des attributs du dommage, qui doit être grave "et" irréversible, et la finalisation des mesures comme devant "éviter" et non "prévenir" la réalisation du dommage.

À la différence du principe de précaution, les trois autres principes ne retrouveront pas leur qualificatif de "principes".

2 – Le principe de prévention.

Le rapport de la Commission Coppens prenait également pour point de départ rédactionnel le "principe de prévention et de correction par priorité à la source" du code de l'environnement. Il insistait sur le fait que la prévention était "le fondement essentiel de l'action en faveur de l'environnement"⁶³⁷, et devait privilégier la correction à la source sur la réparation dont les coûts sont supérieurs. La variante n°2 du projet de Charte conservait le concept de principe en précisant que la préservation et la mise en valeur de l'environnement reposent sur : "*le principe de prévention selon lequel les atteintes à l'environnement et à la santé doivent être corrigées par priorité à la source*". Cette formulation conserve la forme du principe-nom/principe définitoire, en préservant la formule "selon lequel" qui définit ensuite le principe en compréhension. Elle supprime la référence au "coût économique acceptable" et celle de "meilleure technique disponible" qui peut être assimilée à un standard juridique environnemental, issu notamment du droit communautaire. Elle ajoute une référence à la santé et ne comporte pas de référence à la mise en œuvre législative du principe. Elle transforme enfin la notion "d'action préventive" en "prévention", ce qui va dans le sens d'une plus grande concision et d'une plus grande clarté. La variante n°1 fait disparaître toute référence au "principe" pour préciser que la préservation et la mise en valeur de l'environnement requièrent, dans les conditions définies par la loi "*de privilégier l'action préventive et la correction à la source des atteintes à l'environnement*". Cette rédaction extrêmement concise retranche de la formulation initiale la référence au "coût économique acceptable", la notion de correction "par priorité" à la source, et les "meilleures techniques disponibles". Elle ajoute le verbe "privilégier" l'action préventive. Le projet de rédaction du principe de prévention dans le rapport de la Commission Coppens va donc dans le sens d'une extrême concision, le projet présenté en Conseil des ministres le 25 juin 2003⁶³⁸ fait également une synthèse des deux variantes, qui s'écarte de la formulation initiale du principe : "*Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir ou, à défaut, limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement*". Cette rédaction maintient la suppression de la référence au "coût économique acceptable" et aux "meilleurs techniques disponibles",

⁶³⁷ "Rapport de la Commission Coppens de Préparation à la Charte de l'environnement", op. cit., page 28.

⁶³⁸ "Communiqué de presse sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", op. cit., page 6.

mais elle supprime également la notion de "correction par priorité à la source". Elle ajoute en revanche une mention des destinataires du principe, "toute personne", qui comprend donc les personnes publiques et privées. Elle ajoute aussi une nuance dans l'obligation de prévention puisque celle-ci n'est plus absolue, les personnes pouvant "à défaut, limiter" les atteintes à l'environnement. La notion de prévention et de correction par priorité à la source est transformée en "prévenir les atteintes à l'environnement". Elle retient également la formule de la version n° I qui fait référence à la mise en œuvre législative du principe.

3 – Le principe pollueur-payeur.

Les réflexions de la Commission Coppens sur le principe pollueur-payeur n'ont pas fait une très large place au principe tel que formulé dans la loi Barnier. Le "principe slogan" comme il avait été parfois qualifié⁶³⁹ fut dès l'origine des débats remplacé par la notion de "réparation et financement des atteintes à l'environnement". La commission soulignait le caractère multiforme de la participation à la réparation des dommages causés à l'environnement : financière, remise en état, compensation⁶⁴⁰. La formulation initiale du principe ayant été rejetée par une partie des membres de la Commission⁶⁴¹ sur la base des ambiguïtés révélées par la phase préalable de consultations nationales ayant montré un risque de confusion avec un "droit à polluer"⁶⁴². Leur proposition pour l'article 12 évitait donc cette formulation en précisant que la préservation et la mise en valeur de l'environnement requièrent, dans les conditions définies par la loi : "de faire contribuer chacun aux coûts de la prévention et de la réparation des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ou de son comportement". La formulation du principe apparaît ici comme entièrement nouvelle. Sont retranchés presque tous les éléments de la formule de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, au premier rang desquels la notion même de "principe pollueur-payeur", celle de "réduction de la pollution", de "lutte contre celle-ci". Apparaissent dans cette nouvelle formulation les notions "d'atteintes à l'environnement" (ce qui crée une certaine homogénéité avec les autres principes où elle est également employée), l'application du principe à "chacun" (ce qui au contraire tend à créer une nuance nouvelle par rapport à l'expression "toute personne" utilisée pour le principe de prévention), et la condition "qui pourraient résulter de son activité ou de son comportement". Les "frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci" sont remplacés par les "coûts de prévention et de réparation des atteintes à l'environnement". La nature de l'obligation portée par le principe semble aussi modifiée puisqu'à l'origine le pollueur devait "supporter les frais", alors que désormais "chacun doit contribuer aux coûts".

⁶³⁹ Voir J. C. HELIN : "Existe-t-il des principes du droit de l'environnement?", *Droit de l'environnement*, n°90/2001, Numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", page 196.

⁶⁴⁰ "Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement", op. cit., page 29.

⁶⁴¹ Ibid., page 41.

⁶⁴² Ministère de l'Écologie et du Développement durable, Mission Charte, "Contribution des acteurs nationaux. Synthèse des réponses au questionnaire", 28 Janvier 2003, page 9.

La variante n°2 proposée pour ce même principe reprenait cette rédaction en la faisant précéder de la formule selon laquelle "la préservation et la mise en valeur de l'environnement reposent sur les principes suivants", et en y ajoutant la référence au "principe pollueur-payeur". La version présentée en Conseil des Ministres le 25 juin 2003 allégeait encore la rédaction et supprimait la référence au principe pollueur-payeur pour devenir : *"Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi"*. Le principe pollueur-payeur de la loi Barnier devient donc un principe de contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement. Le rétablissement du champ d'application du principe sous la formulation "toute personne" affichant un souci de cohésion avec le principe de prévention, et celui d'information et de participation.

4 – Le principe d'information et de participation.

C'est sous la forme d'une réflexion sur la démocratie participative et l'information que le principe d'information et de participation a été mis en débat au sein de la Commission Coppens. Évoquant la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 le rapport précisait que "L'information, la consultation et la participation du public en matière environnementale doivent constituer des éléments essentiels tant du point de vue de la décision publique, de la responsabilisation des habitants face aux impacts de leurs comportements, que de leur connaissance des risques ou nuisances auxquels ils peuvent potentiellement être exposés"⁶⁴³. Le rapport insistait également sur la distinction mais aussi la liaison entre participation et information, cette dernière devant permettre d'améliorer la qualité de la participation du public aux débats. Au final, le principe de participation était tenu à l'écart de l'article 12 rassemblant les trois autres principes de la loi Barnier, et figurait dans un article 11 sur lequel tous les membres de la Commission s'étaient accordés, et qui précisait : *"La loi détermine les formes de démocratie participative qui permettent au public d'être associé à l'élaboration des politiques et décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Elle organise les conditions d'exercice du droit de chacun à disposer des informations relatives à l'environnement"*.

La formulation, qui n'apparaît plus comme un principe mais comme un objectif pesant sur le législateur, ajoute au principe initial la notion de "démocratie participative", ainsi qu'un nouvel élément du champ d'application du principe aux "politiques" et non plus seulement aux "décisions". Mais elle supprime également nombre des dispositions qui constituaient le principe initial, comme par exemple la référence aux "substances et activités dangereuses", mais aussi le standard "d'importance" des incidences sur l'environnement ainsi que la référence à "l'aménagement du territoire". Elle conserve en revanche l'expression "chacun" pour désigner le champ d'application du principe d'information, ainsi que le

⁶⁴³ "Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement", op. cit., page 36.

concept "d'association" du public qui n'est pas dénué de portée juridique puisqu'il se distingue de la simple "consultation".

Le projet présenté au Conseil des ministres le 25 juin 2003 devient "Toute personne a le droit, dans les conditions définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement"⁶⁴⁴. Ainsi par rapport au principe de la loi Barnier complété par la loi "Démocratie de proximité" du 27 février 2002⁶⁴⁵ la rédaction qui allait être soumise au Parlement supprime la distinction "chacun" et "le public" dans le champ d'application respectif du principe d'information et de participation pour ne retenir que la formule "toute personne", elle supprime également le standard "d'importance" des atteintes à l'environnement, et ajoute une référence aux informations "détenues par les autorités publiques", sans conserver la référence aux "substances et activités dangereuses".

La formulation des quatre principes initiaux se trouve donc bouleversée par la reformulation opérée par la Commission Coppens et le gouvernement. La configuration politique du régime et la discipline de la majorité parlementaire, ainsi que l'attachement du Président de la République au projet allait limiter l'impact des parlementaires sur le contenu des principes.

B – La "guerre des mots" n'aura pas lieu : l'avalisation par le Parlement d'une transfiguration des principes législatifs du droit de l'environnement.

L'examen de la Charte de l'environnement par l'Assemblée nationale a été reporté plusieurs fois avant d'avoir lieu pour cause de désaccords au sein de la majorité à l'Assemblée Nationale et au Sénat. Finalement le projet sortira presque intact des débats parlementaires, malgré le dépôt de nombreux amendements sur lesquels la discipline du parti majoritaire l'a finalement emporté, un vote conforme ayant été imposé au Sénat⁶⁴⁶. Les critiques à l'égard de la Charte n'ont pas manqué de dénoncer la régression de la formulation des principes en son sein par rapport aux acquis de la loi Barnier⁶⁴⁷. Force

⁶⁴⁴ "Communiqué de presse sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", op. cit., page 7.

⁶⁴⁵ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, JO n° 50 du 28 février 2002, page 3808.

⁶⁴⁶ Voir sur ce point l'invitation faite aux sénateurs par **P. GELARD**, rapporteur de la Commission des lois : "C'est la raison pour laquelle la commission des lois vous propose d'adopter le texte de l'Assemblée nationale sans modifications", J.O.S. (C.R.) n° 60 du 24 juin 2004, page 4574, et les nombreuses réactions des sénateurs **C. ESTIER** : "À quoi sert le Sénat ?", Ibid. ; **R. BADINTER** : "Permettez-moi de remarquer [...], que c'est la première fois depuis plus de vingt ans que je constate que la Haute Assemblée, qui a dans le domaine constitutionnel le même pouvoir que l'Assemblée nationale, est invitée à renoncer à toute amélioration, correction, adjonction [...] bref, est invitée à perdre toute liberté de création au moment même où elle débat d'innovations dont il vient d'être relevé qu'elles constituent le troisième volet des textes portant sur les grands principes et sur les grands droits de l'homme", Ibid., page 4585 ; **P. ARNAUD** : "On est en droit de s'interroger, mes chers collègues, sur notre utilité, sur l'utilité du Sénat, devenue simple chambre d'enregistrement...", Ibid., page 4594.

⁶⁴⁷ **C. LEPAGE** : "Une Charte qui fait régresser le droit de l'environnement", *Le Monde*, mercredi 16 avril 2003, page 15.

est de constater qu'il ne reste pas grand chose en effet de la formulation initiale des principes dans le code de l'environnement.

1 – Le principe de précaution.

Le principe de précaution est de loin la disposition au sujet de laquelle les débats ont été les plus âpres et les amendements les plus nombreux, y compris au sein de la majorité. Sur les quatre vingt dix amendements déposés par les députés au sujet du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement quarante quatre, soit presque la moitié, ont été déposés au sujet du principe de précaution de l'article 5. Parmi ces amendements plus de la moitié ont été déposés par la majorité elle-même. Le parcours rédactionnel du principe est donc apparemment complexe et sinueux ; pourtant seules deux modifications seront apportées au principe par les députés, le texte trouvant alors sa forme définitive puisque aucune retouche ne sera effectuée au Sénat.

Pour ce qui est tout d'abord des amendements adoptés, la rédaction initiale du principe tel que déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale précisait que "*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, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage, ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus*". Les deux amendements retenus ne proposèrent en fait que le retour de formules qui avaient déjà été proposées au sein de la Commission Coppens. Ainsi l'amendement n°47 qui proposait d'insérer après le mot "précaution" les mots "*et dans leurs domaines d'attributions*"⁶⁴⁸. L'objectif de l'amendement avait déjà été soulevé par la Commission Coppens, et visait à éviter que ne soit mise en jeu la responsabilité d'autorités publiques au motif qu'elles n'auraient pas appliqué le principe de précaution dans des domaines ne relevant pas de leurs attributions. Mais cet ajout visait également à éviter que les autorités publiques n'appliquent le principe de précaution dans des domaines où elles ne sont pas compétentes⁶⁴⁹, les députés auteurs de l'amendement évoquant le cas des arrêtés pris par certains maires pour interdire sur leur territoire la culture d'organismes génétiquement modifiés, compétence relevant selon eux exclusivement du gouvernement. La seconde modification par voie d'amendement au principe concernait une reformulation de son dispositif en inversant ses termes pour adopter une "*démarche rationnelle qui invite à évaluer les risques avant de prendre des mesures provisoires*". Selon cet amendement n°51 les deux membres du dispositif du principe sont inversés et deviennent : "*veillent (...) à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des*

⁶⁴⁸ Déposé par **M. SADDIER**, rapporteur pour avis, et **P. OLLIER**, J.O.A.N (C.R.) n° 51 *bis* (articles, amendements et annexes) du 27 mai 2004, page 8.

⁶⁴⁹ Voir le propos de **M. SADDIER** : "Ainsi, un maire ne doit pas être incriminé dans un domaine qui n'est pas le sien. À l'inverse, il s'agit d'éviter qu'il ne prenne des décisions tous azimuts dans les domaines de compétences ne relevant pas de ses attributions", J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, p 4162.

risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage"⁶⁵⁰. Un sous amendement proposa ensuite de remplacer l'obligation "*d'éviter la réalisation du dommage*" par celle, moins exigeante de "*parer à la réalisation du dommage*", dans le but, selon son auteur, "de réduire les risques d'application paralysante pour la recherche scientifique du principe de précaution"⁶⁵¹.

Les quarante deux autres amendements déposés au sujet du principe de précaution ne furent pas adoptés, parmi eux les plus importants visaient à retirer la référence à la notion de "principe" de précaution⁶⁵², pour des motifs d'économie langagière⁶⁵³. D'autres visaient à tenter d'éviter son invocabilité directe en ajoutant une formule de mise en œuvre par la loi⁶⁵⁴ censée encadrer le principe et éviter les jurisprudences divergentes⁶⁵⁵, et à rétablir, dans la définition de ses conditions d'application, l'alternative grave ou irréversible⁶⁵⁶.

Au Sénat, aucun des onze amendements déposés au sujet du principe de précaution ne fut adopté⁶⁵⁷, conformément au souhait de ne pas modifier le texte élaboré par l'Assemblée nationale. Parmi ces amendements certains proposaient de soumettre l'application du principe de précaution aux conditions définies par la loi⁶⁵⁸, de supprimer la référence à la notion de "principe", ou de rétablir le caractère alternatif des conditions de gravité et d'irréversibilité⁶⁵⁹. Au terme du vote, la rédaction finale du principe telle qu'elle sera soumise au Congrès devient donc : "*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 oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*". La formule est très éloignée de celle du principe de précaution introduit par la loi Barnier de 1995, puisque les destinataires du principe sont mentionnés ("*les autorités publiques*") de manière ciblée ("*dans leur domaines d'attributions*"), et que le dispositif du principe est plus clair, même s'il présente toujours une forme très

⁶⁵⁰ Amendement n° 51 déposé par **N. KOSCIUSKO-MORIZET, P. CLÉMENT, P. HOUILLON, C. DECOCQ, et G. GEOFFROY**, J.O.A.N. (C.R.) n° 51 *bis* (articles, amendements et annexes) du 27 mai 2004, p 8.

⁶⁵¹ Assemblée Nationale, Charte de l'environnement (n°992), Sous amendement n°90 à l'amendement 51, déposé par **A. CHASSAIGNE** et les membres du groupe communiste et républicains, site de l'Assemblée nationale <http://recherche.assemblee-nationale.fr/>, document amdt-charte-41-70.pdf. Durant les débats à l'Assemblée la motivation de l'amendement par **A. CHASSAIGNE** sera uniquement basée sur des arguments langagiers : "Le style de l'amendement n°51 s'en trouvera beaucoup plus fluide, plus harmonieux, plus beau, en accord avec la richesse de notre langue", J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4164.

⁶⁵² Amendement n°1 présenté par **D. GARRIGUE** et autres, J.O.A.N. (C.R.) n°51 *bis* (articles, amendements, annexes) du 27 mai 2004, page 8, amendement n°2 présenté par **D. GARRIGUE**, J.O.A.N. (C.R.) n°51 *bis* (articles, amendements, annexes) du 27 mai 2004, page 7.

⁶⁵³ Amendement n°54 présenté par **J. MYARD**, J.O.A.N. (C.R.) n° 51 du 27 mai 2004, page 4262.

⁶⁵⁴ Amendement n°55 présenté par **J. MYARD**, J.O.A.N. (C.R.) n°51 *bis* (articles, amendements, annexes) du 27 mai 2004, page 8.

⁶⁵⁵ Voir les arguments présentés par **J. MYARD**, J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4162.

⁶⁵⁶ Amendement n°88 rectifié, présenté par **C. CARESCHE** et les membres du groupe socialiste appartenant à la Commission des lois, J.O.A.N. (C.R.) n°51 *bis* (articles, amendements, annexes) du 27 mai 2004, page 7. Voir également les propos de **P. TOURTELIER** au soutien de cet amendement, J.O.A.N. (C.R.) n° 51 du 27 mai 2004, page 4152.

⁶⁵⁷ Amendements n°s 1 et 4 rectifiés, amendements n°s 12, 26, 32,33,34,46,55,56,57, J.O.S. (C.R.) n°60 du 24 juin 2004, pages 4604 et s., et J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, pages 4629 et s.

⁶⁵⁸ Amendement n°1 rectifié, présenté par **Y. DÉTRAIGNE, F. ZOCHETTO, P. FAUCHON**, J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, page 4643 et s.

⁶⁵⁹ Amendement n° 33 présenté par **M.-C. BLANDIN**, et amendement n°34 présenté par **E. DIDIER et J. MATHON**, J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, page 4641.

euphémisée de contrainte juridique (les autorités publiques "veillent à la mise en œuvre de procédures (...) et à l'adoption de mesures", au lieu de "ne doit pas retarder l'adoption de mesures" dans le principe initial). Il faut remarquer en outre le maintien de la suppression de la condition du "coût économique acceptable", malgré un amendement déposé dans le sens de son rétablissement⁶⁶⁰, et la transformation des conditions alternatives concernant le risque de dommages "graves ou irréversibles" en une condition cumulative à deux critères (dommage pouvant affecter de manière "grave et irréversible" l'environnement).

2 - La prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement.

La version déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale ne subira qu'une reformulation mineure, ne touchant pas profondément à l'économie de sa rédaction. Un amendement n°64 proposera en effet de modifier la formulation gouvernementale du principe qui mentionnait que "*Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir ou, à défaut, limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement*", pour des motifs d'ordre stylistique⁶⁶¹. Une série d'amendements non adoptés au sujet du principe de prévention proposèrent de le "mentionner explicitement" comme le "principe de prévention" car "faisant partie des grands principes du droit de l'environnement"⁶⁶².

Le principe de prévention devient donc : "*Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement, ou, à défaut, en limiter les conséquences*".

Si la modification apportée par les députés est mineure par rapport au projet gouvernemental, la formulation de ce principe, qui ne sera pas modifiée au Sénat, s'éloigne beaucoup de celle du principe de prévention et de correction par priorité à la source de la loi Barnier de 1995. Disparaissent en effet de la formulation initiale le recours aux "*meilleures techniques disponibles*", la référence au "*coût économique acceptable*" ainsi que la notion de "*correction par priorité à la source*". Apparaissent la formulation des destinataires du principe qui est utilisée dans la Charte ("*Toute personne doit*"), et la nécessité d'une mise en œuvre législative du principe à travers la formule "*dans les conditions définies par la loi*", ainsi qu'une atténuation du dispositif par la formule "*ou, à défaut en limiter les conséquences*".

⁶⁶⁰ Amendement n° 37 déposé à l'Assemblée nationale par F. M. GONNOT, site de l'Assemblée nationale <http://recherche.assemblee-nationale.fr/>, document amdt-charte-31-40.pdf.

⁶⁶¹ Amendement n°64 déposé par A. CHASSAIGNE et les membres du groupe communistes et Républicains, J.O.A.N. (C.R.), n° 51 du 27 mai 2004, page 4140.

⁶⁶² Amendement n° 77 présenté par C. CARESCHE et les membres du groupe socialiste appartenant à la Commission des lois, J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4140.

3 – La contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement.

L'expression "principe pollueur-payeur" disparaît de la formulation du principe dès la proposition de la Commission Coppens, et ne sera pas restaurée malgré un amendement déposé en ce sens⁶⁶³. La formulation issue du projet gouvernemental précise que : "Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi", restera donc inchangée au cours du processus parlementaire. Une série d'amendements non adoptés déposés à l'Assemblée nationale proposèrent pourtant des reformulations assez radicales. Ainsi en donnant pour objet au "devoir de contribuer à la réparation" la notion de "coûts de la prévention" et de "réparations des atteintes à l'environnement" et non plus celle de "dommages causés à l'environnement"⁶⁶⁴. La notion de "contribution à la réparation" fit elle aussi l'objet de débats qui tentèrent, sans succès, d'en revenir à une formulation plus proche de celle du code de l'environnement, notamment en supprimant la notion de "contribution à la réparation"⁶⁶⁵.

Au final, comme le dit Gilles J. Martin ce texte "sonne le glas du principe pollueur-payeur pour lui substituer un principe nouveau, celui du "pollueur-contributeur", et bafoue un autre principe traditionnel de la responsabilité, celui de la réparation intégrale⁶⁶⁶.

4 – Le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Le principe d'information et de participation du code de l'environnement était devenu à l'issue de la phase gouvernementale du projet de loi constitutionnelle : "Toute personne a le droit, dans les conditions définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement". Aucune modification ne fut apportée à ce principe durant la phase parlementaire du projet, malgré un amendement déposé à l'Assemblée nationale qui proposait de faire précéder l'article 7 de la formule "en application du principe de participation"⁶⁶⁷, de manière à "intégrer le principe de l'article L. 110-1 du code de l'environnement" et de "consacrer la citoyenneté environnementale"⁶⁶⁸, et un amendement

⁶⁶³ Voir amendement n°78, présenté par **C. CARESCHE** et les membres du groupe socialiste appartenant à la Commission des lois, J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4141 et s.

⁶⁶⁴ Amendement n°66 présenté par **A. CHASSAIGNE** et les membres du groupe communistes et républicains, J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4141 et s.

⁶⁶⁵ Voir notamment les arguments de **J.P. BLAZY** au soutien de l'amendement n°78 précité, J.O.A.N. (C.R.) n°51 du 27 mai 2004, page 4141.

⁶⁶⁶ **G. J. MARTIN** : "Observations d'un privatiste sur la Charte de l'environnement", RDP n°5/2004, page 1208.

⁶⁶⁷ Amendement n° 81 déposé par **C. CARESCHE** et les membres du groupe socialiste appartenant à la Commission des lois, J.O.A.N. (C.R.), n° 51 bis (articles, amendements et annexes) du 27 mai 2004, page 9.

⁶⁶⁸ Voir les propos de **N. GAUTHIER**, J.O.A.N. (C.R.), n° 51 du 27 mai 2004, page 4166.

similaire déposé au Sénat sans succès⁶⁶⁹. En outre, il fut également proposé au Sénat d'ajouter à l'article 7 une mention dont le but était de réduire les frais d'accès aux informations environnementales et qui précisait que "l'accès aux données environnementales ne peut être facturé à un prix dépassant les frais de mise à disposition"⁶⁷⁰.

Conclusion du Titre deuxième

Quelques remarques suffiront à clore ce titre deuxième. La première conduit à affirmer que les principes du droit de l'environnement ne constituent pas une figure marginale du droit public français, mais qu'ils s'intègrent au contraire dans un phénomène d'ampleur qui voit se développer les principes juridiques écrits au sein de toutes ses branches. Pourtant si le phénomène est réel par la quantité, son intégration parmi les catégories normatives du droit public est très difficile, tout comme demeure non résolue la question de savoir si ces principes constituent eux mêmes une nouvelle catégorie juridique, tant les disparités qualitatives qui s'y font jour sont importantes. Le référentiel à l'aune duquel comparer les principes environnementaux existe donc, mais il est conceptuellement très pauvre, surtout sur le plan législatif. Au niveau constitutionnel, si la catégorie des principes juridiques écrits est plus solide, elle fait néanmoins état d'une forte hétérogénéité puisque les principes existants répondent de régimes juridiques divers. De surcroît, les principes environnementaux de la Charte de mars 2005 semblent prolonger le caractère *sui generis* des principes législatifs de l'environnement en ne s'intégrant à aucune des catégories de principes constitutionnels existants. L'analyse des principes généraux du droit de l'environnement comme source d'une "écologisation" du texte juridique devra donc se contenter de ce référentiel imparfait, et partira de la comparaison du statut textuel des principes environnementaux avec ce dernier pour tenter de montrer l'existence et la nature de leurs spécificités.

⁶⁶⁹ Amendement n° 48 présenté par **R. BADINTER** et les membres du groupe socialiste et apparentés, J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, page 4633.

⁶⁷⁰ Amendement n° 36 présenté par **P. LAFITTE** et les membres du groupe du Rassemblement démocratique et social européen, J.O.S. (C.R.) n°61 du 25 juin 2004, page 4633.

Titre troisième

Les principes juridiques écrits comme outils d'une "écologisation" du texte de la norme ?

Les principes généraux du droit de l'environnement, tant au niveau législatif que constitutionnel, possèdent certains traits de spécificité qui sont mesurables par comparaison avec le corpus des principes juridiques écrits rassemblé plus haut. C'est à l'étude des fruits de cette comparaison entre ces deux corpus de principes juridiques que sera consacré ce titre troisième. Toute la difficulté de l'analyse réside dans la nécessité de se focaliser sur la *spécificité des principes environnementaux par rapport aux autres principes juridiques écrits*, et non sur la spécificité des principes juridiques par rapport à d'autres types de normes, comme les règles détaillées, puisque tel n'est pas l'objet de cette recherche⁶⁷¹. En d'autres termes, *il ne faut pas se tromper de comparaison*, en tentant d'isoler ce qui dans les principes du droit de l'environnement relève de spécificités qui seraient propres à cet objet (**Chapitre I**). Une seconde difficulté survient alors, qui provient de la nécessité de faire le tri entre des spécificités purement marginales ou circonstanciées, comme celles dont la revendication est liée aux enjeux d'autonomie de la matière dans le champ universitaire, et des spécificités qui seraient plus profondes, consubstantielles à l'objet de ces normes ou suscitées par cet objet. Si l'hétérogénéité du référentiel comparatif constitué par le corpus des principes juridiques écrits qui prospère en droit français ne permet pas une comparaison rigoureusement scientifique, le recueil de certains indices qui sont présents à la fois sur le plan législatif et constitutionnel permet plus modestement de dégager quelques lignes de forces. Si elles ne font pas des principes environnementaux des normes radicalement nouvelles, ces traits distinctifs témoignent toutefois d'une configuration particulière du texte juridique consacré à l'environnement, confirmée par la constitutionnalisation des principes qui a réitéré certains de ces attributs. Leur observation atteste de l'émergence d'une "légalité environnementale" qui ne fait peut-être qu'annoncer un phénomène plus général, et qui met en lumière le passage de la légalité dogmatique et mimétique du code, à la légalité itérative et empathique davantage inspirée du droit des politiques publiques (**Chapitre II**).

⁶⁷¹ Sur l'opposition entre règles et principes voir notamment R. DWORKIN : "Prendre les droits au sérieux", précité.

Chapitre I – La spécificité du texte des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison.

Une série de données juridiques aisément observables attestent de quelques singularités textuelles des principes environnementaux par rapport à la majeure partie des principes législatifs et constitutionnels. On entend par là que certaines de leurs caractéristiques leur sont propres et ne sont partagées par aucun des principes qui constituent le référentiel comparatif constitué plus haut (**Section 1**). Mais est-ce à dire que la dimension *spécifiquement environnementale* de ces caractéristiques est acquise ? L'utilisation des principes par le législateur de 1995 comme outils de transposition de normes internationales, constitue-t-elle par exemple une spécificité attribuable *en propre* à l'objet environnemental ? N'est-elle pas plutôt le reflet d'un rapport de force purement circonstanciel qui pourrait très bien caractériser d'autres champs du droit ? L'adoption de principes constitutionnels de l'environnement en 2005, en dehors de tout changement de régime politique, participe-t-elle d'une spécificité environnementale ? La mesure d'une telle spécificité pose des problèmes de méthode très familiers des sciences "dures" : le phénomène observé est-il bien imputable à la cause qui est censée hypothétiquement le provoquer, mais surtout, est-il attribuable *exclusivement* à cette cause, au sens de la formule "toutes choses étant égales par ailleurs". Autrement dit, est-il possible de démontrer qu'un lien de causalité permet d'imputer la spécificité des principes à leur objet, objet qui n'avait jamais auparavant été explicitement saisi (ou construit) par le droit ? Plutôt que de causalité, la prudence nous conduira à parler davantage de "connexions concrètes"⁶⁷², tant la comparabilité de ces deux champs de la réalité ne saurait se faire dans des conditions assimilables à des conditions expérimentales, ni même avec la rigueur préconisée par un Pierre Bourdieu pour toute comparaison entre différents ordres de réalités sociales⁶⁷³. Une difficulté s'ajoute en outre à une recherche en termes de causalité puisque si le droit est une réalité sociale à part entière, l'environnement ne l'est que de manière hybride, comme élément "socio-naturel", et dans la limite de la "stipulation pour autrui" évoquée en introduction⁶⁷⁴. On se contentera donc de montrer que certaines spécificités semblent particulièrement homogènes aux particularismes de l'objet environnement, sans pouvoir démontrer si le lien est causal ou simplement contingent (**Section 2**).

⁶⁷² P. BOURDIEU : postface *in* E. PANOFSKY : "Architecture gothique et pensée scolastique", op. cit., page 147.

⁶⁷³ "Dans sa hâte d'atteindre au principe unificateur des différents aspects de la totalité sociale, l'intuitionnisme brûle les étapes et, qu'il s'agisse de comparer des sociétés différentes ou les différents sous-systèmes d'une même société, il prétend se porter d'emblée, par un coup de force, au lieu géométrique des différents structures en faisant l'économie de l'effort préalable pour extraire les structures des différents domaines", *Ibid.*, page 137.

⁶⁷⁴ Voir *supra*, page 22.

Section 1 – Les données concrètes d'une spécificité des principes environnementaux par rapport aux autres principes juridiques écrits.

Les principes environnementaux se distinguent au sein de la nébuleuse des principes directeurs par la complexité de leur origine (§ 1), et leur portée juridique *a priori*, c'est à dire telle qu'elle peut être conjecturée à partir du texte et indépendamment de toute concrétisation jurisprudentielle (§ 2).

§ 1 – La spécificité de leur origine et de leurs sources formelles et matérielles.

L'assemblage juridique matériel et formel qui a conduit à la construction de la figure des principes environnementaux est assez singulière. Ils doivent certes au législateur – et non au codificateur – une qualification de "principes" que trois d'entre eux perdront formellement avec la constitutionnalisation, mais puisent dans le droit international et communautaire, qui en livrent des formulations différentes, l'essentiel de leur contenu matériel. Sous l'angle du droit interne leur origine est invariablement placée dans les sphères du droit international, mais ce dernier précise pourtant que les principes généraux dûment "reconnus par les nations civilisées", de même que nombre de principes conventionnels, trouvent en réalité leur origine dans les droits internes⁶⁷⁵. Enfin, leur rédaction constitutionnelle, qui s'est inspirée des principes législatifs mais qui a également fait de larges échos à leurs sources internationales et communautaires, ne doit rien à un changement de régime ou à une période historique troublée, s'étant inscrite au contraire dans une procédure de révision constitutionnelle des plus pacifiques, faisant suite à une consultation nationale par voie de questionnaire. Cette combinaison inhabituelle en forme de va-et-vient et cette recherche d'un fondement impossible qui se dérobe sans cesse en abîme nourrissent la spécificité des principes comme *forme renouvelée de l'hétéronomie*. Elle offre surtout une vision singulièrement peu lisible de leurs sources. Ces principes semblent donc avoir été élaborés, par boucles itératives, au sein d'un espace propre qui se détourne des catégories juridiques classiques pour élaborer peu à peu une nouvelle pratique de la production normative, à mi-chemin entre l'endogénèse et l'exogénèse. Le caractère trouble de leur origine, de même que leur caractère *sui generis*, s'enracinent dans le droit international, communautaire et européen qui déjà les laissait dans une grande indétermination conceptuelle (A). La vacuité méthodologique qui les entoure apparaît donc comme une constante à tous les niveaux de la hiérarchie des normes où ils ont été exprimés, et se trouve tout naturellement "importée" au sein du droit français où ils constituent une forme de soft law de droit interne (B). Enfin, la coexistence de différentes versions des principes, qui accrédite l'idée d'une genèse

⁶⁷⁵ Voir sur l'interprétation en ce sens de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice qui mentionne les "principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées" J. COMBACAU et S. SUR : "Droit international public", op. cit., page 104 ; P. M. DUPUY : "Droit international public", op. cit., page 301 ; A. PELLET, N. QUOC DINH, P. DAILLER : "Droit international public", LGDJ, Paris, 1999, page 344 ; P. REUTER : "Droit international public", PUF, Thémis Droit public, 7^{ème} édition, 1993, Paris, page 117.

empirique et désordonnée, transpose au niveau national une spécificité qui s'exprimait déjà au niveau international, et qui montre une très grande hétérogénéité de leurs formulations textuelles (D).

A – Une complexité ontologique héréditaire : essai de clarification du statut des principes environnementaux en droit international, communautaire et européen.

Les principes environnementaux n'ont jamais bénéficié d'un statut juridique clair, et n'ont jamais été clairement rattachés à une catégorie préexistante de principes juridiques dans les sphères internationales qui les ont vus naître. Ni le droit international qui les laisse à leur sort de principes conventionnels écrits (1), ni le droit communautaire qui les pose comme fondements de la politique environnementale mais ne les définit pas textuellement (2), ni le droit européen des droits de l'homme, qui les applique en filigrane par le biais de constructions prétoriennes dérivées d'autres dispositions qui en sont textuellement très éloignées (3), n'ont donné de définition textuelle de ces principes, qui sont donc grevés d'une forme d'indétermination conceptuelle héréditaire.

1 – Les hésitations du droit international sur la nature juridique des principes environnementaux.

Le champ international offre lui aussi ses controverses autour de la nature juridique – normes conventionnelles, principes généraux du droit international ou coutume internationale ? – des principes environnementaux exprimés dans un nombre croissant de déclarations, recommandations ou conventions. La nature juridique incertaine des principes environnementaux au plan du droit interne a donc simplement transposé une situation de vacuité méthodologique et juridique qui existait déjà au niveau du concert des États. La vérification de cette hypothèse accrédirait la thèse de la spécificité des principes environnementaux "tous ordres juridiques confondus", et contribuerait par là à démontrer que c'est bien l'objet environnement qui spécifie ces normes en les faisant échapper aux sources "classiques" du droit des différents ordres juridiques où elles sont exprimées, à commencer par celui qui les a vues naître.

Une brève clarification de la situation internationale des principes environnementaux s'impose donc, qui passe par leur confrontation avec l'ensemble des sources classiques du droit international, c'est à dire avec les "conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige" (c), la "coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit" (b) et les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (a), mentionnées par l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice.

a – Les principes environnementaux sont-ils des principes généraux du droit international ?

La catégorie des principes généraux du droit international repose sur des postulats du même type que ceux qui fondent conceptuellement l'usage des principes généraux du droit administratif français. Il s'agit du modèle du juge "herculéen"⁶⁷⁶ qui part à la recherche d'un "supplément d'âme" pour une prémisse majeure insuffisante, voire pour combler une lacune du droit conventionnel applicable, en laissant croire que cette opération est simplement la "découverte" d'un principe préexistant, ou la formulation d'une norme "latente" d'un système juridique. Le résultat de la confrontation des principes internationaux du droit de l'environnement avec ce modèle empruntera donc un chemin identique à celui qui permet de les distinguer des principes généraux du droit administratif français. Il s'agit tout d'abord de principes non écrits, dégagés par induction amplifiante de divers droits internes dans une visée essentiellement palliative, c'est à dire pour combler les insuffisances du droit conventionnel et du droit coutumier dans la constitution par le juge international d'une prémisse majeure à même de justifier sa décision.

Plusieurs acceptions se font jour à partir de ce socle conceptuel teinté de jusnaturalisme. Trois types de principes généraux du droit international peuvent en effet être distingués. Ceux qui trouvent leur origine dans les droits nationaux des États, ceux qui émergent directement au sein du droit international, et ceux qui ont une portée universelle et dont l'origine transcende tous les ordres juridiques, tel par exemple le principe de bonne foi⁶⁷⁷. Les principes du droit de l'environnement sont généralement rangés au sein de la seconde catégorie⁶⁷⁸, puisque c'est au niveau international qu'ils ont vu le jour de manière spontanée sans être transposés des systèmes juridiques nationaux, exception faite du principe de précaution qui existait en droit allemand sous le nom de *vorsorgeprinzip*.

Leur reconnaissance nécessite ensuite une consécration juridictionnelle internationale⁶⁷⁹ qui fait précisément défaut aux principes environnementaux. Ce refus est explicite pour l'organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce qui précise ainsi dans son rapport sur la Viande aux hormones que "le principe de précaution ne fait l'objet d'aucune formulation faisant autorité et ne saurait donc

⁶⁷⁶ "Sa religion, en effet, est l'unité du droit qu'il se fait un devoir de conforter dans chacun de ses jugements : unité au double sens de cohérence narrative la meilleure se dégageant de l'état passé et présent du droit et de hiérarchie la plus satisfaisante des principes de morale politique partagés par la communauté à chaque moment de son histoire", F. OST : "Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge", in P. BOURETZ : "La force du droit. Panorama des débats contemporains", Éditions Esprit, Collection philosophie, Paris, 1991, page .

⁶⁷⁷ Voir F. MAES : "Environmental principles, their nature and the law of the sea : a challenge for legislators", op. cit., page 64.

⁶⁷⁸ Idid. Voir pour une opinion contraire A. KISS et J. P. BEURIER : "En ce qui concerne l'environnement, la pullulation des textes législatifs dans les différents pays permettra sans doute de dégager de telles règles [principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées] après un temps nécessaire à la consolidation de cette poussée" in "Droit international de l'environnement", Études internationales, 3^{ème} édition, Pédone, Paris, 2004, page 60.

⁶⁷⁹ "The existence of an environmental law principle as customary international law or a general principle of international law is more difficult to prove, except when proof has been attested to by an international court or tribunal or the principle has been explicitly accepted as such by states themselves", F. MAES : "Environmental principles, their nature and the law of the sea : a challenge for legislators", in M. SHERIDAN, L. LAVRYSEN (dir.) : "Environmental Law Principles in Practice", Bruylant, Bruxelles, 2002, page 62.

être conçu comme un principe général auquel on peut se référer en cas de conflit⁶⁸⁰. La Cour internationale de Justice se contentera simplement d'évoquer le "concept" de développement durable et la "vigilance et la prévention [qui] s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement"⁶⁸¹. Seul le "principe d'utilisation non dommageable du territoire", considéré parfois comme une des premières manifestations du principe de prévention⁶⁸², a fait l'objet d'une telle consécration et peut se prévaloir d'un statut de principe général du droit international⁶⁸³.

La recherche d'un fondement international aux principes du droit de l'environnement ne peut donc se greffer sur la théorie des "principes généraux du droit international". Il n'en demeure pas moins que l'émergence progressive au niveau international de normes conventionnelles s'apparentant implicitement aux quatre principes du droit de l'environnement pose la question de leur participation à la création d'une coutume que la qualification somme toute très récente de "principe" serait simplement venue consacrer.

b – Les principes environnementaux constituent-ils une coutume internationale ?

La nature coutumière de certains principes internationaux du droit de l'environnement est reconnue par une partie de la doctrine et pour certains d'entre eux comme le principe d'utilisation non dommageable du territoire des États⁶⁸⁴, ou – de manière beaucoup plus contestée – le principe de précaution⁶⁸⁵. Elle implique la réunion des deux critères tirés de l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, qui sont la pratique étatique et la conscience que cette pratique est constitutive d'une obligation de droit, ou *opinio juris*.

Le premier élément semble être attesté par une série de facteurs matériels convergents pour l'ensemble des principes et qui confirment leur nature conventionnelle, comme cela sera montré ci-après. Il y a juste lieu de préciser que cette pratique étatique peut être reflétée non seulement par des conventions internationales ou régionales, mais également par des lois nationales, déclarations diverses et jugements rendus par des juridictions nationales, et qu'elle doit de surcroît être uniforme et

⁶⁸⁰ Cité par **H. RUIZ FABRI** : "La prise en compte du principe de précaution par l'OMC", *RJE*, 2000, n° spécial : "Le principe de précaution", page 58.

⁶⁸¹ **J. SOHNLE** : "Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la CIJ : l'affaire Gabçikovo-Nagymaros", *op. cit.*, page 110.

⁶⁸² **N. de SADELEER** : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée de quelques principes du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 107.

⁶⁸³ Selon la Cour internationale de justice le principe fait désormais partie "du corps de règles du droit international", voir sur ce point **J. SOHNLE**, article précité. Toutefois, pour **A. KISS et J.P. BEURIER** des principes tels que le principe de prévention des dommages à l'environnement, le principe de l'évaluation préalable de l'impact sur l'environnement d'activités potentiellement dommageables, le principe selon lequel les dommages à l'environnement doivent être réparés ou selon lequel la survie des espèces menacées d'extinction doit être assurée, peuvent être considérés comme de futurs principes généraux du droit international, *in* "Droit international de l'environnement", *op. cit.*, page 61.

⁶⁸⁴ Voir notamment **L. PARADELL-TRIU** : "It is universally agreed that it now reflects a general rule of customary international law", *in* "Principles of international Environmental Law : an Overview", *RECIEL* n°9, 2/2000, page 97. Voir également **A. KISS et J.P. BEURIER** : "Droit international de l'environnement", *op. cit.*, page 59.

⁶⁸⁵ Voir notamment au sujet du principe de précaution les auteurs cités par **P. MARTIN-BIDOU** : "Le principe de précaution en droit international de l'environnement", *RGDIP* 1993/3, page 662.

continue⁶⁸⁶. L'omniprésence des principes à la fois dans les conventions internationales et dans les politiques publiques nationales de protection de l'environnement atteste largement de cette pratique et fait de certains de ces documents de véritables "viviers de normes coutumières"⁶⁸⁷.

Mais le constat d'une pratique uniforme et continue ne suffit pas à ériger les principes en coutume internationale, encore faut-il que les États considèrent ces normes comme obligatoires. Ce critère est difficile à apprécier car éminemment subjectif. Pourtant, la réponse des juridictions internationales à leur invocation par certains États à l'appui de leurs prétentions fournit un premier élément d'appréciation. Or, dans les quelques affaires où certains de ces principes ont été invoqués, ces juridictions ont refusé d'accepter ce qualificatif invoqué par les requérants. Ce refus est implicite dans les deux affaires ayant donné lieu à des décisions de la Cour Internationale de Justice⁶⁸⁸. Il y a donc tout lieu de penser que les principes internationaux du droit de l'environnement ne peuvent être considérés comme des coutumes internationales, à défaut d'*opinio juris*.

c - Les principes environnementaux sont-ils des principes conventionnels écrits ?

Il faut rappeler tout d'abord que les principes environnementaux sont non seulement proclamés au sein de déclarations ou de recommandations non contraignantes, mais également au sein de conventions générales ou régionales ayant une portée juridique⁶⁸⁹. La nature *conventionnelle* des principes doit donc être reconnue du fait de cette inscription dans un nombre croissant de ces conventions internationales générales ou sectorielles. Mais ce constat n'épuise pas la question de leur nature et de leur valeur juridique puisque leur place au sein de ces documents est extrêmement variable, allant du préambule au dispositif, des "dispositions" aux "obligations" générales⁶⁹⁰. Si certains reconnaissent que la présence des principes dans le dispositif d'une convention en fait des principes positifs autonomes⁶⁹¹, d'autres considèrent que le caractère de *soft law* attribuable à une norme ne dépend pas seulement du caractère contraignant ou non de l'*instrumentum* au sein duquel elle est

⁶⁸⁶ F. MAES : "Environmental principles, their nature and the law of the sea : a challenge for legislators", op. cit., page 62

⁶⁸⁷ Selon l'expression de M. KAMTO : "Les nouveaux principes du droit international de l'environnement", *RJE* n°1/1993, page 19.

⁶⁸⁸ Voir CIJ, Ordonnance du 22 septembre 1995, Nouvelle-Zélande C/France (http://icj-cij.org/cijwww/ccases/cnzfr//cnzfr_orders/cNZFR_corders19950922.pdf), et CIJ, 25 septembre 1997, Aff. Hongrie c/ Slovaquie, Recueil, point 56.

⁶⁸⁹ Voir notamment le principe de précaution dans l'article 4 de la Convention de Bamako de 1991, dans l'article 4 de la Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral méditerranéen du 10 juin 1995, dans l'article 2.2.a. de la Convention de Paris sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est du 22 septembre 1992 ; voir le principe pollueur-payeur dans l'article 2.2.b. de la convention précitée, dans l'article 2.5.b. de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (*JOCE* n° L 186 du 5 août 1995, page 44), dans l'article 2.1. de la Convention sur la protection des Alpes du 7 novembre 1991 (*JO* du 24 mai 1996, page 7748) ; voir le principe de prévention dans l'article 2.1 de la convention précitée.

⁶⁹⁰ Voir sur ce point, au sujet du principe de précaution, l'analyse de P. MARTIN-BIDOU : "Le principe de précaution en droit international de l'environnement", op. cit., page 660.

⁶⁹¹ "Toutefois, les principes repris dans le dispositif des conventions sont des principes du droit positif applicables en eux mêmes, alors que ceux mentionnés dans le préambule constituent généralement des principes inspireurs d'autres normes juridiques plus précises", M. KAMTO : "Les nouveaux principes du droit international de l'environnement", op. cit., page 20.

formulée, mais également de la manière dont elle est rédigée⁶⁹². En d'autres termes deux critères coexistent, un critère formel qui s'attache à la portée de l'acte où le principe est situé, et un critère légistique qui s'attache à la manière dont la norme est rédigée logiquement. Le second critère étant de nature à invalider la portée du premier puisqu'un principe figurant dans le dispositif d'une convention contraignante peut être considéré comme une norme de *soft law* s'il est rédigé en termes flous⁶⁹³.

Pour le premier critère, les deux hypothèses se rencontrent au sujet des principes environnementaux, puisqu'ils sont à la fois mentionnés dans des déclarations et recommandations dénuées de tout caractère obligatoire⁶⁹⁴, et dans le dispositif de conventions contraignantes. En outre, au sein de ces dernières, leur place varie du préambule⁶⁹⁵, où ils constituent des objectifs appelant à l'adoption de normes plus précises, au dispositif où ils restent généralement cantonnés au chapitre des "dispositions générales"⁶⁹⁶, plus rarement des "obligations" générales⁶⁹⁷, et où ils acquièrent une portée plus contraignante.

Pour ce qui est du second critère l'examen révèle également une grande variété qui peut être réduite à quatre cas de figure. Les principes sont parfois simplement cités nommément mais de manière globale et sans exposé détaillé de leur contenu, comme en droit communautaire. Dans cette hypothèse c'est la technique du "principe nom" qui est utilisée, avec la nécessité corrélatrice de se reporter à d'autres normes de droit international ou de droit interne, voire à la jurisprudence, pour connaître ou fixer le contenu des principes. Parfois certains principes sont au contraire mentionnés d'une manière détaillée, qui donne pour chacun d'eux une définition qui en cerne le mécanisme en des termes qui peuvent être très variables d'un texte à l'autre⁶⁹⁸. Parfois les principes sont évoqués implicitement, sans

⁶⁹² "'Soft law' has two meanings. The first refers to the source, that is, to the fact that one is dealing with non-legal instrument, such as recommendations and guidelines of international organisations or declarations of head of states or ministers. The second refers to how authoritative the language used is, that is, to the fact that the principles or rules in a treaty in question are imprecise and do not really lay down a legally binding obligation", F. MAES : "Environmental principles, their nature and the law of the sea : a challenge for legislators", in M. SHERIDAN, L. LAVRYSEN (dir.) : "Environmental Law Principles in Practice", Bruylant, Bruxelles, 2002, page 65.

⁶⁹³ P.M. DUPUY : "Soft law and the international law on the environment", 12, Michigan journal of international law, 1991, p 420.

⁶⁹⁴ Au premier rang desquelles les Déclarations de Stockholm du 16 juin 1972 : principe 21 (utilisation non dommageable du territoire des États) et de Rio du 14 juin 1992 : principe 10 (participation), principe 15 (précaution), principe 16 (pollueur-payeur).

⁶⁹⁵ Voir par exemple une formulation du principe de précaution dans le Préambule de la Convention de Rio du 5 juin 1992 sur la Biodiversité : "Notant également que lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets".

⁶⁹⁶ Voir les articles 2.5. a. et 2.5.b. de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (précitée), consacrés aux principes de précaution et du pollueur-payeur, qui les intègre aux "dispositions générales".

⁶⁹⁷ Voir les articles 2.2.a. et 2.2.b. de la Convention de Paris sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (précitée), consacrés aux principes de précaution et du pollueur-payeur, qui les intègre aux "obligations générales".

⁶⁹⁸ Voir par exemple la Déclaration de Rio précitée, voir également l'article 3.3. de la Convention-cadre de New-York sur les changements climatiques du 9 mai 1992 qui mêle les concepts de précaution et de prévention : "Il incombe aux *parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer* les causes du changement climatique et en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible".

figurer nommément sous l'appellation "principe de...", mais par exemple dans l'un des "points" ou "paragraphes" d'un préambule⁶⁹⁹ ou d'un article de portée générale⁷⁰⁰. Dans cette hypothèse l'identification du principe nécessite la référence à un autre texte où le principe est formulé expressément, et accrédite la thèse de la formation progressive et empirique de normes qui se cristallisent peu à peu en principes explicites. Enfin, les principes sont parfois déclinés dans un secteur spécifique correspondant au domaine sectoriel de la convention où ils sont énoncés⁷⁰¹. Dans cette hypothèse ils constituent un exemple d'application d'un principe général à une problématique particulière – cours d'eau internationaux, pollution marine – qui pourrait faire penser au raisonnement d'un juge qui applique un principe énoncé dans une convention générale à un domaine sectoriel.

En s'en tenant à l'examen de leur simple présence, il n'y a donc aucun doute à avoir sur la nature conventionnelle des principes du droit de l'environnement au niveau international. Sur le plan de leurs propriétés normatives intrinsèques, c'est à dire eu égard à la manière dont ils sont rédigés, l'on se retrouve face aux ambiguïtés liées notamment à "l'antinomie structurelle du principe" évoquée en introduction, qui renvoie l'appréciation de la "juridicité" de la norme à des critères linguistiques et logiques, sachant que l'essence même des principes est de s'attacher comme on l'a vu à concilier normativité et représentativité. Si les formules rédactionnelles exprimant les principes environnementaux au niveau international, au sein desquelles le législateur français de 1995 a puisé son inspiration, offrent également une très grande variété, elles ne laissent pourtant aucun doute sur leur nature de principe et non de règle fixe.

2 – Des principes explicites ou implicites du droit communautaire ?

La rédaction des principes environnementaux en droit communautaire n'a pas évolué depuis le traité de Maastricht de 1992, qui les formule quasiment comme des principes implicites (a), le projet de

⁶⁹⁹ Voir par exemple pour une formulation implicite du principe de prévention le point 8 du Préambule de la Convention de Rio du 5 juin 1992 sur la Biodiversité : "Notant qu'il importe au plus haut point d'anticiper et de prévenir les causes de la réduction ou de la perte sensible de la diversité biologique à la source et de s'y attaquer".

⁷⁰⁰ Voir par exemple pour une formulation implicite du principe de précaution au titre des "principes de conservation", l'article 2.3.c. de la Convention de Canberra du 20 mai 1980 sur la conservation de la faune et de la flore marines de l'Antarctique : "Prévenir les modifications ou minimiser les risques de modifications de l'écosystème marin qui ne seraient pas potentiellement réversibles en deux ou trois décennies, compte tenu de l'état des connaissances disponibles en ce qui concerne les répercussions directes ou indirectes de l'exploitation, de l'introduction d'espèces exogènes (...)", JO du 20 novembre 1982, page 3490.

⁷⁰¹ Voir par exemple l'application du principe de précaution à la protection des cours d'eau internationaux dans l'article 2.5.b. de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (précitée) : "Le principe de précaution, en vertu duquel (les parties) ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part. Voir également l'article 2.2.a. de la Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est (précitée) : "Le principe de précaution, selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets".

Constitution européenne reprend cette formulation mot à mot, mais leur environnement textuel change puisque la Charte des droits fondamentaux, qui y est intégrée, fait quant à elle référence à un principe de développement durable qui semble les surplomber (b). Enfin, les principes environnementaux sont parfois repris dans les textes de droit dérivé, sans que ces derniers n'en fournissent toutefois de définition plus précise (c).

a – À quels principes se réfère le Traité sur l'Union européenne ?

À la différence de la plupart des textes internationaux qui les ont précédés les principes communautaires du droit de l'environnement ne sont pas définis par le Traité instituant la Communauté européenne. Les rédacteurs du traité ont choisi une formulation qui semble n'être qu'une allusion à des principes préexistants, comme par une forme de législation par référence implicite, ou d'allusion à des principes généraux du droit international. L'article 174-2 du Traité mentionne en effet que "La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur". Si les articles 2 et 6 du Traité précisent que la Communauté fait la promotion d'un "niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement", et que "les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable", ils ne précisent en rien la définition des principes du droit de l'environnement. Les choix rédactionnels effectués dans le Traité de Maastricht privilégient donc la notion de "principe-nom" c'est à dire une conception du principe écrit qui se limite à l'énoncé d'un mot. Comme cela a pu être analysé en France lors des travaux de préparation de la Charte de l'environnement du premier mars 2005⁷⁰², c'est la Cour de justice des communautés européennes ainsi que le Tribunal de première instance qui ont défini ces principes, et notamment le principe de précaution qui a fait l'objet de la jurisprudence la plus fournie. Selon le Tribunal de première instance ce dernier principe est considéré comme un principe général du droit communautaire⁷⁰³ "imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques"⁷⁰⁴. Selon la Cour de justice des communautés, qui n'a pas confirmé à ce jour la qualification du principe de précaution comme

⁷⁰² Voir par exemple l'avis de **M. SADDIER** au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et de territoire sur le projet de loi constitutionnelle (n° 992) relatif à la Charte de l'environnement, Assemblée Nationale, n°1593, 11 mai 2004, page 10.

⁷⁰³ Qualification confirmée par le tribunal dans l'arrêt du 28 janvier 2003 "Laboratoire Servier c/ Commission", T-147/00, point 52, <http://curia.eu.int/>

⁷⁰⁴ TPICE, 26 novembre 2002, "Artegoda GmbH et autres c/ Commission", T-74/00, point 184, <http://curia.eu.int/>

principe général du droit communautaire, il découle de ce dernier que "lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées"⁷⁰⁵. Les autres principes du droit de l'environnement n'ont pas fait l'objet de définitions jurisprudentielles aussi claires, et n'ont pas été qualifiés de principes généraux du droit communautaire, même si les conditions d'application de certains d'entre eux ont pu être précisées⁷⁰⁶.

Si l'on trouve dans cette formulation laconique des principes au niveau communautaire l'une des motivations des rédacteurs de la Charte de l'environnement du premier mars 2005, désirant éviter que la définition des principes soit imposée par la jurisprudence communautaire, la question demeure posée du sens de cette référence à des principes qui semblent être extérieurs au Traité⁷⁰⁷. Ce dernier semblant simplement renvoyer à des normes préexistantes, admises par les autres États-membres, et dont il ne fait que rappeler le rôle de fondement de la politique communautaire de l'environnement. La dimension surplombante et transversale de ces principes est attestée par le fait que le principe de précaution, par exemple, est appliqué par la Cour européenne de justice des communautés européennes non seulement en matière d'environnement, mais également de santé publique⁷⁰⁸ ou d'agriculture⁷⁰⁹. Un indice supplémentaire est donné par la Commission européenne qui dans sa Communication sur le recours au principe de précaution précisait que si "la seule référence expresse au principe de précaution est contenue dans le titre consacré à l'environnement du Traité CE [...] il ne faut pas pour autant en déduire que ce n'est qu'en matière d'environnement que ce principe est applicable"⁷¹⁰. Pour le Comité économique et social ce principe constitue un "principe de droit

⁷⁰⁵ CJCE, 9 septembre 2003, "Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a.", recours préjudiciel, C-236/01, point 111, voir également CJCE, 5 mai 1998, "National Farmers" Union et autres", C-157/96, point 63, <http://curia.eu.int/> et CJCE 5 mai 1998, "Royaume Uni c. /Commission", C-180/96, <http://curia.eu.int/> point 99.

⁷⁰⁶ Voir par exemple pour le principe de correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement l'arrêt de la CJCE du 23 mai 2000, "FFAD et Commune de Copenhague", qui précise que "l'article 34 du traité s'oppose à un régime de collecte et de réception des déchets de chantier non dangereux destinés à être valorisés, en vertu duquel un nombre limité d'entreprises sont autorisées à traiter les déchets produits dans une commune, si ce régime constitue, en droit ou en fait, une entrave à l'exportation en ce sens qu'il ne permet pas aux producteurs de déchets d'exporter ceux-ci, notamment par le biais d'intermédiaires. Une telle entrave ne peut être justifiée sur le fondement de l'article 36 du traité ou aux fins de protéger l'environnement, notamment par l'application du principe de la correction, par priorité à la source, visé à l'article 130 R, paragraphe 2, du traité, en l'absence de tout indice d'un danger pour la santé ou la vie des personnes ou des animaux, ou pour la préservation des végétaux, ou d'un danger pour l'environnement" Affaire C-209/98, recours préjudiciel, <http://curia.eu.int/> point 51.

⁷⁰⁷ Le Comité économique et social précisait, au sujet des bases juridiques du principe de précaution, qu'une "allusion implicite ou explicite à ce principe ne constitue pas une base solide" in "Avis du Comité économique et social sur le recours au principe de précaution", JOCE C 268 du 19 septembre 2000, page 6.

⁷⁰⁸ Voir TPICE, 11 septembre 2002, "Pfizer Animal health S.A. c. / Conseil", T 13/99, <http://curia.eu.int/> point 114.

⁷⁰⁹ Voir CJCE, 5 juillet 1998, "Royaume Uni c/ Commission", C-180/96, considérants 98 à 100, cité et commenté par Michel Pâques : "Cette décision de la Cour de justice érige le principe de précaution au rang des principes ordinaires de l'action des autorités communautaires. L'article 130 R, §2, n'est appelé qu'en renfort d'une approche qu'il ne vient que corroborer", **M. PÂQUES** : "La Cour de justice des Communautés européennes et le principe de précaution, l'ESB et l'OGM", *Aménagement-Environnement*, n°1/2001, page 5.

⁷¹⁰ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, COM (2000) 1, final, 2 février 2000, page 9.

international de partie générale" ayant résulté d'une "consolidation progressive" de différents textes internationaux⁷¹¹.

La difficulté de trouver un statut juridique clair pour les principes environnementaux du Traité confirme une tendance qui sera explicitée plus loin⁷¹², et qui atteste de leur relation trouble avec la hiérarchie des normes, au sein de laquelle il occupent rarement une position claire. La question de la source autonome ou hétéronome de ces principes est donc inlassablement reposée, qui débouche sur la notion d'auto-transcendance. Sous cet angle, les principes ne seraient ni imposés de l'extérieur (en vertu d'une forme de néo-jusnaturalisme) ni entièrement produits par les ressources internes d'un système juridique (comme le veut la théorie de l'autopoïèse) qui en réfère sans cesse au niveau qui lui est supérieur, et n'assume pas tout à fait que ces principes soient le fruit d'un acte de volonté.

Le projet de Constitution européenne ne réserve pas aux principes environnementaux un sort très différent.

b – Les principes environnementaux dans le projet de Constitution européenne.

Le projet de constitution européenne n'apporte aucune de nouveauté quant à la définition des principes du droit de l'environnement au niveau communautaire, puisqu'elle ne fait que reprendre mot pour mot la formulation du Traité d'Amsterdam de 1999 qui se faisait lui même l'écho du Traité de Maastricht de 1992. Pour mesurer les apports de cette Constitution au droit des principes environnementaux, il faut se reporter aux éléments relatifs à l'environnement qui figurent dans le reste du texte, et qui pourraient entrer en résonance avec eux dans un contexte interprétatif. Ainsi, pour ce qui est des éléments constitutifs d'un "arrière fond téléologique", l'alinéa 4 du Préambule mentionne-t-il que les États membres sont conscients de leurs "responsabilités à l'égard des générations futures et de la planète"⁷¹³. L'article I-3 alinéa 3 du Titre I consacré aux objectifs de l'Union mentionne que cette dernière "œuvre au développement durable de l'Europe, fondé sur une croissance économique équilibrée et [...] un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement"⁷¹⁴. L'alinéa 4 du même article précise que "dans ses relations avec le reste du monde, l'Union [...] contribue au développement durable de la planète"⁷¹⁵. La Constitution précise également les rapports entre le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme, dans l'article I-9 alinéa 3 du Titre II consacré aux droits fondamentaux qui précise que "Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres,

⁷¹¹ "Avis du Comité économique et social sur le recours au principe de précaution", op. cit., page 8.

⁷¹² Voir infra, page 215.

⁷¹³ JOCE n°C 310 du 16 décembre 2004, page 3.

⁷¹⁴ JOCE n° C 310 du 16 décembre 2004, page 11.

⁷¹⁵ Ibid., page 12.

font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux"⁷¹⁶. Cette formule, qui ne précise pas de quelle catégorie de principes généraux il s'agit, consacre donc sous cette forme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de l'homme à l'environnement.

L'environnement est également présent dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, qui constitue la deuxième partie de la Constitution. Le Préambule de cette Charte mentionne que l'Union "cherche à promouvoir un développement équilibré et durable"⁷¹⁷. L'article II-97 énonce ensuite qu'un "niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable". Cet article mentionne donc le "développement durable" comme un principe dont la nature n'est pas précisée et qui n'est pas davantage défini. Le principe d'intégration est formulé à l'article III-118, qui précise que "Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions visées à la présente partie afin, en particulier, de promouvoir le développement durable"⁷¹⁸. Ce principe est rappelé dans le cadre de certaines politiques de l'Union, comme par exemple en matière énergétique où l'article III-256 premier alinéa précise que la politique énergétique tient compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement⁷¹⁹, ou dans le cadre de l'action extérieure de l'Union où l'article III-292 alinéa 2, d) mentionne que "l'Union définit et mène des politiques communes et des actions [...] afin de soutenir le développement durable sur le plan économique, social et environnemental des pays en développement dans le but essentiel d'éradiquer la pauvreté"⁷²⁰.

Les principes communautaires du droit de l'environnement, qui sont donc simplement évoqués de manière rigoureusement identique depuis 1992, ne sortiront pas transfigurés par ces formules périphériques apparentées à la rhétorique de la soft law. La définition de ces principes en fonction des avancées de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, sur le modèle de la reconnaissance opérée pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'article I-9 alinéa 3, aurait pourtant été une solution possible.

Faute d'être définis dans les traités, les principes communautaires du droit de l'environnement sont parfois expressément repris dans des textes de droit dérivé, ce qui contribue à étoffer la définition de certains d'entre eux.

⁷¹⁶ Ibid., page 13.

⁷¹⁷ JOCE n° C 310 du 16 décembre 2004, page 41.

⁷¹⁸ Ibid., page 55.

⁷¹⁹ Ibid., page 112.

⁷²⁰ Ibid., page 132.

c – Le droit dérivé comme source de définition des principes environnementaux ?

Certains actes de droit communautaire dérivé reprennent dans leurs motivations les principes de l'article 174 du traité auxquels ils se réfèrent parfois explicitement. Il faut donc sous cet angle considérer le laconisme de cet article en matière de définition des principes environnementaux comme une invitation à leur concrétisation normative par le biais des textes dont ils motivent l'adoption. De fait, c'est surtout le principe de précaution qui apparaît comme le plus massivement présent dans les actes de droit dérivé, au détriment des autres principes qui n'y font que des apparitions très ponctuelles. Pour le principe de précaution les précisions sont nombreuses et peuvent être livrées à un effort de systématisation.

Au premier rang de ces textes doit être citée la directive du 12 mars 2001 *relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement*⁷²¹. Ne se contentant pas de simplement mentionner le principe comme une source d'inspiration, dans ses considérants⁷²², et dans son texte même⁷²³, la directive, en l'appliquant au secteur des organismes génétiquement modifiés, tend à en définir certains contours⁷²⁴. Ainsi dans l'annexe II consacrée aux principes applicables à l'évaluation des risques pour l'environnement, une série de principes généraux d'évaluation sont présentés comme directement inspirés du principe de précaution⁷²⁵. Ces principes conduisent notamment à évaluer les "effets différés", les "effets cumulés à long terme"⁷²⁶ ou les "incidences potentielles que les interactions directes ou indirectes entre l'OGM et les organismes non ciblés peuvent avoir sur l'environnement".

D'autres textes se contentent d'énoncer le principe de précaution dans leurs considérants, comme l'un des motifs de leur adoption en renfort de l'évocation du principe de subsidiarité. Ainsi la directive 2001/81/CE du 23 octobre 2001 *fixant les plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques* précise-t-elle dans un treizième considérant que "Les objectifs de la présente directive [...] ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres en raison du caractère transfrontalier de la pollution et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, conformément au principe de proportionnalité énoncé à l'article 5 du traité et compte tenu, en particulier, du *principe de précaution*"⁷²⁷. Dans cette hypothèse le principe de précaution fait partie des

⁷²¹ Directive n°2001/18 CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220 du Conseil, JOCE n° L 106 du 17 avril 2001, page 1.

⁷²² Voir le considérant n°8 qui mentionne : "il a été tenu compte du principe de précaution lors de la rédaction de la présente directive et il devra en être tenu compte lors de sa mise en œuvre", Ibid.

⁷²³ Ainsi dans son article premier la directive est posée comme ayant été adoptée "conformément au principe de précaution", Ibid., page 4.

⁷²⁴ Voir L. BOY : "La place du principe de précaution dans la directive UE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement", RJE 1/2002, page 5 et s.

⁷²⁵ "Conformément au principe de précaution, il conviendrait de respecter les principes généraux ci-après en effectuant l'évaluation des risques pour l'environnement", Ibid., page 19.

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ Directive 2001/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001 fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques, considérant n° 13, JOCE n°L 309 du 27/11/2001 page 22.

moyens de justification de l'adoption de la directive pour résoudre la question de la pollution par l'ozone au sol, sans attendre que des certitudes scientifiques soient établies. Pourtant il faut lire entre les lignes pour trouver dans les considérants ou le texte de la directive la trace d'un raisonnement de précaution qui ferait appel aux concepts de "risque de dommage grave", "d'irréversibilité" ou de "mesures proportionnées". Si la question des "risques d'effets nuisibles provoqués par l'acidification, l'eutrophisation des sols et l'ozone au sol" est évoquée à plusieurs reprises⁷²⁸, aucun des critères de mise en œuvre du principe de précaution dégagés par la Commission ou la Cour de justice des communautés, au premier rang desquels la situation d'incertitude, n'est explicitement mis en œuvre.

La directive 2002/95 CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 *relative à la limitation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques*⁷²⁹ vise dans un considérant n°2 la résolution du Conseil du 4 décembre 2000 sur le principe de précaution, et précise dans un considérant n°10 que "dès que des données scientifiques sont disponibles, et compte tenu du *principe de précaution*, il y a lieu d'envisager l'interdiction d'autres substances dangereuses et leur remplacement par d'autres substances plus respectueuses de l'environnement et garantissant un niveau au moins équivalent de protection des consommateurs". Le raisonnement qui combine ici le principe de précaution avec le principe du niveau élevé de protection de l'environnement ne fait pas davantage appel aux critères de la précaution tel qu'établis par la jurisprudence européenne, l'incertitude n'étant pas explicitement évoquée.

D'autres textes précisent le champ d'application du principe de précaution, comme la directive 2004/37 CE du 29 avril 2004 *concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes ou mutagènes au travail*⁷³⁰ qui mentionne dans un considérant n°14 que "le *principe de précaution* doit être appliqué à la protection de la santé des travailleurs". Certaines mesures préconisées par les textes sont parfois justifiées comme étant inspirées du principe de précaution, comme dans le cas du règlement 1830/2003 CE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 *concernant la traçabilité et l'étiquetage des organismes génétiquement modifiés et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés*⁷³¹, qui présente dans un considérant n°3 la traçabilité des OGM comme une mesure conforme au principe de précaution, sans préciser clairement en quoi. C'est à l'interprète de reconstituer le raisonnement selon lequel face à l'incertitude des effets des OGM sur l'environnement la traçabilité est une mesure de précaution permettant plus facilement de retirer les produits du marché ou de protéger les consommateurs en cas de risque établi.

Parmi les autres principes environnementaux de l'article 174 du Traité, le principe pollueur-payeur est évoqué dans le considérant n°7 du règlement 2012/2002 CE du Conseil du 11 novembre 2002

⁷²⁸ Voir notamment le considérant n°1 et l'article premier de la directive précitée.

⁷²⁹ JOCE n°L 037 du 13 février 2003, page 19.

⁷³⁰ JOCE n°L 158 du 30 avril 2004.

⁷³¹ JOCE n°L 268 du 18 octobre 2003, page 24.

instituant le Fonds de solidarité européenne selon lequel "l'action de la communauté ne devrait pas se substituer à la responsabilité des tiers qui, en vertu du *principe "pollueur-payeur"* sont responsables au premier chef des dommages qu'ils ont causés, ni décourager les actions de prévention, tant au niveau des États membres que de la Communauté"⁷³². Le raisonnement au renfort duquel est invoqué ici le principe vise en fait ici à exclure du système de solidarité établi par le Fonds les hypothèses de dommages causés par des tiers, de manière à ce que le principe pollueur-payeur ne se transforme pas en principe "pollueur-payé", ce qui peut également être présenté comme une application de la règle *nemo auditur*. Enfin dans un considérant n° 8 la directive 2002/49 CE du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2002 *relative à l'évaluation et à la gestion du bruit dans l'environnement* précise "qu'il est également nécessaire d'établir des méthodes communes d'évaluation du bruit dans l'environnement et de définir les valeurs limites en fonction d'indicateurs harmonisés permettant de déterminer les niveaux de bruit. Les valeurs limites chiffrées concrètes devraient être déterminées par les États membres compte tenu, entre autres, de la nécessité d'appliquer le *principe de prévention* afin de protéger les zones calmes dans les agglomérations". L'évocation du principe ne fait ici que confirmer le fait que la lutte contre le bruit relève de la prévention et non de la précaution.

Les principes – et surtout le principe de précaution – sont donc évoqués fréquemment par les textes de droit dérivé, sans que l'on puisse toutefois mesurer un réel effort de définition ou de concrétisation normative de leur contenu et de leurs critères de mise en œuvre. Ils apparaissent davantage comme un outil au service de ce que Jean Carbonnier appelait la "loi pédagogue", mais dans une forme de variante incantatoire qui les fait émerger comme des poncifs légistiques dont l'absence serait remarquée, mais dont la présence est minimale et parfois même purement formelle.

3 – Principes environnementaux et droit européen des droits de l'Homme : vers une reconnaissance explicite des principes environnementaux dans un nouveau Protocole additionnel ?

De l'aveu même de la Cour chargée d'en assurer l'effectivité, la Convention européenne des droits de l'Homme "ne garantit pas spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; à cet effet d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier"⁷³³. L'on ne trouve donc aucune trace des principes du droit de l'environnement au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme, ni même la proclamation d'un droit de l'homme à un environnement sain, et en la matière tout progrès jurisprudentiel est donc subordonné aux ressources interprétatives de dispositions non spécifiquement environnementales, qui fonctionnent "par ricochet". Ainsi, par le biais de son article 8 qui garantit le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale et au respect de son domicile, la Cour a-t-elle

⁷³² JOCE n°L 311 du 14 novembre 2002, page 3.

⁷³³ CEDH, 22 mai 2003, "Affaire Kyratos c/Grèce", point 52, *RJE* n°2/2004, page 174.

pu développer une jurisprudence sanctionnant l'atteinte à la vie privée résultant de pollutions et nuisances commises par les États⁷³⁴. Plus généralement et depuis quelques années, certains auteurs ont pu déceler le développement d'une jurisprudence "environnementaliste" de la Cour, basée non seulement sur l'article 8 de la Convention mais également sur ses articles 9 et 10, sur l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention, et sur la théorie dite des "obligations positives" qui sont mises à la charge des États pour assurer le respect effectif de certaines des dispositions de la Convention⁷³⁵. Cette jurisprudence fait émerger les contours d'un droit de l'homme à l'environnement qui revêt à la fois une dimension substantielle et procédurale⁷³⁶, et qui pourrait le cas échéant servir de base à l'adoption de nouveaux principes juridiques écrits figurant dans un Protocole à la Convention dédié aux questions d'environnement.

Le raisonnement adopté par la Cour pour relier les atteintes à l'environnement au champ de l'article 8 consiste à considérer que le bien-être des individus fait partie intégrante de leur droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile. En tant qu'elles peuvent porter atteinte à ce bien-être, les pollutions et nuisances non maîtrisées par les États sont donc susceptibles de donner lieu à condamnation pour violation de l'article 8, au delà d'un "certain degré de gêne dans la vie quotidienne des personnes exposées qui est admissible"⁷³⁷. Ont ainsi pu être considérés comme des atteintes pouvant entrer dans le champ de l'article 8 les émanations nocives d'une station d'épuration⁷³⁸, le bruit afférent au trafic aérien aux alentours d'un aéroport⁷³⁹, les émissions de substances nocives d'une usine chimique⁷⁴⁰, le fait pour les requérants d'avoir été livrés au doute quant à la question de savoir s'ils avaient été ou non exposés à des niveaux de rayonnements émis lors d'essais atmosphériques d'armes

⁷³⁴ Voir pour une application récente de cette jurisprudence l'arrêt de la CEDH du 10 novembre 2004, "Taskin et autres c./ Turquie", n°46117/99, où la Cour considère que les autorisations délivrées par l'État pour l'exploitation d'une mine d'or par un procédé recourant au cyanure de sodium constitue une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale, voir les extraits de l'arrêt et la note de L. BENOÎT : "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme fondement de la prise en compte par les États des impératifs environnementaux", *Revue mensuelle du jurisclasser environnement*, n°1/2005, page 24.

⁷³⁵ Y. WINISDOERFFER : "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement", *RJE* n°2/2003, page 214.

⁷³⁶ S. MALJEAN-DUBOIS : "La convention européenne des droits de l'homme et le droit à l'information en matière d'environnement", *RGDIP* n°4/1998, page 996.

⁷³⁷ Y. WINISDOERFFER, note sous CEDH "Affaire Kyrtatos c/Grèce", *RJE* n°2/2004, page 177. La Cour précise dans le point 55 de cet arrêt qu'elle est d'avis que "les nuisances émanant du voisinage des requérants et résultant des aménagements urbains dans la zone (bruits, lumières etc...) n'ont pas atteint un degré de gravité suffisant pour être pris en compte aux fins de l'article 8".

⁷³⁸ "Il va de soi que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée", CEDH, 23 novembre 1994, "López-Ostra c/ Espagne", point 51, <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁷³⁹ "Le bruit des avions de l'aéroport de Heathrow a diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer des deux requérants [...]. Aussi l'article 8 entre-t-il en ligne de compte pour M. Powell comme pour M. Rayner", CEDH, 21 février 1990, "Affaire Powell et Rayner c/ Royaume Uni", point 40, <http://cmiskp.echr.coe.int/>, comme le note J.-P. MARGUÉNAUD l'applicabilité de l'article 8 est admise dans cet arrêt de manière indirecte, dans le cadre de la recherche par la Cour d'un grief défendable au titre de l'article 13, "Vols de nuit et droit européen des droits de l'homme", *RJE* n°2/2002, page 173.

⁷⁴⁰ "L'incidence directe des substances nocives sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permet de conclure à l'applicabilité de l'article 8", CEDH, "Affaire Guerra c/ Italie", point 57, <http://cmiskp.echr.coe.int/>

nucléaires générateurs de risques pour leur santé⁷⁴¹. Même si des condamnations sur le fondement de l'article 8 peuvent, dans une certaine mesure, être analysées comme la sanction d'un non respect par les États du principe de prévention des atteintes à l'environnement⁷⁴², elles doivent surtout être considérées comme la sanction des atteintes à la vie privée, puisque la Cour précise très clairement que "l'élément crucial qui permet de déterminer si [...] des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement"⁷⁴³.

Toutefois, la théorie des obligations positives utilisée par la Cour pour justifier qu'une violation de l'article 8 puisse ne pas reposer exclusivement sur une ingérence des pouvoirs publics, mais aussi sur leur inaction, dans la mesure où cette dernière laisse perdurer des situations portant atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale⁷⁴⁴, peut s'apparenter à la sanction d'un défaut de prévention des atteintes à l'environnement de la part d'un État, en ce que ces dernières touchent le droit au respect de la vie privée. Selon un raisonnement désormais rituel, la Cour précise en réalisant une pesée des intérêts⁷⁴⁵ à la lueur des éléments de l'article 8 qu'il faut "avoir égard au juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble, l'État jouissant en toute hypothèse d'une certaine marge d'appréciation. En outre même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1 (article 8-1), les objectifs énumérés au paragraphe 2 (article 8-2) peuvent jouer un certain rôle dans la recherche de l'équilibre voulu"⁷⁴⁶. Ainsi, les États sont ils censés "minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice [des droits garantis par l'article 8], en cherchant des solutions et [...] en s'efforçant d'atteindre leur but de la façon la plus respectueuse des droits de l'homme"⁷⁴⁷.

⁷⁴¹ "La Cour estime que [...] la question de l'accès à des informations qui auraient pu soit apaiser les craintes des intéressés à cet égard, soit leur permettre d'évaluer le danger auquel ils avaient été exposés, présente un lien suffisamment étroit avec leur vie privée et familiale au sens de l'article 8 pour soulever une question sur le terrain de cette disposition. En conséquence, l'article 8 trouve à s'appliquer" CEDH, 9 juin 1998, Affaire *Mc Ginley et Egan c/Royaume Uni*, points 97 et 97, <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁷⁴² "Il en résulte que, tenus d'assurer le bien-être des individus – en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile – les États contractants ont le devoir de maîtriser les pollutions et nuisances", **Y. WINISDOERFFER**, note précitée.

⁷⁴³ CEDH, arrêt *Kyrtatos* précité, point 52.

⁷⁴⁴ Voir sur ce point le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt "*Guerra c/ Italie*" précité, point 58 : "La Cour estime [...] que les requérantes ne sauraient passer pour avoir subi de la part de l'Italie une "ingérence" dans leur vie privée ou familiale : elles se plaignent non d'un acte, mais de l'inaction de l'Etat. Toutefois, si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale".

⁷⁴⁵ Comme le dit Mireille DELMAS-MARTY : "Pour la plupart, ces droits relèvent plutôt de notions en effet peu déterminées. Respect de la vie privée, ou de la liberté d'expression ou de réunion, par exemple, sont posés par des formules qui évoquent davantage les principes directeurs que les règles, car elles renvoient à des choix éthiques et à une normativité métajuridique". Cette nature des normes de référence de la Cour européenne des droits de l'homme implique donc la pesée des intérêts comme "travail de pondération et de combinaison" dans lequel le "principe d'identité" est exclu, au profit d'une analyse en termes de proximité et de compatibilité, **M. DELMAS-MARTY** : "Pour un droit commun", op. cit., page 139.

⁷⁴⁶ Arrêt "*López-Ostra c/ Espagne*" du 23 novembre 1994 précité, point 51.

⁷⁴⁷ Arrêt "*Hatton et autres c/ Royaume Uni*" du 2 octobre 2001, cité par **Y. WINISDOERFFER** : "La Jurisprudence de la CEDH et l'environnement", op. cit., p 220.

Cette théorie des obligations positives trouve également à s'appliquer dans le cadre de l'article 2 de la Convention qui garantit le droit à la vie, et fait peser sur les États l'obligation positive "de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction"⁷⁴⁸. L'application de ce raisonnement en matière de risques majeurs – la Cour demandant aux États dans le cadre de ces obligations positives, de mettre en œuvre des réglementations préventives⁷⁴⁹ – peut également être analysée comme une mise en œuvre indirecte du principe de prévention, sous réserve de la connexité entre l'atteinte à l'environnement et l'atteinte au droit à la vie. Le principe d'information est également présent dans ce raisonnement tiré de l'article 2 puisque la Cour précise que "parmi ces mesures préventives, il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention. En effet, avec la chambre [...], la Grande Chambre convient que ce droit, qui a déjà été consacré sur le terrain de l'article 8 [...], peut également en principe être revendiqué aux fins de la protection du droit à la vie, d'autant plus que cette interprétation se voit confortée par l'évolution actuelle des normes européennes"⁷⁵⁰.

Enfin le principe de précaution, ou plus exactement "l'approche de précaution" a également été évoqué en filigrane par un arrêt de la Cour concernant l'applicabilité de l'article 6 selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal. Dans l'arrêt "Klaas et autres c/Allemagne" du 6 septembre 1978 la Cour admettait que "la preuve d'un risque potentiel d'atteinte à un droit suffit à justifier l'applicabilité de l'article 6"⁷⁵¹. Dans l'arrêt "Balmer-Schafroth c/Suisse" du 26 août 1997, la Cour revient sur cette position l'applicabilité de cet article aux requérants dans le cadre de la contestation d'une autorisation de prolongation d'un permis d'exploitation de centrale nucléaire. Selon la Cour le lien entre la mise en cause des conditions de fonctionnement de la centrale par les requérants – qui n'invoquaient pas le principe de précaution – et l'atteinte à leur intégrité physique n'est pas démontré comme étant suffisamment direct⁷⁵². Le principe de précaution en tant que tel ne fut explicitement évoqué que dans les opinions dissidentes de certains juges regrettant qu'il n'ait pas été mis en œuvre à l'occasion de cette affaire⁷⁵³.

⁷⁴⁸ CEDH, 30 novembre 2004, "Öneryildiz c/ Turquie", point 71, <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁷⁴⁹ "L'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article 2 (paragraphe 71 ci-dessus) implique avant tout pour les États le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie", *Ibid.*, point 89.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, point 90.

⁷⁵¹ **J.-P. MARGUÉNAUD** : "Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement", REDE n°1/1998, page 10.

⁷⁵² "Cependant, ils n'ont pas pour autant établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de Mühleberg, à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente [...]. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral en l'espèce demeuraient donc hypothétiques. En conséquence, ni les dangers ni les remèdes ne présentaient le degré de probabilité qui eût rendu l'issue du litige directement déterminante, au sens de la jurisprudence de la Cour, pour le droit invoqué par les intéressés. La Cour estime en effet que le lien entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants était trop ténu et lointain. Partant, l'article 6 § 1 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce", CEDH, 26 août 1997, "Affaire Balmer-Schafroth c/ Suisse", point 40, <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁷⁵³ Voir par exemple la conclusion de l'opinion dissidente de M. le juge **PETTITI**, à laquelle se rallient MM. les juges **GÖLCÜKLÜ**, **WALSH**, **RUSSO**, **VALTICOS**, **LOPES ROCHA** et **JAMBREK** : "Avec mes collègues de la

En tout état de cause rien ne permet de compenser toutefois ici l'absence des principes juridiques écrits du droit de l'environnement dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans l'un de ses protocoles additionnels⁷⁵⁴. Les derniers arrêts de la Cour ont révélé les limites de l'article 8 comme base interprétative pour la protection indirecte du droit à un environnement sain, et celles de la théorie des obligations positives qui pouvait être analysée comme une timide mise en œuvre du principe de prévention⁷⁵⁵. Seule l'adoption d'un nouveau protocole à la Convention, dédié à l'environnement, et qui comporterait à la fois l'affirmation d'un droit à l'environnement sain et déclinerait les principes permettant d'en assurer la protection effective, permettrait aux principes environnementaux de faire explicitement partie des normes de référence du droit européen des droits de l'homme⁷⁵⁶. Toutefois, la question du choix entre une approche combinatoire du droit à l'environnement, qui associe une obligation objective de l'État avec la reconnaissance de droits individuels concrets, et une approche séparée, qui ne fait qu'imposer aux États une obligation objective indépendante de la violation de droits individuels, fait débat au sein de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁷⁵⁷. Cette dernière considère que le droit à

minorité, j'aurais préféré que ce soit l'arrêt de la Cour européenne qui fasse progresser le droit international pour la protection des personnes en ce domaine, en renforçant le 'principe de précaution' et en exigeant l'existence de pleins recours judiciaires pour sauvegarder les droits des personnes contre l'imprudence des autorités", <http://cmiskp.echr.coe.int/>. Voir également J.-P. MARGUÉNAUD qui précise que "dans ces affaires Balmer-Schafroth du 26 août 1997 et Athanassoglou du 6 avril 2000, la Cour a en effet refusé les occasions qui lui étaient offertes par les riverains de consacrer le principe de précaution" : "Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", *RJE* 2003, numéro spécial : "La Charte constitutionnelle en débat", page 17.

⁷⁵⁴ "Les limites inhérentes à la rédaction même du texte de la Convention ou de ses protocoles, qui ne prévoient pas le droit à l'environnement, sont cependant infranchissables ou incontournables", M. DÉJEANT-PONS : "Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", Mélanges Marc-André EISSEN, LGDJ, Paris, 1995, page 103.

⁷⁵⁵ "L'année 2003 aura décidément été celle de la rupture des promesses environnementales de l'article 8 puisqu'un arrêt Kyratos c/ Grèce du 1^{er} mai a brutalement averti qu'aucun autre article de la Convention ne prévoyait spécifiquement de fournir une protection générale de l'environnement", J.-P. MARGUÉNAUD : "Droit au respect de la vie privée et familiale et extension du droit à un environnement sain", in F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET : Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", 2^{ème} édition, PUF, Thémis, Paris, 2004, page 429.

⁷⁵⁶ Voir dans ce sens le rapport de C. AGUDO au nom de l'ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AGRICULTURE ET DES QUESTIONS TERRITORIALES : "Environnement et droits de l'homme", 16 avril 2003, n°9791, <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9791.htm>. Voir également J.-P. MARGUÉNAUD : "Du point de vue du droit européen des droits de l'homme, le droit de l'homme à l'environnement serait, à l'évidence, considérablement renforcé si comme il en est à nouveau question de temps à autre, un Protocole additionnel à la CEDH lui était consacré", in Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", op. cit., page 20.

⁷⁵⁷ Voir par exemple les remarques formulées par M. JURGENS au nom de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme : "Inversement, si nous donnons aux citoyens un droit individuel à un environnement sain, formulé en termes généraux, sans préciser davantage sur quelle base et à l'encontre de qui un citoyen peut effectivement soulever un grief découlant de ce droit, il sera difficile au juge de statuer. En effet, que peut faire la Cour de Strasbourg, déjà surchargée, si un citoyen se plaint de la pollution de l'air ou de l'eau dans son pays, en invoquant à l'encontre de l'Etat défendeur son droit général à un environnement sain ? Toute personne ayant connaissance d'une source de pollution non contrôlée doit-elle pouvoir former une requête, qu'elle ait ou non subi un préjudice ? La Cour ne serait pas en mesure de condamner le gouvernement défendeur de manière générale et ne pourrait, dans la plupart des cas, s'appuyer sur aucune ligne directrice indiquant les mesures qu'elle pourrait imposer au pays concerné, puisque le droit général ne les définit pas. En conséquence, la nature et la portée des réparations ne pourraient être déterminées clairement. Il serait donc impossible d'apprécier l'exécution des arrêts rendus", in "Environnement et droits de l'homme", Avis de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, n°9833, 19 juin 2003, point 5, assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/FDOC9833.htm

l'environnement dans un futur protocole additionnel devrait se limiter à l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement⁷⁵⁸.

B – Les spécificités des principes du code de l'environnement : une position ambiguë dans la hiérarchie des normes.

La position de ces principes, qui doivent leur qualification au législateur et non au codificateur (3), au sein de la hiérarchie des normes apparaît comme complexe. Les travaux préparatoires de la loi qui leur servit de "cheval de Troie" font clairement ressortir une volonté d'offrir un écho fidèle aux principes formulés en droit international de l'environnement. Elle se traduit tout d'abord au niveau politique par l'invocation d'une nécessité de traduire en droit français les engagements auxquels la France a souscrit au niveau international, puis au niveau légistique par une fidélité aux tournures rédactionnelles utilisées dans les textes internationaux, qui servent véritablement de source d'inspiration et ne sont que très ponctuellement retouchées (1). Ce procédé attire l'attention sur l'utilité des principes en tant que normes floues et pose la question de l'importation délibérée de la technique de la soft law en droit interne (2).

1 – Des principes législatifs homéonomiques utilisés comme technique de réception des textes internationaux ?

Comme l'ensemble des principes législatifs les principes du droit de l'environnement sont des principes *explicites* qui figurent expressément dans le droit positif et disposent d'un support textuel rédigé par le législateur. Pourtant leur contenu matériel n'est pas exclusivement issu de la volonté du Parlement puisqu'il ne fait que réitérer des principes déjà formulés au niveau international⁷⁵⁹ sans enrichir sensiblement leur contenu. La fonction de la loi du 2 février 1995 se limite donc à reconnaître et à adapter ces principes en les intégrant au sein du droit français de l'environnement et en leur conférant un rôle inaugural dans l'optique avérée de la codification⁷⁶⁰. Ainsi, même s'il s'agissait peut-être de contourner *ex ante* les effets pervers de la codification à droit constant, le législateur n'a pas fait réellement œuvre créatrice⁷⁶¹ en transposant ces principes généraux "auxquels la France a souscrit au

⁷⁵⁸ Ibid., point 7.

⁷⁵⁹ "Les principes insérés dans le code constituent une parfaite illustration de l'osmose entre normes proclamées dans différents ordres juridiques, reproduisant celles du droit international et du droit européen", A. KISS : "Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?", *RJE* 2002, numéro spécial : "Le code français de l'environnement", page 17.

⁷⁶⁰ "(...) la partie législative du code de l'environnement intègre la loi du 2 février 1995, laquelle a été précisément conçue en vue de la codification", M. BARNIER : "L'apport de la loi", Dossier spécial : "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement", *RFDA* n°12, mars-avril 1996, page 200.

⁷⁶¹ Voir pour un exemple de stricte homéonomie la formulation du principe pollueur-payeur dans la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord Est, article 2.2. b. : "le principe

niveau international"⁷⁶², et il n'a pas non plus fait œuvre définitive puisque que la signature de la convention d'Aarhus en juin 1998 a montré leur dimension évolutive, par le biais d'une "mise en conformité" *ex-post* du principe de participation avec la rédaction issue de cette convention. L'on peut citer pour preuve de cette fidélité aux textes internationaux lors des débats de 1995 le fait que les propositions d'adoption d'autres principes non portés par la communauté internationale, comme le "principe d'évaluation" et le "principe de responsabilité de l'État à raison des conséquences dommageables de la législation sur l'environnement", n'ont pas réussi à s'imposer.

Certes, cette dimension homéonomique n'est pas propre aux principes du droit de l'environnement. Certains principes législatifs procèdent en effet de la sorte, en ne faisant que réitérer des principes à valeur constitutionnelle, comme c'est le cas pour les principes généraux du droit pénal par rapport à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et pour le principe de libre administration des collectivités locales qui reprend presque mot pour mot l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958. Mais l'utilisation de cette "légistique de la réitération" prend ici pour modèle un ensemble de textes internationaux qui pour la plupart d'entre eux, et en vertu des critères que l'on a exposé ci-dessus, font partie de l'arsenal persuasif de la "soft law" et sont donc dénués de portée contraignante.

De plus le législateur français, sous l'influence du gouvernement auteur du projet de loi, semble avoir été très dépendant des formulations internationales des principes et s'être contenté d'en proposer une transposition à peine adaptée au contexte du droit interne. Ainsi le principe de prévention, qui n'est pas défini en tant que tel au niveau international⁷⁶³, n'a pas été non plus détaillé par le législateur de 1995 qui ne fait que mentionner son existence sans profiter de l'occasion pour combler cette lacune. De même qu'il a fallu attendre la signature par la France de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 pour que soit amendée la rédaction du principe de participation qui n'était jusque là qu'un principe d'information. Or, la plupart de ces sources d'inspiration internationales formulant les principes sont non contraignantes, même si comme on l'a vu certains traités consacrent les principes au sein de leur dispositif sans pour autant les rédiger de manière précise. Ainsi, le Traité sur l'Union européenne constitue certes un document réellement contraignant, mais il ne propose pas de définition des principes, se contentant d'en affirmer la dimension fondatrice pour la politique communautaire de l'environnement⁷⁶⁴. Ce sont donc essentiellement des textes recommandatoires, qui ont servi de source d'inspiration pour la loi du 2 février 1995, ce qui a pour effet de donner à penser que la "soft law"

pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur".

⁷⁶² M. BARNIER : "L'apport de la loi", op. cit., page 200.

⁷⁶³ C. CANS : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", op. cit, page 204.

⁷⁶⁴ Voir l'article 174 alinéa 2 du Traité : "La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur".

constitue un système juridique disposant de ses propres techniques de réception en droit interne, au rang desquelles les principes législatifs occupent une place essentielle⁷⁶⁵.

Pourtant certains de ces principes sont issus de conventions régulièrement ratifiées et qui selon l'article 55 de la Constitution, ont une valeur supra législative. Certains d'entre eux ont même été reconnus d'effet direct par le Conseil d'État, comme par exemple le principe d'information et de participation de l'article 6 de la Convention d'Aarhus. Lors du contrôle de la légalité d'un décret modifiant une installation nucléaire de base, ce principe international a ainsi pu être préféré par le Conseil d'État au principe d'information et de participation de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, qui avait pourtant précisément été mis en conformité avec la Convention d'Aarhus⁷⁶⁶. Les raisons de cette préférence, indépendamment du fait que les requérants avaient développé un moyen dans ce sens, sont pour le moins mystérieuses, puisque le Conseil d'État disposait ici d'une norme législative valide qui avait de surcroît été complétée pour tenir compte de l'entrée en vigueur de la convention qui en posait une version plus complète. Selon la logique de l'économie de moyens, le Conseil d'État aurait pu en l'espèce utiliser la norme immédiatement supérieure au décret attaqué, c'est à dire le principe du code de l'environnement, qui en outre présente les mêmes caractéristiques d'applicabilité directe que l'article 6 alinéa 2 de la Convention d'Aarhus, et se trouve à un niveau hiérarchique suffisant pour contrôler un décret. Ainsi, en considérant que la modification du principe d'information et de participation de l'article L. 110-1 du code de l'environnement par voie législative⁷⁶⁷ a eu notamment pour but d'assurer le caractère "*self-executing*" du principe correspondant de la Convention d'Aarhus par la médiation d'un acte juridique interne⁷⁶⁸, cette opération est demeurée purement superfétatoire pour le Conseil d'État qui préfère s'en référer directement à la norme internationale, après avoir vérifié qu'elle répond bien à ses propres critères d'applicabilité directe⁷⁶⁹. Cet arrêt du Conseil d'État donne en tous cas à penser que l'utilisation des principes comme technique de réception des textes internationaux se joue uniquement sur le mode déclaratoire de la soft law. Le

⁷⁶⁵ "Ces documents (...) ne sont pas obligatoires comme le sont les traités en vigueur. Il n'en reste pas moins qu'ils ont pour effet de rendre légitimes, ne fût-ce qu'au niveau de la politique, toute initiative cohérente avec les indications qu'ils contiennent. (...). Les législateurs et les gouvernements qui voudraient établir leurs priorités législatives en matière d'environnement, sans tenir compte des indications provenant de ces documents seraient aveugles. Ils risqueraient (...) de se marginaliser par rapport à la réflexion sur les sujets considérés comme prioritaires dans l'ensemble de la communauté internationale et de perdre la possibilité de participer dès le début à l'élaboration des règles les concernant", T. TREVES : "Le rôle du droit international de l'environnement dans l'élaboration du droit interne de l'environnement : quelques réflexions", in M. PRIEUR et C LAMBRECHTS (dir.) : "Les hommes et l'environnement", op. cit., page 348.

⁷⁶⁶ Voir CE, 28 juillet 2004, "CRILAN et autres", partiellement reproduit et commenté par V. PICARD : "Applicabilité directe de la Convention d'Aarhus lors de la modification d'une installation nucléaire de base", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, 12/2004, page 18.

⁷⁶⁷ Voir la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, précitée, supra page 1.

⁷⁶⁸ M. KAMTO : "La mise en œuvre et le suivi du droit international de l'environnement. Rapport introductif général" in "M. PRIEUR (dir.) : "Mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones", Agence universitaire de la francophonie, PULIM, 2003, page 23.

⁷⁶⁹ "D'après le Conseil d'État, un engagement international est généralement regardé comme s'adressant [...] également aux particuliers lorsqu'il précise que 'toute personne a droit à' ou que 'nul ne peut'. Toutefois, le simple fait que les signataires aient utilisé des expressions générales ou imprécises ne doit pas faire systématiquement obstacle à l'applicabilité directe des conventions", M. LANORD : "L'effectivité du droit international environnemental en droit interne : l'indispensable chaînon communautaire", *Revue du droit de l'Union européenne*, n°4/2003, page 859.

principe "signale" l'entrée en vigueur d'une convention, mais ne constitue pas l'outil juridique de son effet direct en droit interne.

L'origine des principes est donc trouble, et semble attester du fait que même au niveau international ils constituent une catégorie à part, plus proche de la *soft law* que des principes généraux du droit international. Cette filiation, et l'absence de volonté du législateur de s'affranchir des rédactions proposées par les préambules des déclarations ou par les traités internationaux, a fait des principes des normes qui réitèrent les normes internationales dont ils sont inspirés, et qui transposent de ce fait en droit national de l'environnement la technique de la *soft law*. Sous cet angle les principes doivent être perçus comme des normes qui opèrent une forme de syncrétisme⁷⁷⁰ pour tenter de concilier des oppositions irréductibles grâce à des concepts peu discriminants et sur lesquels il est facile de s'accorder⁷⁷¹.

2 – Des principe syncrétiques au service d'une pesée des intérêts.

Certains accords non contraignants invitent explicitement les États signataires à intégrer dans leurs droits internes les principes généraux de *soft law* qu'ils proclament⁷⁷². Il faut considérer que cette opération acclimate au plan national la tendance internationale à la "fuite dans la haute généralité"⁷⁷³ dans les situations où l'accord sur des règles précises est trop difficile. Il est donc possible d'aller plus loin dans cette analyse en la rattachant à la théorie de l'autopoièse. Cette filiation des principes environnementaux peut venir nourrir une comparaison entre le champ juridique international, où le consensus se fait plus facilement et plus rapidement sur des principes généraux que sur des règles précises, et le champ national où émergent des systèmes autonomes et indépendants les uns des autres, sur lesquels l'État a perdu son pouvoir d'action unilatérale. Selon Charles-Albert Morand cette situation voit l'émergence d'une *soft law* en droit interne, où les principes législatifs jouent un rôle de coordination tout en accroissant la visibilité des sous systèmes – économie, science, culture, environnement... – qui coexistent ainsi au sein de l'État devenu simple arbitre⁷⁷⁴. Dans cette optique la

⁷⁷⁰ Au double sens, rappelé par **A. LALANDE**, "d'accord superficiel, factice, et sous lequel subsistent des différences irréductibles", et de "vue d'ensemble, confuse et compréhensive, d'un tout complexe" in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 1088, ce qui corrobore l'antinomie du principe évoquée en introduction.

⁷⁷¹ "The flexibility and adaptability of principles inherent in their open textured nature may make environmental regulation more readily acceptable by States", **L. PARADELL-TRIU** : "Principles of international Environmental Law : an Overview" op. cit., page 94.

⁷⁷² Voir par exemple le principe 14 de la Charte mondiale de la nature : "Les principes énoncés dans la présente Charte trouveront leur expression dans la législation et la pratique de chaque État", cité par **C. CANS** : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", op. cit., page 199.

⁷⁷³ "La fuite dans la haute généralité, qui a pour contrepartie une faible impérativité, est l'un des modes d'adaptation de la société internationale peu hiérarchisée et ne disposant pas de pouvoir de contrainte sur les États", **C. A. MORAND** : "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", op. cit., page 263.

⁷⁷⁴ "Sans entrer dans les controverses de l'autopoièse, force est de constater que l'État a perdu de sa capacité à commander de manière unilatérale à d'autres systèmes sociaux. La société moderne s'organise de plus en plus selon un modèle polyarchique. Parmi tous les systèmes qui gouvernent le monde, l'État fait figure de *primus inter pares*. (...). Il s'ensuit que l'État est obligé de composer, de négocier avec les

multitude des principes législatifs évoqués plus haut organise la coordination entre différents sous-systèmes reposant sur des logiques parfois opposées, et sur lesquels des commandements unilatéraux de l'État rédigés sous forme de règles contraignantes et sanctionnées n'auraient plus prise. Le droit interne lui-même se voit donc frapper du sceau de l'indécision, les principes devenant un échappatoire commode au désaccord. De fait, les principes de précaution et de prévention par exemple peuvent être considérés comme des principes conciliateurs au service d'un État qui arbitre entre les protecteurs de l'environnement issus du milieu associatif et le sous-système scientifico-industriel basé sur une logique économique et productive. De même, le principe pollueur-payeur met en scène deux acteurs représentant des systèmes opposés, d'un côté la collectivité qui subit la pollution, et de l'autre le pollueur qui n'intègre pas les nuisances dans ses coûts de production. Or, les principes législatifs qui opèrent aussi clairement une invitation à la pesée des intérêts entre sous-systèmes concurrents sont très rares. On citera par exemple le principe mentionné à l'article L. 111-4 du code de l'éducation qui précise que "Les parents d'élèves sont membres de la communauté éducative. Leur participation à la vie scolaire et le dialogue avec les enseignants et les autres personnels sont assurés dans chaque école et dans chaque établissement". On ne trouverait nulle trace de proportionnalité dans l'énoncé de ce principe qui se contente juste d'affirmer l'existence de l'intérêt des parents d'élèves au sein de la "communauté éducative". Cet intérêt est simplement juxtaposé à celui des enseignants mais aucune piste de raisonnement n'est donnée pour leur pesée dans une éventuelle décision juridictionnelle ou administrative. De fait, la majeure partie des principes généraux étudiés plus haut n'exprime qu'un seul intérêt et ne donne par conséquent aucun outil de mise en balance.

Au contraire, chacun des principes environnementaux affirme, même de manière sibylline, plusieurs intérêts divergents et donne des outils de raisonnement pour organiser leur pesée. Il s'agit pour le principe de précaution d'une mise en balance des intérêts de la protection de l'environnement, représentés par la formule "visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement", avec ceux du secteur économique, représentés par la formule "à un coût économiquement acceptable", au moyen du principe de proportionnalité. Pour le principe de prévention les intérêts environnementaux sont représentés par les "atteintes à l'environnement", et les intérêts économiques par le "coût économiquement acceptable, leur mise en balance s'opérant par un calcul du meilleur rapport entre la qualité des techniques de prévention déployées et leur coût économique, ce qui là aussi s'apparente à un calcul de proportionnalité. Le principe pollueur-payeur instaure un mécanisme d'imputation des frais résultant de la lutte contre la pollution, matérialisant l'intérêt de la collectivité et des protecteurs de l'environnement, à ceux qui en sont responsables et qui représentent le secteur économique. Le principe de participation met d'abord en scène l'intérêt des

systèmes sociaux auxquels il n'est plus capable de commander. D'où le développement en droit interne d'une *soft law*, d'un droit réflexif, beaucoup plus considérable qu'on ne le croit en général", C. A. MORAND : "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", op. cit., page 264.

citoyens, incarné par les deux termes "chacun" et "le public", face aux détenteurs de l'information, y compris celle relative aux substances dangereuses. Puis il confère une prérogative participative aux premiers en fonction d'un critère d'importance des incidences sur l'environnement ou l'aménagement du territoire.

Ainsi, à la différence de la plupart des principes législatifs, le texte des principes environnementaux ne fait pas que proclamer et juxtaposer l'existence de certains intérêts mais donne des techniques de raisonnement permettant de les mettre en balance dans un cadre décisionnel. L'on envisagera plus loin la distinction de cette technique normative par rapport aux règles fixes qui déterminent à l'avance ces pesées d'intérêt là où les principes les laissent ouvertes. Pour l'heure, et par la simple voie de la comparaison avec les autres principes législatifs, on se contentera de considérer cette dimension conciliatrice des principes environnementaux comme leur étant largement spécifique.

3 – Des principes qui ne doivent pas leur qualification au codificateur.

À la différence de la plupart principes législatifs les principes du droit de l'environnement, pour être réitératifs ou homéonomiques, n'en sont pas moins des normes qualifiées et rédigées expressément comme des *principes* par le législateur. En effet, nombre des principes législatifs ne sont que des normes générales requalifiées tantôt de "principes", tantôt de "règles" ou de "dispositions" générales, par la Commission de codification dans le cadre des pouvoirs de "simplification, d'amélioration et d'harmonisation" du droit⁷⁷⁵ qui lui permettent de regrouper des normes sous un titre dont elle rédige l'intitulé. Dans cette dernière hypothèse – droit constant oblige – aucune retouche de fond n'est apportée aux normes qui sont érigées *a posteriori* au rang de principes en vertu de leur caractère synthétique et général, mais qui ne constituaient initialement dans l'esprit du législateur qu'une partie du préambule ou des objectifs de la loi. Cette pratique explique la grande hétérogénéité de la catégorie des principes législatifs puisque ceux-ci manifestent simplement la volonté du codificateur de trouver des normes générales à placer en exergue des codes, et non de structurer une matière en rédigeant des normes *ad hoc*. Certes, le législateur avalise ces regroupements par le biais des lois de ratification qui sont adoptées pour chaque ordonnance de codification, mais son pouvoir de contrôle, comme en témoignent les débats récurrents au sujet de cette pratique, notamment en ce qu'elle porterait atteinte au droit d'amendement⁷⁷⁶, est alors bien plus limité. Il faut donc déplorer cette dysharmonie dans les

⁷⁷⁵ Circulaire du 30 mai 1996 "relative à la codification des textes législatifs et réglementaires", JO n°129 du 5 juin 1996, page 8265. Voir également l'article 1 de la loi n°99-1071 du 23 novembre 1999 "portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes" : "Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit", J.O. n°296 du 22 décembre 1999, page 19040.

⁷⁷⁶ Cet argument formait l'un des griefs de la saisine ayant donné lieu à la décision n°99-421 du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 sur la loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par

moyens choisis par le codificateur pour répondre aux objectifs de la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires⁷⁷⁷. Elle conduit à déstructurer la catégorie juridique des principes législatifs, dont l'épaisseur conceptuelle est laissée à la merci du choix d'un intitulé pour regrouper les "principes qui gouvernent la législation du domaine" incarné par chaque code, et réduite ainsi à une qualification *a posteriori* et bien souvent aléatoire. Si l'on devait s'en tenir à ce seul intitulé du Titre I du Livre premier du Code de l'environnement pour justifier le qualificatif de "principe général", ce qui est le lot de la majeure partie des principes législatifs étudiés plus haut, *toutes* les normes présentes dans ce titre devraient être considérées comme des principes généraux, ce qui conduirait à ajouter aux quatre principes définis comme tels la définition de l'environnement formant patrimoine commun de la nation, l'intérêt général attaché à la protection de l'environnement, le développement durable comme objectif trans-générationnel, le droit à un environnement sain, le principe d'équilibre entre zones urbaines et zones rurales, et le devoir de veiller à la protection de l'environnement pesant sur les personnes publiques et privées. Or, et cette distinction constitue l'une de leurs spécificités, les concepts de précaution, prévention, pollueur-payeur et participation ne doivent pas leur qualificatif de "principes" à l'intitulé du Titre premier du Livre premier du Code qui comme tous les titres n'a qu'une valeur relative et tout au plus interprétative. Le législateur de 1995 avait déjà, dans le corps même du texte, qualifié ces normes de "principes" lorsqu'elles ont été regroupées par le codificateur avec les autres dispositions générales du droit de l'environnement.

Vue sous cet angle l'insertion des principes dans la loi du 2 février 1995, quelques cinq années avant que ne soit achevé le processus de codification du corpus juridique environnemental, fait figure de manœuvre préventive⁷⁷⁸ qui a permis de contourner les effets pervers de la codification "à droit constant", en fournissant aux codificateurs de "vrais" principes généraux, plus structurants pour la matière que les dispositions disponibles alors dans le droit positif, issues pour l'essentiel de l'article premier de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Ainsi cette qualification peut être considérée comme une œuvre du législateur *ab initio*, et non comme la ratification *a posteriori* d'une proposition du codificateur dans le cadre de la procédure de codification par ordonnances.

ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes. Le Conseil constitutionnel avait rejeté ce grief, voir décision n° 99-421 DC, op. cit., page 19041.

⁷⁷⁷ "Les auteurs d'un code s'efforceront de regrouper en tête du code des principes qui gouvernent la législation du domaine(..)", Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, op. cit., page 8263.

⁷⁷⁸ "La cause principale du retard viendra de la décision des codificateurs d'attendre l'adoption de la loi Barnier du 2 février 1995, dont l'apport était essentiel en ce qui concerne l'introduction dans le code d'une partie générale consacrée aux principes du droit de l'environnement", M. PRIEUR : "Le code de l'environnement", *AJDA* 20 décembre 2000, page 1030.

C – La variabilité des formulations et le développement à tous les niveaux hiérarchiques : une spécificité transversale.

Si chaque principe est porteur d'un concept unique et identifié, la variété de leurs formulations et des niveaux hiérarchiques où ces principes se trouvent exprimés est quant à elle de nature à donner l'impression d'une nébuleuse assez confuse⁷⁷⁹. Si jusque là cette spécificité se cantonnait au niveau international (1), force est de constater que la constitutionnalisation des principes la fait entrer dans le champ du droit interne (2).

1 – Dans le champ international.

Les principes du droit de l'environnement ont commencé à être explicitement formulés en droit international dans les années soixante dix, leurs manifestations antérieures étant davantage de l'ordre des signes avant coureurs. Si l'adoption de ces principes dans diverses déclarations et conventions internationales a parfois été presque simultanée, leur formulation révèle une très grande hétérogénéité, même si pour certains d'entre eux, comme le principe de précaution, il est possible de repérer des critères communs relatifs aux conditions ou aux moyens de leur mise en œuvre⁷⁸⁰.

Pour emprunter le chemin dicté par la logique juridique, les *conditions* formulées par les principes sont aussi larges qu'exprimées variablement, et s'étendent par exemple pour le principe de participation des "citoyens"⁷⁸¹, à "chaque individu"⁷⁸², en passant par "toute personne"⁷⁸³, ou encore, de manière cette fois plus précise "le public, les autorités locales et régionales, et les autres acteurs concernés par la conception et la réalisation des politiques [...] mentionnées [...] ci dessus"⁷⁸⁴. Celles qui concernent le principe pollueur-payeur, décrivent une situation floue – l'occurrence d'une pollution engendrant des coûts – en utilisant des formules du type "les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution"⁷⁸⁵, "les frais résultant des mesures de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci"⁷⁸⁶, "le coût de la pollution"⁷⁸⁷, ou encore "les frais des mesures nécessaires pour éviter cette pollution ou la réduire"⁷⁸⁸. Les conditions de mise en œuvre du principe de précaution

⁷⁷⁹ "Le développement quelque peu anarchique des principes dans plusieurs ordres juridiques subordonnés ou coordonnés n'est pas le moindre des problèmes qui se posent à la science du droit", C.-A. MORAND : "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", op. cit., page 264.

⁷⁸⁰ Voir sur point l'étude de C. de ROANY : "Des principes de précaution. Analyse des critères communs et interprétation différenciée", RJE n°2/2004, page 143.

⁷⁸¹ Recommandations du Conseil de l'Europe du 28 septembre 1977 et des 19 et 25 novembre 1981.

⁷⁸² Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement, 3-14 juin 1992.

⁷⁸³ Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

⁷⁸⁴ Article 5 c de la Convention européenne du paysage du 20 octobre 2000.

⁷⁸⁵ Article 2.5.a. de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (précitée).

⁷⁸⁶ Article 2.2.b. de la Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est (précitée)

⁷⁸⁷ Principe 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 3-14 juin 1992 (précitée).

⁷⁸⁸ Recommandation Euratom n°75-436 du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, JOCE n° L 194 du 25/07/1975, page 1, point 2.

relativement à la notion d'incertitude⁷⁸⁹ font quant à elles tantôt référence à "l'absence de certitude scientifique absolue"⁷⁹⁰, à "l'absence de certitudes scientifiques totales"⁷⁹¹, à l'absence de "preuves pertinentes"⁷⁹². Il faut noter également la présence de déclinaisons thématiques du principe de précaution, comme par exemple dans la Convention OSPAR de 1992 qui mentionne en guise de conditions les "motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduite, directement ou indirectement, dans le milieu marin puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets"⁷⁹³. La convention d'Helsinki sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique propose une version presque identique qui mentionne que le principe de précaution doit s'appliquer "dès lors que l'on est fondé à penser que les substances ou l'énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte à l'agrément des sites ou gêner d'autres utilisations légitimes de la mer, même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets n'est pas établi"⁷⁹⁴.

Mais c'est surtout dans l'énoncé de leur *dispositif* que la diversité des formulations des principes se révèle, même si elles utilisent toutes des termes linguistiquement peu contraignants. Ainsi par exemple pour le principe de précaution, "[les parties] *ne diffèrent pas* la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière d'autre part"⁷⁹⁵, ou "l'absence de certitudes scientifiques totales *ne doit pas être invoquée comme raison pour différer* les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets"⁷⁹⁶. L'article 2.2.a. de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord Est précisant paradoxalement que "des mesures de prévention doivent être prises", ce qui est également le cas dans l'article 3.2. de la Convention d'Helsinki selon laquelle "les parties contractantes appliquent le principe de précaution qui consiste à *prendre des mesures préventives* [...]". Pour le principe pollueur-payeur les tournures euphémisantes sont également de rigueur, pour signifier que "le pollueur *devrait se voir imputer* les dépenses relatives [...], pour *faire en*

⁷⁸⁹ Voir **C. de ROANY** : "Des principes de précaution. Analyse des critères communs et interprétation différenciée", op. cit., page 147.

⁷⁹⁰ Paragraphe 4 du Préambule du Protocole d'Oslo du 14 juin 1994 à la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre, JOCE n°L 326 du 3 décembre 1998, page 36.

⁷⁹¹ Point 9 du Préambule de la Convention de Rio sur la diversité biologique du 14 juin 1992.

⁷⁹² Article 5-7 de l'accord SPS (application des normes sanitaires et phytosanitaires) de l'OMC du 1^{er} janvier 1995.

⁷⁹³ Article 2.2.a. de la Convention pour la protection du milieu marin de l'atlantique du Nord-Est (précitée).

⁷⁹⁴ Article 3.2. de la Convention d'Helsinki sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique.

⁷⁹⁵ Article 2.5.b. de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (précitée)

⁷⁹⁶ Point 9 du Préambule de la Convention de Rio sur la diversité biologique du 14 juin 1992, précitée.

sorte que l'environnement soit dans un état acceptable"⁷⁹⁷. Le souci qui guide les rédacteurs de ces compromis textuels est d'éviter de recourir à l'indicatif présent, ainsi pour le dispositif du principe de participation qui précise par exemple que chaque individu "*doit avoir* la possibilité de participer au processus de prise de décision et les États *doivent encourager et faciliter* la participation du public en mettant les informations à disposition de celui-ci"⁷⁹⁸. Il faut toutefois de mentionner la rédaction du principe de participation dans la Convention d'Aarhus qui pour sa part utilise le présent de l'indicatif en donnant à son article premier la forme d'une véritable obligation⁷⁹⁹.

Cette variété rédactionnelle des principes environnementaux au niveau international, qui est le lieu de leur apparition, aurait pu être expliquée par les hésitations propres à la période de gestation de certaines normes qui de surcroît concernent ici des domaines ou des régions variables. Pourtant, et cela confirme leur spécificité sur ce point, le même phénomène est en train de se produire en droit français, où la constitutionnalisation des principes s'opère par "sédimentation" sur la couche législative antérieure, ce qui a pour résultat de laisser perdurer dans l'ordre juridique des principes qui là aussi, seront distincts dans leurs formulations, avec toutes les conséquences que cela suppose.

2 – Dans le champ interne : les conséquences d'une constitutionnalisation par sédimentation.

Comparativement à d'autres champs du droit, le domaine environnemental fait désormais l'objet d'une présence très massive au sein du bloc de constitutionnalité qui apparaît comme une spécificité (a) ; sur le plan normatif la question doit être posée de la coexistence de ces principes constitutionnels avec ceux qui les ont inspirés, et qui figurent toujours dans le code de l'environnement (b).

a – Une spécificité quantitative : l'importance du corpus formé par les principes environnementaux au sein du bloc de constitutionnalité

Une simple observation suffit à le constater : les principes environnementaux font l'objet d'une présence massive au sein de la Charte, si on les compare à d'autres champs du droit qui possèdent également des principes constitutionnels comme par exemple le droit du travail. Les documents du bloc de constitutionnalité, en dehors de la Constitution elle-même, contiennent désormais *quarante trois* principes constitutionnels dont *dix*, soit un quart, sont consacrés à la protection de l'environnement. Si l'on prend la peine de mesurer dans quelle proportion les autres domaines du droit sont représentés

⁷⁹⁷ Recommandation du 14 novembre 1974 du Conseil de l'OCDE sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur, point 2.

⁷⁹⁸ Principe 10 Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 3-14 juin 1992 (précitée).

⁷⁹⁹ "(...) chaque partie *garantit* les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement conformément aux dispositions de la présente convention", article premier de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

par des principes constitutionnels au sein du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789, la question environnementale paraît – si on la considère comme une problématique sectorielle qui accède au rang constitutionnel *a posteriori* – comme largement sur-représentée au sein de la Constitution. En effet, on ne dénombre, pour ne citer que ces exemples, que *deux* principes dédiés à la fiscalité, et *quatre* principes consacrés au droit du travail. La volonté du constituant apparaît donc bien comme une consécration des valeurs environnementales au même niveau que les droits de l'homme ou que les droits fondamentaux qui constituent la plus large part des principes constitutionnels. Ainsi la constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement met ces derniers sur le même plan que les droits de l'homme, en faisant définitivement sortir l'environnement de sa dimension sectorielle. À cet égard, les principes de la Charte de l'environnement ne doivent pas être considérés comme les dispositions constitutionnelles de cette branche sectorielle du droit, il s'agit bien plutôt d'un nouveau champ des droits fondamentaux.

b – Une spécificité normative : la coexistence des principes constitutionnels de la Charte avec les principes législatifs du code

Les travaux de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement ont pris pour point de départ de la formulation des principes les acquis de l'article L. 110-1 du code de l'environnement. Le résultat en est très éloigné puisque comme on l'a vu plus haut seul le principe de précaution conserve une référence, ambiguë, à la notion de principe, alors que les trois autres la perdent et se trouvent profondément transformés dans leur forme constitutionnelle. Trois des principes constitutionnels de l'environnement abandonnent donc leur caractéristique de "principes noms", puisque la forme rédactionnelle qui associe un principe avec le concept de prévention, participation, ou de pollueur-payeur, disparaît dans la Charte. Il faut mentionner également la disparition de la formule "selon lequel" qui faisait des principes environnementaux des principes définitoire ayant une très grande portée didactique. Ces deux transformations rédactionnelles font perdre aux principes tirés du code leur dimension emblématique. Ce d'autant plus qu'ils se trouvent noyés dans le corps de la Charte, l'article 12 proposé par la variante n°2 de la Commission Coppens, qui précisait que "la préservation et la mise en valeur de l'environnement reposent sur les principes suivants : [...]", n'ayant pas été retenue par le gouvernement.

Le lien qui se voudrait historique entre les principes emblématiques du code et les principes "banalisés" de la Charte est donc un lien qui va demeurer dans la réalité du paysage juridique, comme pour venir constituer une catégorie *sui generis* : celle des "principes mixtes", c'est à dire à la fois internationaux, constitutionnels et législatifs. La source d'inspiration des principes constitutionnels devient donc également le moyen formel de les identifier comme des "principes", notamment pour un

juge qui se livrerait à leur interprétation génétique et se soucierait des travaux préparatoires de la Charte en même temps que de ceux de la loi du 2 février 1995. En dehors de cette référence implicite au code de l'environnement la qualification des normes de la Charte comme "principes" ne pourra venir que de l'activité interprétative du juge.

Le paradoxe veut donc que ces deux formes rédactionnelles très distinctes soient amenées à coexister dans l'ordre juridique national chacune à leur niveau. Cet état de fait confirme la relation trouble entre les principes environnementaux et la hiérarchie des normes, puisque si ce phénomène de coexistence est relativement courant⁸⁰⁰, c'est au sujet de principes strictement homéonomiques et non de principes ayant des formes rédactionnelles différentes. Tel est par exemple le cas pour le principe de libre administration des collectivités locales qui se trouve à la fois énoncé dans l'article L. 1111-1 du code général des collectivités territoriales où il reprend presque mot pour mot l'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il en est de même, à un moindre de degré d'homéonomie pour le principe de la légalité des peines, qui se trouve à l'article L. 111-3 du Code pénal dans des termes qui ne font que préciser ceux de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Dans le cas du droit de l'environnement ces principes réellement distincts vont coexister, dans l'attente d'un éventuel toilettage législatif annoncé par le rapport de la Commission Coppens pour mettre les principes du code en conformité avec ceux de la Charte⁸⁰¹.

Il existe donc une hypothèse, au moins théorique, de conflit de normes ou d'antinomie entre principes constitutionnels et principes législatifs. En toute logique et dans un tel cas de figure la hiérarchie des normes impose normalement la survie de la norme supérieure et la disparition de la norme inférieure, ce d'autant plus que joue également ici l'adage *lex posterior derogat priori* sous réserve qu'il puisse être appliqué à des normes situées à des niveaux différents de la hiérarchie normative⁸⁰². Mais ces principes sont-ils réellement incompatible et quelles sont les hypothèses concrètes où cette incompatibilité pourrait se manifester ? Il faut mentionner essentiellement la théorie de la loi écran, qui manifeste le souci du Conseil d'État de ne pas se prononcer, même indirectement et en tant que cela relève exclusivement de la compétence du Conseil constitutionnel, sur la constitutionnalité d'une loi. Selon cette théorie la constitutionnalité d'une mesure réglementaire prise sur le fondement d'un des quatre principes du code mais qui contredirait l'un des principes de la Charte ne pourrait être appréciée par le Conseil d'État. Dans la mesure où les principes de la Charte prévoient expressément une mise en œuvre législative il y a également un risque de contradiction entre dispositions réglementaires selon qu'elles seront prises sur le fondement des principes du code ou sur celui des lois qui préciseront les conditions d'application de la Charte. Une hypothèse de résolution de ce conflit réside également dans

⁸⁰⁰ Voir supra, "les principes réitératifs", page 101.

⁸⁰¹ "Il est donc nécessaire que ces principes soient redéfinis pour être clarifiés et mis en cohérence avec les précisions apportées par la Charte", Rapport de la Commission Coppens de préparation à la Charte de l'environnement, op. cit., page 46.

⁸⁰² J. TRÉMEAU : "La caducité des lois incompatibles avec la constitution", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VI, Economica, 1990, Paris, page 254.

la théorie de l'abrogation tacite ou de la caducité. Le Conseil d'État pouvant, à l'occasion du contrôle de légalité d'un acte administratif par rapport à une loi, être saisi du moyen de caducité de la loi du fait d'un changement de la Constitution, et "examiner le rapport de compatibilité existant entre les deux textes"⁸⁰³.

Les principes de la loi Barnier pourraient donc interférer avec la mise en œuvre des principes constitutionnels de la Charte de l'environnement, ou être à l'origine d'une certaine confusion au niveau des mesures réglementaires. Cette éventualité est-elle à craindre au vu de la comparaison des principes de la Charte et du code de l'environnement ? La formulation constitutionnelle du principe de prévention par exemple donne à ce principe un caractère d'obligation marqué par l'expression "toute personne doit" que ne possédait pas le principe correspondant du code de l'environnement. Il en est de même pour le principe pollueur-payeur qui reçoit également une formulation en termes d'obligation ou de "devoir", de la même manière qu'il remplace le concept de pollueur par celui de "toute personne causant un dommage à l'environnement". Une autre divergence réside également dans la condition du "coût économique acceptable" posée pour les principes de prévention et de précaution issus de la loi Barnier et qui ont été supprimés des principes dans La Charte. Une mesure réglementaire fondée sur le principe de précaution du code de l'environnement, qui limiterait au nom de ce standard du "coût économique acceptable" la durée de la suspension d'un produit susceptible de causer un dommage grave et irréversible à l'environnement, pourrait perdurer dans l'ordre juridique sans que le Conseil d'État puisse la déclarer inconstitutionnelle en vertu de la théorie de la loi écran, à moins que ces dispositions ne soient déclarées comme implicitement abrogées. Il s'agit bien d'une spécificité des principes environnementaux, mais il faut avouer ici qu'en droit interne elle apparaît surtout comme une anomalie qui devrait se révéler transitoire.

§ 2 – La spécificité de leur portée juridique *a priori*.

La portée juridique des principes généraux du droit de l'environnement sera essentiellement déterminée par l'usage qu'en font les juges. Mais sur un plan purement textuel, en tentant d'apprécier ce qui permet d'augurer de leur portée juridique *a priori*, deux types d'évaluations sont possibles : l'une est ontologique ou basée sur leur essence (A), l'autre est contextuelle et se penche sur les informations périphériques données par le législateur ou le constituant à leur sujet (B). Sur le plan ontologique l'analyse met en lumière l'appartenance des principes du code à la catégorie des *principes synthétiques et emblématiques*, qui ont "ouvertement pour fonction (...) de donner une vue d'ensemble de tout un pan du droit"⁸⁰⁴. Sur le plan du discours du législateur elle questionne la portée d'une formule par laquelle ce

⁸⁰³ Selon l'opinion de J. TRÉMEAU : "La caducité des lois incompatibles avec la constitution", op. cit., page 268.

⁸⁰⁴ G. CORNU : "Linguistique juridique", op. cit., page 298.

dernier se soumet à une *auto-injonction* dont les conséquences juridiques sont pour le moins ambiguës. Au plan constitutionnel l'analyse conduit à donner des principes une vision marquée par l'écart qui les sépare des principes du code. Plus apparentés à des "dispositions constitutionnelles" les principes de la Charte perdent le qualificatif de principe qui donnait à ceux du code cette dimension emblématique. Les informations données par le constituant sur leur portée juridique *a priori* conduisent à une alternative : sont-ils directement invocables devant les juridictions ordinaires ou s'agit-il d'obligations qui ne pèsent que sur le législateur ?

A – L'essence des principes du droit de l'environnement au regard de la typologie théorique des principes juridiques.

Les principes du code et ceux de la Charte sont séparés par une frontière qui est empruntée à la typologie des principes établie plus haut. Si les principes issus de la loi Barnier possèdent une dimension très emblématique (1), puisqu'ils sont à la fois expressément désignés comme les fondements du droit de l'environnement et présentés comme des "principes", leurs voisins de la Charte perdent ces deux attributs pour se recentrer sur une rédaction qui pour être plus homogène sur certains points, ne facilite pas pour autant leur insertion dans la typologie théorique des principes (2).

1 - Les principes du code de l'environnement sont des principes emblématiques.

La rédaction des principes du code de l'environnement trahit le souci pédagogique, synthétique et emblématique dont ils ont été investis, puisqu'ils possèdent la double caractéristique d'être des "*principes-noms*", résumés à un mot ou à quelques mots désignant un concept, et qu'ils sont ensuite détaillés sous forme de *définitions légales*. Cette formulation spécifique a pour caractéristique de concilier la technique d'énonciation des principes implicites utilisés par le juge, qui sont souvent réduits à un concept unique (a), avec celle des principes explicites utilisés dans les sources écrites du droit où davantage de précisions définitoires sont données (b).

a – Des "principes-noms".⁸⁰⁵

Les quatre principes qui inaugurent le code de l'environnement constituent des concepts identifiés par un simple nom – précaution, prévention, participation, pollueur-payeur – qui facilite leur appréhension par le juge, les décideurs et les justiciables, à tel point que l'on a pu qualifier certains

⁸⁰⁵ Ce qualificatif est emprunté à J. WROBLESKI : "Principes du droit", in A. J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 475.

d'entre eux de "principes slogans"⁸⁰⁶. Ce mode de formulation des principes permet de caractériser en un seul mot un ensemble de normes⁸⁰⁷. Il est assez peu répandu et concerne généralement des principes implicites, du type des principes généraux du droit administratif, dont la formulation se limite parfois également à quelques mots, comme c'est le cas pour le "principe de respect des droits de la défense" ou le "principe de liberté d'aller et venir". Ces principes implicites, auxquels on pourrait ajouter pour le droit privé le "principe de liberté contractuelle" doivent se contenter pour toute définition des quelques mots et concepts qui servent à les énoncer. Parmi l'ensemble des principes législatifs recensés plus haut, aucun ne tient en un mot, même si la concision de certains d'entre eux se rapproche de celle des principes environnementaux, comme par exemple les principes de "libre administration des collectivités locales" ou le "principe de légalité des peines". Mais ces derniers principes sont des principes homéonomiques qui sont formulés au sein de la Constitution et sont simplement répétés en exergue du Code général des collectivités territoriales ou du Code pénal. D'ailleurs leur formule concise n'est pas reprise dans la loi qui mentionne leur énoncé complet sans le faire précéder de la formule "selon lequel".

Les principes du droit de l'environnement sont donc les seuls à être énoncés en un mot qui figure dans leur texte même, suivi de la formule explicative "selon lequel". Cette caractéristique manifeste à la fois un souci communicationnel et didactique, qui vise à réduire la complexité des politiques publiques environnementales à quelques concepts clés, facilement intelligibles, et un souci de solennité qui tente de s'approcher de la concision des grands principes implicites. Les principes du code de l'environnement ont donc pour spécificité de concilier les deux grandes formes d'expression des principes juridiques, la forme implicite qui les réduit à un mot, et la forme explicite, ou textuelle, qui en détaille le contenu conceptuel.

b – Des principes définitoires

La seconde partie de l'énoncé des principes s'apparente en effet à une définition légale, c'est à dire à l'explicitation de ce qu'il faut entendre par le concept-clé qui désigne chacun d'entre eux, et qui se distingue du sens que ce concept reçoit dans le langage courant, ce qui lui donne un caractère explicatif et définitoire. Cette formulation, annoncée par le membre de phrase "selon lequel", est également spécifique aux principes du code de l'environnement dans la mesure où elle semble liée à la volonté du législateur de combiner le mode d'énonciation des principes implicites, qui sont réduits à un mot, avec

⁸⁰⁶ Voir notamment **N. de SADELEER** : "Le principe de précaution : du slogan à la règle de droit", *Droit de l'environnement*, avril 2000, n° 77, p 14, et **M. PRIEUR** au sujet du principe pollueur-payeur : "L'énoncé d'un tel principe aux allures de slogan publicitaire ne peut que satisfaire le défenseur de l'environnement" *in "Droit de l'environnement"*, Précis Dalloz, op. cit., page 145.

⁸⁰⁷ "Ce sont des noms caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ou la ligne générale de régulation du droit. Par exemple, on invoque le principe de la liberté contractuelle, de la vérité objective, de la bonne foi", **J. WROBLESKI** : "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", op. cit., page 856.

celui des principes explicites qui sont plus détaillés. En conséquence, elle se rapproche de la formulation jurisprudentielle des principes généraux du droit administratif par laquelle le Conseil d'État mentionne, par exemple, l'application du principe "selon lequel l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer"⁸⁰⁸. La formulation des principes environnementaux apparaît donc, à la différence de la plupart des autres principes législatifs, comme une forme de pré-formulation de principes jurisprudentiels au sein d'une loi.

Ce type de formulation définitoire est très rare parmi les principes législatifs étudiés plus haut. Dans la plupart des cas les principes définitoires décrivent des éléments matériels, comme par exemple les "marchés publics", les "soins palliatifs", le "territoire douanier", ou "l'objet du litige", dont la signification s'éloigne quelque peu du sens courant ou qui constituent des concepts spécifiquement juridiques. Les principes environnementaux définissent quant à eux des concepts élaborés ou des *matrices comportementales*, qui ne consistent pas simplement dans la description d'un élément de la réalité, mais dans la prescription d'une attitude à observer en face d'un phénomène. La formulation des principes ne remplit donc pas exclusivement les fonctions assignées à la définition légale, qui certes possède également une finalité clarificatrice, mais concerne généralement des termes polysémiques qui sont destinés à être utilisés fréquemment au sein du texte et qui délimitent parfois son champ d'application⁸⁰⁹. Les principes du droit de l'environnement sont davantage définis en tant que concepts clés pour une matière dont ils accroissent la lisibilité, là où les définitions légales peuvent venir constituer les conditions d'application d'une norme ou d'un régime juridique, comme par exemple dans l'hypothèse où le qualificatif de "déchet" attribué à un produit permettrait de lui appliquer la réglementation qui y est attachée.

De cette particularité témoigne la technique définitionnelle qu'ils utilisent et qui favorise leur dimension synthétique. Il existe en effet deux manières de formuler une définition légale en légistique⁸¹⁰, qui reposent sur les composantes invariables du concept que sont la *compréhension* et l'*extension*⁸¹¹. La première, la définition "en compréhension", consiste à caractériser le contenu d'un concept ou d'une notion en définissant son essence. La seconde, définition "en extension" ou définition "énumérante", consiste à proposer une liste exhaustive ou indicative des éléments de la réalité qui peuvent être subsumés sous ce concept, et qui contribuent donc à en donner une définition par effet illustratif. Ces deux techniques peuvent être cumulées puisqu'elles reposent sur les deux composantes invariables du concept que sont la propriété de classement autour de laquelle une série d'objets peuvent être qualifiés de la même manière, et la série effective et réelle de ces objets. Ainsi par exemple la définition du

⁸⁰⁸ Conseil d'État, Assemblée, 3 février 1989, "*Compagnie Alitalia*", recueil page 44.

⁸⁰⁹ G. CORNU : "*Linguistique juridique*", op. cit., page 110.

⁸¹⁰ Voir sur ce point M. VAN HOECKE : "*Définitions légales et interprétation de la loi*", *Droit et société*, LGDJ, n°8/1998, page 103.

⁸¹¹ Voir supra, page 19.

déchet qui figure à l'article L. 541-1-II du Code de l'environnement⁸¹² est une définition "en compréhension", au sens où elle se contente de caractériser la notion de déchet sans énumérer la liste effective de tous les déchets. En revanche, la définition – implicite – de l'environnement qui figure à l'article L. 110-1 du code de l'environnement est une définition "en extension", qui ne donne pas accès au concept d'environnement lui-même, sauf à se contenter d'une lecture "en creux", mais qui fait apparaître l'environnement par l'énumération de ses composantes.

Les principes du code de l'environnement définissent "en compréhension" les quatre concepts clés sur lesquels repose l'ensemble du corpus. En effet, aucune information exemplative s'apparentant à une énumération ne sont livrées quant aux objets qui en constituent les cas d'application, qu'il s'agisse des situations d'incertitudes, de dommage grave et irréversible, d'atteinte à l'environnement, ou des notions de pollueur, d'information relative à l'environnement, de substances et activités dangereuses ou de projets ayant une incidence importante sur l'environnement. On le perçoit aisément, la technique de définition "en extension" manifeste un souci de perfection textuelle et d'exactitude par rapport aux situations d'application des normes, et relève à ce titre davantage des règles détaillées que des principes généraux. Elles servent de surcroît l'illusion panlégiste de la prévisibilité absolue de la loi comme technique d'anticipation des déploiements de la réalité, et ont pour inconvénient de donner lieu à des normes très peu synthétiques. Il n'est donc pas étonnant que le champ environnemental ait recouru à la technique des définitions "en compréhension" pour définir les quatre concepts clés sur lequel il repose.

La conséquence essentielle de cette portée définitoire réside dans la fonction référentielle assurée par les principes, qui fournissent la définition légale des concepts de prévention, de précaution, de pollueur-payeur et de participation qui pourraient être utilisés par le législateur au sein de textes postérieurs concernant des domaines sectoriels du droit de l'environnement. Mais cette position "surplombante" assumée par les principes au sein même de la loi cadre qui les héberge pose des difficultés en termes de hiérarchie des normes.

2 – La nature des principes de la Charte de l'environnement : des principes conditionnés par la loi ?

La rédaction des principes issue de la Charte de l'environnement modifie considérablement leur forme rédactionnelle, supprimant certains aspects essentiels et en ajoutant d'autres. La dimension emblématique et fondatrice des principes se trouve remise en cause par l'absence de formule annonçant que "la préservation de l'environnement repose sur les principes suivants", ainsi que par la perte du qualificatif "principe de" et de la formule "selon lequel" qui leur donnait une dimension définitoire particulièrement évidente. Pourtant les principes gagnent d'autres atouts. Une indéniable

⁸¹² "Est un déchet au sens du présent chapitre tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon".

harmonisation dans la définition de leur champ d'application par exemple, notamment au niveau des titulaires de l'obligation (ou du "devoir") qu'ils posent, qui devient invariablement "toute personne", là où les principes législatifs employaient des formules divergentes. L'entrée en scène du verbe "devoir", utilisé au présent de l'indicatif dans deux des quatre principes est également un changement notable.

Mais ces modifications rendent difficile l'insertion de ces principes dans la typologie théorique rassemblée plus haut au sujet des principes législatifs. Leur position dans la Charte leur fait perdre la dimension *inaugurale* qu'ils possédaient dans le code, puisque celle-ci est désormais incarnée par les sept considérants qui les précèdent. Il ne s'agit pas non plus comme on l'a vu de principes *définitoires* puisqu'ils n'ont pas pour fonction d'explicitier juridiquement un concept ou une catégorie, comme pouvaient le faire les principes du code au moyen de la formule "selon lequel". Seul l'article 5 consacré au principe de précaution explicite de manière relativement détaillée une démarche à suivre qui peut s'apparenter à une définition de l'approche de précaution, mais la référence au "principe de précaution" ne semble pas être celui énoncé dans la Charte mais au contraire une forme de principe supra-constitutionnel qui n'est pas désigné de manière précise⁸¹³. Leur dimension de "*principes noms*", excepté peut-être pour le principe de précaution, disparaît également de la formulation constitutionnelle puisque le rattachement des principes à un concept unique (prévention, précaution, pollueur-payeur, information, participation) n'est possible que par la référence à leur origine législative. Le juge perpétuera peut-être cet usage mais pourra aussi également, par souci de fidélité au texte constitutionnel, mentionner le "devoir de prévention des atteintes", le "devoir de réparation des dommages", le "droit d'accès aux informations" et le "droit de participer à l'élaboration des décisions", de même qu'il pourrait ne considérer l'article 5 de la Charte que comme une référence au principe de précaution et non comme la formulation du principe lui-même⁸¹⁴. Il ne s'agit pas non plus à proprement parler de principes *synthétiques*, puisque ces derniers figurent en général au début du texte qu'ils structurent, et qu'ils constituent des formules abrégées et condensées dont découle ensuite tout le contenu d'une matière. La manière dont les principes de la Charte sont présentés, au sein d'une série d'articles tous placés sur le même plan, ne conduit pas à les désigner comme des principes synthétiques dont la fonction serait de rassembler les données essentielles du droit de l'environnement.

Le renvoi opéré par trois des principes aux "conditions définies par la loi" pourrait donner à penser qu'ils s'agit de principes *programmatiques*, fixant un "programme de travail" au législateur. Dans cette optique il faudrait considérer qu'ils assignent au législateur une mission de déployer concrètement les grands axes d'une politique de l'environnement : prévention, précaution, réparation des dommages, accès aux informations et participation du public. Sous cet angle, et pour faire écho aux nombreux

⁸¹³ S'agit-il du principe communautaire du traité, du principe général du droit communautaire, du principe du code de l'environnement, d'un principe général du droit, ou d'une norme supra constitutionnelle ?

⁸¹⁴ Pourtant comme le précise le professeur Michel Prieur "l'énoncé de droits peut correspondre à des principes même s'ils ne sont pas qualifiés comme tels", M. PRIEUR : "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15/2003, Dalloz, page 133.

débats qui ont eu lieu lors de la préparation du texte sur ce point, la question mérite d'être posée de savoir si ces principes sont ou non des principes "conditionnés" par la loi, c'est à dire s'ils ne prennent vie que par une opération législative venant les mettre en œuvre. Dans l'esprit des auteurs du projet le renvoi aux "conditions définies par la loi" était perçu – et conçu – comme un obstacle à l'*invocabilité* des principes par les particuliers devant les juridictions ordinaires. Ces principes constitutionnels, faute d'une loi qui préciserait leurs modalités d'application, ne pourraient donc être utilisés que par un seul type de "requérant" et dans un contexte bien précis : le contrôle de constitutionnalité des lois. Dans cette hypothèse, seules les autorités visées aux articles 54 et 61 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, à l'exclusion des simples particuliers dans le cadre des recours devant les juridictions ordinaires, pourraient invoquer les principes pour arguer de leur non respect par la loi déferée. Mais cette question d'*invocabilité* directe, qui s'est focalisée sur le principe de précaution puisque ce dernier n'est pas assorti de cette formule renvoyant aux "conditions définies par la loi", masque en réalité une tentative de réduire l'*opposabilité* de ces principes. Il faut pourtant garder à l'esprit que ce sont les juges qui décideront d'accorder ou non à ces principes une valeur d'*invocabilité* directe et que la mention d'un développement législatif du principe n'est aucunement un obstacle pour une telle consécration. Ces principes ne sont donc pas des principes "conditionnés" qui n'auraient qu'une fonction *programmatique* à l'attention du seul législateur. Ils ne sont pas non plus uniquement, et pour les mêmes raisons, des principes *finalistes*, fixant les buts essentiels d'une législation.

En conclusion il faut donc considérer que ces dispositions constitutionnelles inspirées des principes du code de l'environnement constituent également au niveau théorique, des principes *sui generis* qui ne s'approprient les catégories théoriques de principes qu'en les panachant. Imposant des obligations à "toute personne" mais enjoignant le législateur à en définir les conditions, ils s'efforcent d'encadrer par avance le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel et du juge ordinaire, ce qui constitue leur principale caractéristique théorique en tant que principes juridiques écrits. La portée juridique des principes environnementaux telle qu'elle est déterminée par les textes, emprunte également des voies particulières.

B – La portée juridique ambiguë des principes du droit de l'environnement.

Le contexte international confère aux principes une portée qui n'est pas nécessairement liée à leur formulation explicite, puisque nombre d'entre eux qui ne bénéficient pas de définition textuelle sont largement appliqués par certaines juridictions internationales (1). Sur le plan national, plusieurs indices permettent de déceler chez le législateur de 1995 une volonté de conférer aux principes du code de l'environnement une valeur supra-législative que ne possèdent pas les autres principes juridiques écrits

en droit français (2). Les principes de la Charte de l'environnement du premier mars 2005 ont quant à eux pleine valeur constitutionnelle, mais qui laisse en suspens la question de leur invocabilité directe, et donc de leur caractère de droits-créances ou de droits-libertés (3).

1 – Des principes jurisprudentiels du droit international, communautaire et européen ?

Le débat sur la "juridicité" des principes du droit de l'environnement n'est pas l'apanage du droit interne, et le champ international est également livré à des interrogations sur la portée des principes et sur leurs effets juridiques. Un premier constat permet de repérer un contraste très marqué entre la profusion et la variété des formulations des principes environnementaux dans les conventions internationales, et la rareté – voire l'absence – de définitions en droit communautaire et européen. Le droit international atteste d'un véritable maëlstrom textuel de principes environnementaux parmi lesquels la recherche de critères d'application communs fait l'objet de recherches qui constatent, au sujet du principe de précaution par exemple, qu'il n'en existe aujourd'hui pas de définition internationale⁸¹⁵. Comparativement à cette abondance, la rareté des décisions de jurisprudence fondées sur les principes environnementaux paraît pour le moins disproportionnée. De surcroît ce contraste est renforcé par un autre, qui veut que les principes les plus massivement appliqués par les juridictions internationales soient ceux qui sont le moins bien définis par les textes de référence. En effet, il faut sans conteste attribuer à la Cour de justice des communautés européennes et à la Cour européenne des droits de l'homme la palme de la jurisprudence environnementale mettant en œuvre les principes, de manière plus ou moins directe et explicite, à partir de textes qui sont pourtant très lacunaires, voire, comme c'est le cas pour la seconde, qui ne mentionnent pas explicitement les principes parmi les normes de référence de leur contrôle.

La portée des principes demeure certes très inégale, puisque cette jurisprudence concerne surtout le principe de précaution, qualifié de "principe général du droit communautaire" par le Tribunal de première instance des communautés⁸¹⁶. Les autres principes communautaires du droit de l'environnement – prévention, correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement et pollueur payeur – n'ayant pas fait l'objet d'applications aussi claires et de définitions jurisprudentielles aussi précises. En revanche, sur le plan du droit européen des droits de l'homme, c'est le principe de prévention des atteintes à l'environnement qui peut être considéré comme davantage présent derrière les raisonnements de la cour faisant peser sur les États des obligations positives pour garantir des droits protégés par la Convention et auxquels les atteintes à l'environnement portent parfois atteinte par ricochet.

⁸¹⁵ C. de ROANY : "Des principes de précaution, analyse de critères communs et interprétation différenciée", *op. cit.*, page 147.

⁸¹⁶ Voir *supra*, page 197.

En tout état de cause, et sur le plan de leur portée, ces principes semblent être essentiellement des principes jurisprudentiels, utilisés et parfois façonnés par les juridictions internationales qui se basent sur des textes minimalistes ou sur des dispositions qui ne peuvent raisonnablement pas être assimilées à la formulation de principes, comme par exemple l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il paraît donc difficile d'inférer des textes qui les proclament la portée juridique des principes, puisque ce sont les juridictions qui décident ou non de la leur conférer. Toujours est-il que paradoxalement, et comme cela apparaîtra au niveau du droit interne, le juge semble plus enclin à appliquer un principe flou dont il peut lui-même définir les contours qu'un principe prêt à l'emploi et comportant des critères mieux définis.

2 – Les principes du code de l'environnement sont-ils des principes de valeur supra-législative ?

La manière dont les principes sont insérés dans le code de l'environnement, et leur origine internationale permettent de s'interroger sur l'éventualité de leur portée supra-législative.

a – De la capacité du législateur à se soumettre à une auto-injonction.

Le contexte immédiat des quatre principes du code fait apparaître, à côté de l'énonciation de nombreux objectifs législatifs, une formule sibylline qui renseigne sur leur portée juridique *a priori* et sur leur relation aux textes législatifs à venir. Cette formule précise que les principes "inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée", "la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion" des éléments constitutifs de l'environnement qui figurent dans l'article L. 110-1. du Code. Cet énoncé en forme de discours réflexif, de discours de la loi sur elle-même qui vise à guider l'appréhension des principes par les législateurs à venir, ne trouve pas d'équivalent dans le corpus des principes législatifs utilisés en droit français⁸¹⁷. Elle fait en revanche partie de la rhétorique des principes généraux du droit utilisée par le Conseil d'État lorsqu'il crée ces derniers par induction amplifiante, en précisant qu'ils "inspirent" les dispositions convergentes du droit positif qui servent de point de départ à leur découverte⁸¹⁸. Elle semble ici établir une forme de hiérarchie des normes interne au droit de l'environnement, en précisant que les quatre principes qui sont à sa base guident la concrétisation normative d'une politique publique non seulement par le biais de mesures réglementaires de mise en

⁸¹⁷ Elle trouve en revanche un équivalent au sein de l'article L. 110-1 du code de l'environnement qui réserve un sort identique au droit à un environnement sain en précisant que "les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain".

⁸¹⁸ "Considérant que le principe général *dont s'inspire* l'article 29 du livre 1^{er} du Code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse[...]", Conseil d'État, Assemblée, 8 juin 1973, "Dame Peynet", Recueil page 407.

œuvre des lois (qui ne sont pas évoquées), mais également, et ce au prix d'une forme d'incompétence négative⁸¹⁹, par d'autres lois qui se retrouvent par l'effet de cette formule soumises à leur empire.

L'analyse de cette dernière a donné lieu à une littérature abondante qui s'est focalisée essentiellement sur son interprétation par le juge dans le cadre de l'invocation directe des principes devant lui. En effet, si sa nature invalidante pour l'utilisation juridictionnelle des principes est attestée par une majorité d'exégètes⁸²⁰, et si certaines voix ont clamé au contraire qu'elle ne minorait en rien leur autonomie⁸²¹, l'accord semble s'être fait au sein de la doctrine sur sa nature d'indication donnée au juge, de "directive interprétative", ce qui ne semble pourtant pas être son objectif principal. Ne faut-il pas en effet voir davantage dans cette formulation un appel à la concrétisation *normative* des principes, qui ne préjuge en rien de leur concrétisation *juridictionnelle* et de leur usage potentiel par un juge dans la prémisse majeure de ses raisonnements ? L'invocabilité directe des principes devant le juge semblant être acquise par leur présence – singulièrement explicite⁸²² – au sein de l'ordre juridique, et dans la mesure où le législateur ne pourrait avoir souhaité poser ces normes et les nier dans le même temps par une formule invalidante, sauf à postuler son irrationalité. La question de savoir si les principes sont aptes à venir constituer la prémisse majeure d'un raisonnement juridique, de manière autonome ou en appui d'une autre norme, est une question qui concerne le juge et ne peut être aucunement déduite du texte des principes et de cette formule corollaire. On en veut pour preuve que le juge administratif utilise dans ses raisonnements des principes généraux du droit bien plus flous que les principes écrits du droit de l'environnement. De même, le Conseil constitutionnel fonde ses décisions sur des textes très généraux sans pour autant que la validité de ses raisonnements soit remise en cause⁸²³. La question de l'invocabilité directe des principes n'est donc pas une question relative à la nature juridique des principes, déterminée par leur essence textuelle, mais participe d'un acte de volonté du juge.

⁸¹⁹ Voir **A. ROUYÈRE** : "La loi attribue à une autre loi et non à un règlement la charge de permettre l'application de ce principe", *in* : "L'exigence de précaution saisie par le juge", *op. cit.*, page 268

⁸²⁰ Voir par exemple **Y. JÉGOUZO** : "La valeur de ces principes législatifs est encore réduite par le fait que les quatre principes (...) sont définis comme devant 'inspirer les lois qui en définissent la portée'", *in* : "Les principes généraux du droit de l'environnement", *op. cit.*, page 215 ; **O. GODARD** : "La loi nous dit que ces principes ont à jouer *dans le cadre des lois qui en définissent la portée*. Cela me paraît exclure toute interprétation faisant du principe une règle impérative s'imposant directement à toute personne privée ou à tout agent économique", *in* : "Le principe de précaution, règle impérative ou principe possibiliste en appelant au jugement ?", *Nature, Sciences et Société*, vol. 8, n°2/2000, page 56.

⁸²¹ Voir par exemple la question soulevée en ces termes par **O. SACHS** : "(...) comment les principes de la loi Barnier pourraient-ils être autoportants, alors que le législateur a expressément spécifié qu'ils *s'appliquent dans le cadre des lois qui en définissent la portée* (...) le juge ne manquerait-il pas à sa mission s'il refusait d'appliquer l'un de ces principes en présence d'une méconnaissance flagrante de l'objectif qui lui est assigné, pour la seule raison que sa portée n'a pas été précisée ?", *in* : "Principe de précaution et contrôle de légalité", *CJEG*, Décembre 1999, page 421 ; **L. BOY** : "En s'appuyant à tort sur la seule loi Barnier O. Godard estime que les principes qui l'inspirent ont à jouer *dans le cadre des lois qui en définissent la portée*. Cela lui paraît exclure toute interprétation faisant du principe une règle impérative s'imposant directement à toute personne privée ou à tout agent économique". C'est oublier, d'une part, l'article L. 200-2 de la même loi qui affirme la place des agents privés dans la défense de l'environnement : 'il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences' ", *in* : "À propos du principe de précaution. Réponse à Olivier Godard", *Nature, Sciences et Sociétés*, vol. 9, n°1/2001, page 50.

⁸²² Voir supra les développements sur leur double caractère de "principes noms" et de "principes définitoires".

⁸²³ Voir cependant, pour une critique des raisonnements pratiqués par le Conseil constitutionnel **D. LOSCHAK** : "Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?", *op. cit.*, page 35 et s.

Le renvoi opéré ici aux lois ultérieures qui auront à préciser la portée des principes concerne exclusivement leur dimension *textuelle* en soulignant leur dimension fondatrice ou "inspiratrice" dans le cadre de la politique publique environnementale. À ce titre elle s'apparente à la technique de la loi-cadre en constituant davantage une auto-injonction à l'attention du législateur "à venir"⁸²⁴ qu'une forme d'invalidation *a priori* des principes à l'attention du juge. Il y a lieu de souligner à cet égard que c'est bien au contraire *via* cette indication que le juge ou le décideur pourraient justifier le recours aux principes en appui d'une prémisse majeure ou d'une norme de référence incomplète ou contradictoire. Puisque le législateur est censé s'inspirer des principes dans la rédaction des textes environnementaux postérieurs à 1995, et puisque le recours à cette source d'inspiration est intégrée à la légalité, le juge, habilité par cette disposition, peut se fonder sur ces principes pour interpréter le contenu d'une norme incomplète, résoudre une antinomie ou combler un vide juridique dans un texte survenu postérieurement à la loi du 2 février 1995. La curiosité de ce dispositif résulte du fait que le législateur s'impose à lui-même des normes "inspiratrices" ou "directrices" qui n'ont pas une valeur juridique supérieure aux normes qui sont censées les concrétiser, si ce n'est celle des "lois cadres". Mais ce paradoxe apparent, qui s'intègre une fois encore dans une manifestation d'auto-transcendance, constitue peut-être simplement un indice de la valeur supra-législative des principes⁸²⁵.

b – La valeur supra-législative des principes ?

Par cette formule, le législateur de 1995 semble conférer aux principes une portée spécifique. Loin de les invalider, elle tente au contraire de pallier à la faiblesse de leur statut au regard de la hiérarchie des normes. Faute de pouvoir s'appuyer, à l'époque, sur leur constitutionnalisation, le législateur en est réduit à "s'auto-imposer" les principes environnementaux comme pour en marteler le caractère "supra-légal et infra-constitutionnel", c'est à dire – ce qui paraît naturel eu égard à leur origine internationale – au même niveau hiérarchique que les engagements internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés

⁸²⁴ Le bilan législatif de cette auto-injonction fut d'ailleurs très mesuré, si l'on en croit les termes de **M. PRIEUR** : "La loi indique que la politique de l'environnement s'inspire des principes dans le cadre des lois qui en définissent la portée et que le droit de chacun à un environnement sain est organisé par les lois et règlements. Il en résulte que ce droit et ces principes s'imposent normalement à la loi sous la réserve que celle-ci ne soit pas modifiée et dans les limites que la loi elle-même pourra fixer. L'invitation que le législateur s'était faite lui-même d'organiser le droit à l'environnement est restée lettre morte, à l'exception des multiples dispositions législatives sur l'accès aux informations environnementales", **M. PRIEUR** : "Vers un droit de l'environnement renouvelé", op. cit., page 134.

⁸²⁵ Pour une analyse moins optimiste voir **N. KOSCIUSKO-MORIZET** : "[...] ce texte ne peut prévaloir sur d'autres lois. Il se situe au même niveau de la hiérarchie des normes, et des lois ultérieures peuvent parfaitement déroger à ses principes généraux : le juge n'aura aucune difficulté à écarter ceux-ci, à la fois parce que généraux et parce qu'antérieurs" in "Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle (n°992) relatif à la Charte de l'environnement", Assemblée Nationale, 12 mai 2004, n° 1595, page 15, voir également au sujet du droit de l'homme à un environnement sain **M. A. COHENDET** : "Comment une norme de valeur législative peut-elle s'imposer à une norme de même valeur? Par la bonne volonté de ceux qui procèdent ainsi à leur auto-limitation. L'histoire a montré la vanité de cette espérance. En l'absence d'une Cour constitutionnelle, le législateur peut être un piètre défenseur des droits de l'homme", "Vers la constitutionnalisation d'un droit de l'homme à un environnement sain et équilibré", op. cit., page 263.

par la France⁸²⁶. L'existence de niveaux intermédiaires entre les différents degrés de la hiérarchie des normes a été utilisée par René Chapus dans son analyse du statut "supra-décrétal et infra-législatif" occupé par les principes généraux du droit administratif⁸²⁷, et il semble qu'elle soit utilement transposable au statut des principes du droit de l'environnement. Le législateur laisse entendre, mais sans pouvoir le garantir juridiquement autrement que par cette auto-injonction, que ces principes directeurs s'imposent à lui même et au delà de lui même aux diverses majorités qui légiféreront à l'avenir en matière d'environnement. Il donne donc à penser que c'est l'absence de consécration constitutionnelle des principes qui a donné lieu à la rédaction de cette formule qui vise à favoriser leur pérennisation comme normes tendant vers un statut "supra-légal et infra-constitutionnel". Cette auto-injonction n'aurait qu'une portée symbolique si elle n'était consolidée par l'origine conventionnelle internationale des principes et par les termes mêmes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui donne aux traités ou accords régulièrement ratifiés une valeur supra législative et infra constitutionnelle⁸²⁸. Il y aurait donc lieu de distinguer au sein du niveau législatif une sorte de hiérarchie interne. Ainsi, de la même manière qu'au sein du niveau réglementaire le Conseil d'État "prône l'assujettissement de l'arrêté ministériel au décret et à l'arrêté interministériel, et celui du décret simple au décret en Conseil d'État"⁸²⁹, le niveau législatif verrait ses dispositions "ordinaires" surplombées par celles qui relèvent de la transposition des "traités ou accords régulièrement ratifiés". Le paradoxe veut pourtant que le Conseil d'État, contrôlant la légalité du décret du 10 janvier 2003 autorisant la Compagnie générale des matières nucléaires à modifier une installation nucléaire de base par rapport au principe d'information qui selon les requérants n'avait pas été respecté, a utilisé comme norme de référence l'article 6 alinéa 2 de la Convention d'Aarhus, dont il a préalablement reconnu l'effet direct, et non le principe d'information et de participation de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement qui a précisément été modifié pour être mis en conformité avec cette convention⁸³⁰.

Ce n'est donc pas une "virtualité" des principes que le législateur a voulu signifier par cette formule, virtualité attachée à certaines normes que le Conseil constitutionnel a pu qualifier "d'objectif(s) que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, qui ne saurai(en)t, en l'état,

⁸²⁶ **F. HAMON, M. TROPER, G. BURDEAU(†)** : "Droit constitutionnel", LGDJ, 27^{ème} édition, Paris, 2001, page 667.

⁸²⁷ "Dès lors, pour que les principes généraux du droit prévalent sur [les décrets], il suffit qu'ils aient valeur supérieure sans qu'il soit nécessaire que cette valeur soit constitutionnelle, – ni même législative, s'il existe dans la hiérarchie des normes juridiques un niveau intermédiaire entre celui de la loi et celui du décret", **R. CHAPUS** : "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", *Dalloz* 1966, chronique, page 100.

⁸²⁸ "Les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

⁸²⁹ **D. DE BÉCHILLON** : "Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation", op. cit., page 94.

⁸³⁰ Voir CE, 28 juillet 2004, "CRILAN et autres", partiellement reproduit et commenté par **V. PICARD** : "Applicabilité directe de la Convention d'Aarhus lors de la modification d'une installation nucléaire de base", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, 12/2004, page 18.

être comme tel(s) susceptible(s) de censure constitutionnelle⁸³¹, pour les faire échapper à son contrôle. Il s'agit bien plutôt d'un phénomène participant d'une manifestation "d'auto-transcendance" dont on a montré plus haut qu'elle s'incarnait de manière topique dans la figure des principes, et qui voit ici la construction d'une référence transcendante supra-législative appuyée sur le droit international⁸³². Le geste du législateur de 1995 constitue bien une tentative de se lier à lui-même par des principes qui ne sont pas totalement autoproclamés puisque prenant leur source en droit international, mais qui sont qualifiés comme des normes surplombantes qui constituent peut-être une forme spécifique de transposition de la soft law. Il faudra mesurer plus loin, lorsque sera venu le moment d'étudier la concrétisation normative des principes, comment les lois environnementales postérieures à 1995 ont donné suite à cette auto-injonction.

3 – Le champ de l'invocabilité des principes de la Charte de l'environnement au regard de leur forme rédactionnelle.

La question de l'invocabilité des principes devant les juridictions ordinaires est essentiellement une question jurisprudentielle. C'est en effet le juge qui au vu de critères qui lui sont propres, considère que telle ou telle norme constitutionnelle peut-être directement invoquée dans le cadre du contentieux horizontal des droits fondamentaux. Pourtant cette invocabilité est parfois considérée comme un attribut exclusif des droits-libertés et refusée aux droits-créances, qui nécessiteraient l'action de l'État. L'analyse du texte des principes de la Charte et leur comparaison avec celui des droits-créances (a) et des droits-libertés (b) faisant partie du bloc de constitutionnalité, celle de la formule des "conditions posées par la loi" (c), révèle les informations textuelles qu'ils contiennent au regard de cette dichotomie.

a – Les principes du droit de l'environnement sont-ils des droits-créances ?

La notion de "droits-créance" est liée aux dispositions du Préambule de 1946, et désigne des garanties que les citoyens sont en droit d'attendre de l'État. On parle parfois à leur sujet de "droits à"⁸³³

⁸³¹ Voir la décision n° 85-196 DC du Conseil constitutionnel du 8 août 1985 précitée, relative à l'évolution de la Nouvelle Calédonie, L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., page 627.

⁸³² Voir dans ce sens Sylvie Caudal : "Quant à [la] valeur juridique[du principe pollueur-payeur], elle est a priori législative : mais dans la mesure où le principe figure au traité de l'Union européenne, il doit se voir reconnaître une valeur supra-législative", S. CAUDAL : "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie", *RJE* 2/2001, page 223, et Christophe Écoche Duval : "Faut-il voir dans le principe de précaution [...] un principe de valeur supra-législative ? Même si une réponse affirmative peut paraître audacieuse à ce jour et eu égard à notre simple ambition de commenter l'arrêt *AFOC*, la question, qui ne manquera pas de se poser tôt ou tard au Conseil constitutionnel, peut mériter un commencement de réflexion. Dans l'ordre international, notamment communautaire [...] ce principe se trouve en effet consacré, et l'article 55 de la Constitution lui confère nécessairement une autorité supérieure à celle des lois. Mais cette autorité ne joue qu'à l'égard de la matière considérée", C. ÉOCHE DUVAL : "Du droit de l'environnement au droit de la santé publique : l'affirmation du principe de précaution", *Droit de l'environnement*, mars 2001, n°86, page 48.

⁸³³ M.A. COHENDET : "Droit constitutionnel", op. cit., page 48.

ou de "pouvoirs d'exiger"⁸³⁴ qui s'exercent à l'égard d'un État "providence". Dans une perspective comparative on peut notamment citer comme représentants de cette catégorie le "droit à la protection de la santé" et le "droit d'obtenir des moyens convenables d'existence" de l'alinéa 11, "le droit à mener une vie familiale normale" tiré de l'alinéa 10, le "droit à l'instruction et à la culture" de l'alinéa 13, le "droit à la solidarité nationale" tiré de l'alinéa 12, ou encore le "droit à l'emploi" de l'alinéa 5⁸³⁵. Ces droits nécessitent une action, et non seulement une abstention de l'État.

Les formes rédactionnelles de ces principes sont marquées par l'usage de certaines formules récurrentes du type : "la nation garantit", "assure, ou" proclame", "tout homme a droit à", "tout travailleur participe". À l'exception de l'alinéa 5, qui précise que chacun a le devoir de travailler, la notion de "devoir" ou la formule "chacun doit" n'apparaît pas dans le Préambule de 1946 et dans l'énoncé de ces "droits-créances". Or la notion de "devoir" est centrale dans la formulation des principes de la Charte, puisque deux des quatre principes issus de la loi Barnier utilisent la formule "toute personne doit", les deux autres utilisant la formule "les autorités publiques veillent" et "chacun à le droit de". Or assurément, les principes de prévention et de réparation des dommages ne s'apparentent pas à aux "pouvoirs d'exiger" qui caractérisent les droits créances. Ils apparaissent bien plutôt comme des obligations de faire, qui s'imposent à tous les citoyens, personnes publiques et surtout également personnes privées, ce qui marque une différence avec les droits-créances qui nécessitent une action de l'État.

Seule la formulation du principe de précaution appelle une action positive des autorités publiques en cas de risque de dommage grave et irréversible à l'environnement. Le principe d'information et de participation apparaissant quant à lui davantage comme un "droit liberté".

b – Les principes du droit de l'environnement sont ils des droits-libertés ?

Les "droits libertés", "droits garanties"⁸³⁶ ou "pouvoirs d'agir"⁸³⁷, sont illustrés par les dispositions de la Déclaration de 1789. Sont notamment cités à ce titre le principe d'égalité de l'article premier, le principe de légalité des délits et des peines et le principe de nécessité et de proportionnalité des peines de l'article 8, la présomption d'innocence de l'article 9, la liberté d'expression et d'opinion de l'article 11, ou encore le droit de propriété de l'article 17.

Reviennent fréquemment dans la formulation de ces principes les expressions "tout homme", "tous les citoyens ont droit" "nul ne peut". Certains de ces droits, comme la propriété et la libre expression, étant préalablement décrits comme "inviolables et sacrés" ou "précieux". La formulation des principes de la Charte en termes de devoirs rend leur assimilation à des droits-libertés très hasardeuse, voire totalement exclue pour les principes de prévention et de réparation puisque loin d'accorder un pouvoir

⁸³⁴ J. RIVERO : "Les libertés publiques", Tome 1 "Les droits de l'homme", PUF, Paris, 1991, page 117.

⁸³⁵ L. FAVOREU (dir.) : "Droit constitutionnel", Précis Dalloz, Paris, 2002, page 803 et s.

⁸³⁶ Ibid., page 816.

⁸³⁷ J. RIVERO : "Les libertés publiques", op. cit., page 117.

d'agir, ils imposent un obligation, ou un "devoir" de faire. La liberté qu'ils dessinent en creux et vers laquelle ils tendent – le droit de vivre dans un environnement équilibré, proclamé à l'article premier – n'étant pas comparable aux droits-libertés de 1789 car elle ne se suffit pas d'une abstention de l'État et n'est guère davantage assimilable à un pouvoir d'agir. Seul le droit à l'information et à la participation de l'article 7 de la Charte pourrait s'apparenter à un droit-liberté, sous réserve de ne pas considérer que sa mise en œuvre nécessite une action positive de l'État, consistant à organiser l'accès aux documents et à mettre en place des procédures de participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement, ce que pourrait laisser entendre la formule "dans les limites et conditions définies par la loi" dont il est assorti.

c – Le sens de la formule : "dans les conditions définies par la loi".

Pour certains commentateurs de la Charte et certains parlementaires, c'est la présence d'un renvoi à la mise en œuvre législative du principe qui conditionne son invocabilité directe. Or l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des juridictions ordinaires montre que cette formule ne détermine en rien l'appartenance des principes à telle ou telle catégorie de droits constitutionnels, ni surtout leur invocabilité directe par les particuliers dans le contentieux horizontal des droits fondamentaux. Le paradoxe veut d'ailleurs que le seul principe de la Charte qui semble nécessiter une action de l'État l'apparentant peut-être à un droit-créance, le principe de précaution, soit dépourvu de cette formule.

Les principes de la Charte de l'environnement semblent donc difficilement assimilables aux différentes catégories de normes constitutionnelles, ce qui confirme une fois de plus leur dimension *sui generis*, qui apparaît donc comme une de leurs spécificités fondamentales.

Section 2 – La difficile mesure de la dimension proprement environnementale de cette spécificité.

Toutes les normes, et *a fortiori* tous les principes juridiques quelle que soit leur nature et la branche du droit où ils se trouvent, comportent une part d'indétermination. Le lien qui pourrait éventuellement être établi entre l'indétermination des principes et le fait qu'ils aient pour objet l'environnement ne renseignerait ni sur la spécificité du droit de l'environnement, puisque toutes les branches du droit ont recours à la technique du principe juridique écrit, ni sur la spécificité des principes environnementaux, puisque tous les principes généraux sont constitués de concepts indéterminés. À bien des égards, et l'examen de la majeure partie des règles du droit de l'environnement le prouve, l'indétermination est

une spécificité du principe juridique, non une spécificité du droit de l'environnement. L'objectif des propos qui vont suivre consiste donc à tenter de montrer ce qui, dans la spécification des principes du droit de l'environnement proposée ci-dessus, *peut résulter proprement d'une détermination environnementale* et ne relève pas de la théorie générale du principe juridique telle qu'elle a pu être élaborée notamment par Ronald Dworkin⁸³⁸ ou par Jerzy Wroblewski⁸³⁹. On s'efforcera ici de montrer qu'il ne faut pas tenir pour acquis le lien qui peut être tracé entre l'indétermination de la notion juridique de principe, ou plus précisément des concepts qu'elle utilise, et le caractère flou, changeant et insaisissable de l'objet environnement, puisque ce lien est attesté par beaucoup d'autres branches du droit qui ont à saisir des objets tout aussi incertains. Les spécificités du principe environnemental sont en effet sans doute des spécificités qui marquent le droit dans son ensemble, mais qui sont plus aisément perceptibles en droit de l'environnement du fait de la jeunesse de son objet, qui est une construction sociale récente.

Certes, si toutes les branches du droit utilisent l'indétermination consubstantielle à la figure du principe juridique, elles répondent en cela à des motifs différents où s'expriment certaines de leurs spécificités. L'usage de l'indétermination des normes en droit pénal ou en droit de la famille ne répond pas en effet aux mêmes fins qu'en droit de l'environnement. À ce titre, mais dans une proportion mesurée, l'on peut avancer tout d'abord que l'objet environnement imprime aux principes une dimension *pédagogique* qui leur est propre, et qui fait pendant au foisonnement des règles techniques qui constituent la majeure partie de ce champ du droit (§ 1). Ensuite cet objet leur imprime une dimension *intersystémique*, qui n'est pas étrangère à une certaine forme "d'écologisation" entée sur la notion d'interdépendances, et liée au statut du réel que ces principes appréhendent. L'accès à ce réel étant, au moins en partie, "médiatisé" par la science et par une série de disciplines sectorielles, les principes facilitent l'orchestration d'un dialogue entre le champ socio-politique et le champ technico-scientifique (§ 2).

§ 1 – L'objet environnement impose aux principes une dimension pédagogique marquée.

La complexité de l'environnement impose l'adoption de principes généraux face à la prolifération de normes très techniques, le plus souvent marquées par la rationalité scientifique, et qui ont besoin de l'expression synthétique des principes pour conserver une intelligibilité globale (A). Sous cet angle, les principes facilitent le dialogue entre le droit et la science (B), et alimentent une sorte de vision stipulative de la réalité qui intègre le pluralisme des vérités (C).

⁸³⁸ Voir R. DWORKIN : "Prendre les droits au sérieux", op. cit., notamment pages 79 à 87.

⁸³⁹ Voir J. WROBLEWSKI : "Le rôle des principes dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique", Intervention au Centre de théorie du droit, Paris X Nanterre, 1983.

A – Vers une plus grande lisibilité des politiques juridiques environnementales : les principes comme outils d'accès au droit.

Les principes permettent de clarifier l'ensemble des politiques juridiques utilisées en matière d'environnement, qu'il s'agisse de la forme classique du code (1), ou de l'arsenal plus complexe et plus fouillé des politiques publiques (2).

1 – Les principes comme clés de lecture synthétique du code.

Comme on l'a montré plus haut les principes ont initialement été adoptés en vue de la codification du droit de l'environnement, il était donc naturel qu'ils fassent écho à toute l'organisation de ce code qui semble en avoir nourri le contenu en vertu d'une forme de "légistique de l'induction". Le résultat final de cette œuvre de codification dessine en effet une structure gradualiste partant des principes généraux qui embrassent l'ensemble de la discipline, vers des sous-principes sectoriels qui les déclinent pour certains domaines, pour aboutir à l'ensemble des règles détaillées qui constituent le corps de la matière. Même si quelques incohérences rédactionnelles dues à une codification à droit constant sont à déplorer, l'architecture logique du code en est rendue plus lisible.

Certains des quatre principes figurant en tête du Livre premier relatif aux "Dispositions communes" sont en effet déclinés au niveau de chaque politique sectorielle – qu'elle soit définie par rapport à un milieu spécifique (l'eau), une activité (la chasse), ou une nuisance (le bruit) – par des sous-principes plus précis. Ainsi l'article L.122-1 relatif à l'étude d'impact constitue-t-il une déclinaison du principe de prévention, que l'on retrouve également au niveau de l'énoncé des objectifs de certaines politiques sectorielles comme la politique de l'eau⁸⁴⁰, de l'air⁸⁴¹, de la chasse⁸⁴², de la pêche en eau douce⁸⁴³, des nuisances acoustiques et visuelles⁸⁴⁴ ou encore les installations classées pour la protection de l'environnement⁸⁴⁵. Similairement, l'on peut considérer de manière certes moins directe que les articles

⁸⁴⁰ "Cette gestion équilibrée vise à assurer : 2° La protection des eaux et la lutte contre toute pollution par déversements, écoulements, rejets, dépôts directs ou indirects de matières de toute nature et plus généralement par tout fait susceptible de provoquer ou d'accroître la dégradation des eaux (...)", article L. 211-1,1,2° du code de l'environnement (extrait).

⁸⁴¹ "Cette action d'intérêt général consiste à prévenir, à surveiller, à réduire ou à supprimer les pollutions atmosphériques, à préserver la qualité de l'air et, à ces fins, à économiser et à utiliser rationnellement l'énergie", article L. 220-1 du code de l'environnement (extrait).

⁸⁴² "Le principe de prélèvement raisonnable sur les ressources naturelles renouvelables s'impose aux activités d'usage et d'exploitation de ces ressources. En contrepartie de prélèvements raisonnés sur les espèces dont la chasse est autorisée, les chasseurs doivent contribuer à la gestion équilibrée des écosystèmes", article L.420-1 du code de l'environnement (extrait).

⁸⁴³ "La préservation des milieux aquatiques et la protection du patrimoine piscicole sont d'intérêt général. La protection du patrimoine piscicole implique une gestion équilibrée des ressources piscicoles dont la pêche, activité à caractère social et économique, constitue le principal élément", article L.430-1 du code de l'environnement.

⁸⁴⁴ "Les dispositions du présent chapitre ont pour objet, dans les domaines où il n'y est pas pourvu, de prévenir, supprimer ou limiter l'émission ou la propagation sans nécessité ou par manque de précaution des bruits ou des vibrations de nature à présenter des dangers, à causer un trouble excessif aux personnes, à nuire à leur santé ou à porter atteinte à l'environnement", article L.571-1 du code de l'environnement.

⁸⁴⁵ "Sont soumis aux dispositions du présent titre (...) les installations (...) qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la

L.331-I concernant les motifs de classement d'une zone en parc national, et L.332-I concernant les motifs du classement en réserve naturelle, déclinent également le principe de prévention au niveau de la protection des espaces naturels. Enfin, l'article L.541-I,1,1° qui mentionne que "Les dispositions du présent chapitre (...) ont pour objet, 1° : De prévenir ou réduire la production et la nocivité des déchets, notamment en agissant sur la fabrication et sur la distribution des produits", met en œuvre au niveau de la gestion des déchets le principe de correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement.

Une technique similaire est employée pour le principe de participation qui est non seulement relayé au niveau des dispositions générales relatives à la participation des citoyens⁸⁴⁶ et aux enquêtes publiques⁸⁴⁷, mais qui bénéficie également d'une déclinaison sectorielle concernant le domaine des déchets⁸⁴⁸, des risques majeurs⁸⁴⁹, des organismes génétiquement modifiés⁸⁵⁰ et de la qualité de l'air⁸⁵¹.

Cette organisation atteste de la proximité de certains principes environnementaux, comme le principe de prévention, avec les principes généraux du droit non écrits, puisque comme ces derniers ils peuvent être induits de l'ensemble des dispositions sectorielles du code de l'environnement dont ils constituent une clé de voûte *a posteriori*. Il faut voir dans cette caractéristique une spécificité qui est issue de la nature même de l'objet environnemental et de l'histoire de sa saisie par le droit, qui a imposé d'abord l'adoption de règles très précises et très techniques, adoptées dans le cadre de politiques sectorielles, et mettant en péril l'intelligibilité de la matière⁸⁵². Comme l'a montré l'analyse des débats parlementaires préalables à leur adoption les principes ont eu pour objectif de "permettre à la société civile de se saisir de la matière et de la faire vivre"⁸⁵³. De fait, les principes environnementaux possèdent cette spécificité d'être mieux connus que les principes généraux de l'éducation ou ceux de la santé publique, qui sont beaucoup plus nombreux, et donc moins concis et moins synthétiques.

La dimension pédagogique des principes environnementaux, qui fait d'eux une véritable clé de lecture du code, est donc bien une spécificité issue de l'objet-environnement qui nécessite de ménager

salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature et de l'environnement(...)", article L.511-1 du code de l'environnement (extraits).

⁸⁴⁶ Chapitre 1 du Titre II du code de l'environnement.

⁸⁴⁷ Chapitre 3 du Titre II du code de l'environnement.

⁸⁴⁸ "Toute personne a le droit d'être informée sur les effets préjudiciables pour la santé de l'homme et l'environnement du ramassage, du transport, du traitement, du stockage et du dépôt des déchets ainsi que sur les mesures prises pour prévenir ou compenser ces effets", article L. 121-1,1 du code de l'environnement.

⁸⁴⁹ "Les citoyens ont un droit à l'information sur les risques majeurs auxquels ils sont soumis dans certaines zones du territoire et sur les mesures de sauvegarde qui les concernent. Ce droit s'applique aux risques technologiques et aux risques naturels prévisibles", article L. 124-2 du code de l'environnement.

⁸⁵⁰ "Toute personne a le droit d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (...) peut avoir pour la santé publique ou l'environnement, dans le respect de la confidentialité des informations protégées par la loi", article L.124-3 du code de l'environnement (extrait).

⁸⁵¹ "Le droit à l'information sur la qualité de l'air et ses effets sur la santé et l'environnement est reconnu à chacun sur l'ensemble du territoire. L'État est le garant de l'exercice de ce droit, de la fiabilité de l'information et de sa diffusion (...)", article L. 124-4 du code de l'environnement.

⁸⁵² "On dirait au fond que plus le droit essaye de coller aux réalités qu'il essaye de modifier, plus il pénètre profondément dans la réalité sociale ou physique, pour l'influencer, plus il perd de sa capacité à la structurer de manière globale", C. A. MORAND : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, op. cit., page 219.

⁸⁵³ M. BARNIER *in* Débats parlementaires, séance du 11 octobre 1994, JORF Sénat, n° 72 S. (C.R.), 12 octobre 1994, page 4119.

une vision globale en utilisant concomitamment des réglementations sectorielles très détaillées. Cette vision est assurée par les principes qui permettent de reconstituer le fil directeur entre toutes les politiques sectorielles grâce à leur vertu compréhensive, c'est à dire leur capacité à rendre compte et à englober tout un champ de l'action politique et juridique. Les principes seraient donc le remède à ce que certains qualifient de "tare congénitale du droit"⁸⁵⁴, qui conduit ce dernier à toujours traiter les problèmes globaux de manière sectorielle. Là aussi cependant il faut reconnaître que la spécificité se dérobe, puisque cette caractéristique – la production d'une synthèse du divers – est inhérente à la dimension transcendante du principe et est à l'origine d'une utilisation similaire, bien qu'exprimée différemment, dans toutes les hypothèses où l'intelligibilité globale d'une discipline fait défaut⁸⁵⁵.

Cette fonction spécifique des principes apparaît encore plus nettement lorsqu'il s'agit de clarifier le paysage bigarré des politiques publiques.

2 – Les principes comme clé de lecture des politiques publiques environnementales.

"L'enveloppe" des politiques publiques environnementales est beaucoup moins clairement identifiable que le code, car elle utilise un arsenal d'outils bien plus varié que les règles conditionnelles. Ces dernières n'entrent en effet en jeu que dans le cadre des instruments coercitifs (autorisations préalables, répression pénale, fixation de seuils, régimes juridiques spécifiques) qui coexistent avec des instruments "persuasifs" (information, formation et pédagogie environnementale, vulgarisation et sensibilisation), des instruments incitatifs (redevances de pollution, aides financières, marchés artificiels) et des instruments infrastructurels (budget des États, fonds européens)⁸⁵⁶.

En constituant les premiers outils de mise en œuvre du développement durable, qui constitue quant à lui un objectif ou un référentiel⁸⁵⁷ des politiques environnementales, les principes environnementaux permettent d'en clarifier la lecture selon une grille thématique. Comme on le verra plus loin ces principes constituent des matrices comportementales, dont la structure logique est à la fois plus complexe et plus riche que celle des règles conditionnelles basées sur le mécanisme conditions/conséquences, et qui peuvent structurer de vastes champs de l'action publique. Si une politique publique se fonde comme le dit Corinne Larrue sur "l'intention de résoudre un problème"⁸⁵⁸, le principe général offre une première matrice d'action qui servira de référentiel à la multitude des

⁸⁵⁴ "On peut en effet se demander s'il n'y a pas une tare congénitale du droit. Tare qui résiderait dans le fait qu'il n'est capable de traiter de phénomènes globaux que de manière sectorielle", C. A. MORAND : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, op. cit., page 220.

⁸⁵⁵ "S'il est vrai que l'évolution actuelle de nos sociétés, la technicité croissante des problèmes, vont dans le sens d'une plus grande complexité, il est non moins vrai que le droit correspondant à cette complexité croissante des situations, à des relations de plus en plus nombreuses, doit être régi par des principes simples", N. NITSCH : "L'inflation juridique et ses conséquences", op. cit., page 179.

⁸⁵⁶ Voir pour une présentation détaillée de ces instruments C. LARRUE : "Analyser les politiques publiques d'environnement", Logiques politiques, L'Harmattan, Paris, 2000, page 90 et s.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, page 80.

⁸⁵⁸ instruments C. LARRUE : "Analyser les politiques publiques d'environnement", op. cit., page 39.

mesures concrètes qui en découleront. Pour ne citer que quelques exemples, la politique de lutte contre les pollutions d'origine agricole comprend plusieurs volets qui articulent les différents principes. Un volet *préventif* est illustré à la fois par la définition de seuils de qualité d'un milieu naturel et de seuils de rejets imposés aux exploitations par le biais d'un système d'autorisation préalable, et par la diffusion de codes de bonne pratiques agricoles. La *correction par priorité à la source* est illustrée par la réglementation de la production et de l'utilisation des déchets d'origine agricole. La *précaution* est illustrée par la motivation du refus d'autorisation d'utilisation de certains produits phytosanitaires. De la même manière que pour le code, les principes ont donc une vertu pédagogique qui permet de repérer de grandes matrices d'action dans le maquis des outils déployés par la politique environnementale.

B – Les principes comme instruments du dialogue entre le droit et la science.

"Médiation du rapport homme-nature sur fond d'expertise scientifique"⁸⁵⁹, "lieu privilégié de rencontre entre le droit et les sciences"⁸⁶⁰, les relations entretenues par le droit de l'environnement et la science ne sont plus à démontrer. Les principes se font l'écho de ces relations dans la mesure où ils permettent une orchestration juridique des évolutions récentes de la vision scientifique, et notamment de ce qu'on a pu qualifier de "pluralisme des vérités". Deux mutations ont conduit à l'acceptation de ce pluralisme en remettant en cause deux paradigmes essentiels auxquels la science était inféodée : le partage entre science et non science, c'est à dire l'extériorité de la science par rapport à la société et au politique, et le partage entre le sujet et l'objet c'est à dire une prétention de la science à l'objectivité⁸⁶¹. En remisant ces acquis modernes, la science admet que la notion de vérité est relative, et qu'elle a trait au contexte socio-politique qui en fait une construction sociale déparée des attributs de l'objectivité.

L'acceptation de ce pluralisme peut être mis en parallèle avec les évolutions formelles du droit telles qu'a pu les décrire Charles-Albert Morand⁸⁶². À une vision cartésienne des sciences basée sur la domination par l'homme d'un monde ordonné, mécanique et prévisible, séparant hermétiquement le sujet et l'objet, correspondait l'idéal juridique de la règle conditionnelle, règle générale et abstraite fondée sur un mécanisme d'imputation et permettant d'anticiper tous les déploiements du réel. La neutralité et l'extériorité du droit prenaient leur source dans l'objectivité de la science, tous deux partageant le même souci de "pureté" par rapport au contexte socio-politique⁸⁶³. Face à un contexte de pluralisme des vérités le droit est sommé de s'adapter, à la fois parce que le modèle du droit moderne

⁸⁵⁹ E. NAIM-GESBERT : "Expertise scientifique et droit de l'environnement", op. cit., page 48.

⁸⁶⁰ S. GUTWIRTH : "Sciences et droit de l'environnement : quel dialogue ?" in F. OST, S. GUTWIRTH (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement", op. cit., page 34.

⁸⁶¹ *Ibid.*, page 23.

⁸⁶² Voir C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., pages 28 et s.

⁸⁶³ "Ainsi le scientifique peut se définir comme la bouche neutre, incolore et passive de l'objet et, à ce titre, bien sûr, il se trouve aussi hors société. Voilà pourquoi la science peut prétendre à l'objectivité et à la vérité et se considérer indépendante des valeurs politiques, sociales, culturelles ou morales", S. GUTWIRTH : "Sciences et droit de l'environnement : quel dialogue ?", op. cit., page 49.

n'est pas adapté au contexte d'incertitude⁸⁶⁴, ensuite parce qu'il y va de la survie du droit face à la science et du maintien d'une possibilité de régulation politique de la science. Dans cette hypothèse, les principes apparaissent comme une figure particulièrement adaptée à cet ancrage nouveau de la science dans la société, dans la mesure où leur configuration logique permet de mettre en balance les visions antagoniques du réel qui s'expriment dans le cadre du pluralisme des vérités⁸⁶⁵. Les notions évaluatives qui y sont substituées à des seuils remplissent cette fonction en renvoyant à l'extérieur de la norme les appréciations valorisantes – "gravité", "irréversibilité", "atteinte" – basées sur des données scientifiques. L'application du principe devient donc prétexte à débat où le juridique orchestre la controverse scientifique en posant des critères acceptés démocratiquement.

C – Les principes comme instruments d'une vision stipulative de la réalité.

Dans cette optique, la parcelle de réalité décrite dans les concepts de la règle n'est pas figée dans une généralité réductrice mais demeure ouverte sur l'évolution des faits et surtout sur la *mesure* de leur évolution⁸⁶⁶. L'objet physique appréhendé par les principes est très général et désigné simplement par le concept "d'environnement". Ce concept est articulé avec d'autres concepts désignant quant à eux un type de rapport avec cet objet qui n'est plus du domaine des objets physiques mais qui est une qualification sociale ou culturelle, une manière de projeter du sens sur cet objet : "dommage grave", "atteinte", "pollution", "incidence importante". Or, la plupart des outils conceptuels qui constituent cette grille d'analyse du réel – une série de variations sémantiques sur la dégradation de l'environnement – reposent non sur des constats factuels simples mais sur des évaluations scientifiques sujettes à des controverses et à des évolutions constantes. Ainsi, il est probable que des faits identiques, potentiellement constitutifs d'un "dommage grave", puissent être considérés différemment à quelques décennies d'écart, ou n'être considérés comme tels que dès lors qu'une technique de mesure suffisamment fine permettra d'attester de leur dangerosité pour l'environnement⁸⁶⁷. Comme le suggère le principe d'Heisenberg la mesure d'un phénomène transforme ce phénomène lui-même et en modifie la perception, faisant de l'observateur un élément perturbateur du phénomène observé. La règle de

⁸⁶⁴ "Le pluralisme des vérités (...) oblige la raison à répondre à ses interrogations ontologiques sur le réel en se référant à des 'mondes possibles' mais sans fournir des copies d'un monde existant depuis toujours", **E. NAIM-GESBERT** : "Expertise scientifique et droit de l'environnement", op. cit., page 46.

⁸⁶⁵ "Ainsi, le pluralisme des vérités permet de concevoir la mise en balance, l'évaluation, la discussion des vérités et intérêts qui sont en jeu", **S. GUTWIRTH** : "Sciences et droit de l'environnement : quel dialogue ?", op. cit., page 30.

⁸⁶⁶ "Il arrive cependant (qu'une norme) comporte des éléments qui ne prennent leur signification qu'à la lueur des données factuelles du cas d'espèce(...). L'influence factuelle de la majeure résulte de l'intégration de données scientifiques et sociales, mais aussi d'intérêts et de valeurs", **J. SOHNLE** : "Le paradigme post-positiviste, ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement", op. cit., page 227.

⁸⁶⁷ "Quant aux métrologues, ils précisent que l'augmentation enregistrée du nombre de substances dangereuses pour les écosystèmes et pour la santé est probablement également due à l'évolution des techniques de mesure. À leurs yeux, il n'est pas exclu que des substances (ou composés) , considérés aujourd'hui comme inoffensives, faute de méthodes de détection *ad hoc*, se révèlent nuisibles le jour où nous disposerons d'appareils de mesure plus appropriés", **P. KNOEPFEL** : "Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité", op. cit., page 145.

droit ne peut donc plus renvoyer une image fixe et définitive du réel puisque celui-ci est sujet à des interprétations évolutives ou controversées, et dans la mesure où la science n'est plus capable d'en proposer une vision définitive, univoque et universelle.

Dans cette optique le principe général organise une vision stipulative⁸⁶⁸ de la réalité, au sens où il ne peut la considérer que comme hypothétique et renvoyer à des textes plus détaillés ou à des pratiques évaluatives extérieures, telles l'expertise judiciaire⁸⁶⁹, le soin d'actualiser la notion de dommage grave, d'atteinte ou d'incidence importante⁸⁷⁰. Le réel ne s'y trouve pas figé comme dans le cadre des règles fixes conditionnelles qui ne nécessitent pas d'appréciation évaluative extérieure, il est au contraire posé comme une hypothèse provisoire nécessitant d'être affinée.

Mais cette dimension pédagogique se double d'une ouverture sur d'autres systèmes, qui répond à la logique de l'intégration de la politique environnementale dans les autres politiques, comme de sa dimension de compromis perpétuel entre des intérêts divergents.

§ 2 – Le dépassement de la logique d'action sectorielle : la dimension intersystémique des principes confirmée par leur constitutionnalisation.

L'environnement est un objet carrefour qui, comme le préconise le principe d'intégration, doit être une préoccupation diffusée au sein de tous les champs de l'action publique et non demeurer un champ isolé. Les principes témoignent de cette contrainte en organisant une forme d'orchestration des intérêts en conflit (A), et en faisant appel à des échelles de valeurs qui permettent de les ajuster (B). La constitutionnalisation des principes semble quant à elle confirmer cette fonction, puisqu'elle contribue à la mise en œuvre de leur intégration dans toutes les branches du droit (C).

⁸⁶⁸ "Définition ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique", **M. TROPER** : "Pour une définition stipulative du droit", *Droits. revue de théorie juridique*, n°10 : "Définir le droit", Tome 1, page 102.

⁸⁶⁹ Définie par Gérard CORNU comme une "mesure d'instruction consistant, pour le technicien commis par le juge, l'expert, à examiner une question de fait qui requiert ses lumières et sur laquelle des constatations ou une simple consultation ne suffiraient pas à éclairer le juge et à donner un avis purement technique sans porter d'appréciation juridique", cité par **E. NAIM-GESBERT** : "Expertise scientifique et droit de l'environnement", op. cit., page 82-83.

⁸⁷⁰ "Le voile d'ignorance qui enveloppe le législateur sur la réalité physique ou sociale qu'il entend réguler l'oblige à travailler avec des principes. En ne prenant qu'un exemple, on constate que le droit de l'environnement en agissant au moyen de principes, diffère le plus longtemps possible l'adoption de règles fixes. Celles-ci n'apparaissent fréquemment qu'au moment où une décision concrète est prise(...). Établie sur la base de connaissances incertaines, de pronostics souvent peu fiables, elle doit pouvoir être modifiée, si les connaissances s'améliorent ou lorsque les pronostics s'avèrent inexacts", **C. A. MORAND** : "La fin des règles fixes", op. cit., page 203.

A – Les principes organisent l'orchestration des intérêts contradictoires.

La dimension transversale de l'objet-environnement imprime aux principes une ouverture qui se distingue de la "généralité" de la plupart des principes législatifs étudiés et recensés plus haut. Le concept de généralité, au sens de "ce qui convient à tous les individus d'une classe"⁸⁷¹, c'est à dire rapporté à la notion de principe comme norme applicable à tous les cas de figure, possède usuellement deux sens. Le premier est formel, et se rapporte à l'étendue de l'espace de validité de la norme dite "générale", et le second est matériel, c'est à dire qu'il concerne sa "fonction constitutive dans un système juridique"⁸⁷². Ces deux dimensions peuvent être dissociées et certains principes législatifs étudiés plus haut ont une généralité au sens matériel du terme, puisqu'ils caractérisent les éléments essentiels d'un champ du droit, mais sont dénués de généralité formelle puisqu'ils ne s'appliquent qu'à un secteur très ponctuel⁸⁷³. Les principes de valeur constitutionnelle en revanche cumulent les deux volets du concept de généralité puisqu'ils sont à la fois matériellement importants pour l'essence du système juridique dans son ensemble, si l'on songe par exemple au principe de "légalité des délits et des peines", et que leur espace de validité est très vaste car bénéficiant d'un statut constitutionnel qui impose leur contenu à toutes les branches du droit, comme par exemple celles qui sont susceptibles de créer des infractions pénales.

Dans cette perspective la "généralité" des principes environnementaux prend une dimension singulière. Si elle est susceptible de s'approcher de celle des principes législatifs sectoriels, disposant d'une généralité matérielle propre à un domaine particulier mais non d'une généralité formelle leur garantissant un champ de validité étendu, elle se double d'une dimension "intersystémique" qui n'est pas présente chez les autres principes. On entend par cette dimension intersystémique la capacité des principes environnementaux à organiser en leur sein la confrontation d'intérêts issus de systèmes différents voire opposés. Sans revenir sur le constat opéré plus haut de la dimension "synchrétique" de ces principes, qui opposent des intérêts contradictoires et posent les critères de leur confrontation, il y a simplement lieu ici de montrer que cette spécificité possède une dimension proprement environnementale.

Comme l'a montré Pierre Lascoumes la plupart des politiques d'environnement peuvent être analysées comme des politiques de "compromis non résolus"⁸⁷⁴ qui fournissent simplement une

⁸⁷¹ **A. LALANDE** : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", op. cit., page 379.

⁸⁷² **B. VITANYI** : "La signification de la généralité des principes de droit", op. cit., page 543.

⁸⁷³ Ainsi par exemple les principes généraux figurant dans l'annexe à la circulaire ministérielle n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés.

⁸⁷⁴ "C'est donc à tort que l'opinion commune perçoit souvent les politiques d'environnement comme des programmes qui protégeraient unilatéralement la nature, la qualité des milieux de vie et les grands équilibres écologiques contre les agressions humaines. En fait, ces ensembles de normes combinent, avec plus ou moins de bonheur, la défense de ces intérêts avec d'autres, radicalement distincts voire contraires (défense de la propriété individuelle, du développement industriel, agricole, scientifique ou touristique). De plus, et contrairement à d'autres secteurs d'intervention sociale plus anciens, les décisions politiques ne tranchent pas le conflit d'intérêts, elles l'explicitent et donnent une méthodologie plus ou moins fine pour le traiter", **P. LASCOUMES** in "L'éco-pouvoir. Environnements et politiques", La Découverte, Textes à l'appui, Série écologie et société, Paris, 1994, page 100.

méthode pour concilier des intérêts divergents. Il est donc naturel que les principes, qui donnent une vision synthétique de la matière, fassent état en leur sein de l'existence du conflit d'intérêts dont le droit de l'environnement est à la fois le théâtre et le médiateur. L'environnement ne pouvant être considéré comme un sujet de droit, le droit de l'environnement est un droit "au nom de l'environnement", assimilable au mécanisme de la stipulation pour autrui, et à ce titre les principes sont une forme de carrefour logique, ou une "clé de répartition" des portes paroles opposés d'un environnement qui, à la différence des salariés en droit du travail, ne peut exprimer lui même ses intérêts propres. En outre, comme on l'a vu plus haut, s'ajoute à cette difficulté celle qui veut que le réel environnemental ne soit accessible que par le biais d'une médiation scientifique qui ajoute aux deux intérêts essentiels en présence (protecteurs et utilisateurs), celui des "interprètes".

C'est donc précisément ce "mutisme" de leur objet qui confère aux principes environnementaux cette spécificité de constituer une matrice d'expression et de conciliation entre des visions intéressées du réel environnemental. En d'autres termes, rédiger des normes environnementales revient à permettre l'expression des intérêts et les visions qui sont portés sur lui, mais cela revient également à les hiérarchiser.

B – Les principes permettent de hiérarchiser les intérêts entre les différents systèmes.

Les principes ne se contentent pas d'énoncer les intérêts en présence – protection de l'environnement, développement économique, information et participation des citoyens – ils tentent également de donner des clés pour leur hiérarchisation. Le principe de proportionnalité est en effet présent en filigrane dans certains des quatre principes et plus explicitement dans le principe de précaution qui s'en sert pour assurer l'adéquation des mesures de prévention avec le risque de dommage grave. D'une manière générale toutes les notions évaluatives et les standards présents dans les principes permettent de hiérarchiser au cas par cas les intérêts en présence. Ainsi l'association du public au processus d'élaboration des projets ayant une incidence "importante" sur l'environnement permet-elle de considérer que plus un projet est potentiellement dommageable à l'environnement plus la participation du public est requise. L'on peut donc en déduire qu'un juge serait fondé, en se basant sur ce principe, à exiger des modalités d'association du public d'autant plus effectives que l'atteinte à l'environnement serait importante. L'usage de la formule "à un coût économiquement acceptable" poursuit un but similaire puisqu'elle permet de mettre en balance la protection de l'environnement, qu'elle soit traduite par des mesures anticipatives ou préventives, et les impératifs de rentabilité économique. Dans le cadre du principe de précaution les critères évaluatifs à disposition des deux intérêts qui s'opposent sont d'une part la "gravité" et "l'irréversibilité" du risque de dommage, et d'autre part "l'acceptabilité" du coût économique des mesures "effectives et proportionnées" qui seront prises

pour les éviter. Dans le cadre du principe de prévention ce sont les "atteintes à l'environnement" qui sont mises en balance avec "l'acceptabilité" du coût généré par les mesures prises pour les prévenir ou pour les corriger à la source.

La constitutionnalisation des principes environnementaux fait disparaître certains de ces éléments donnant prise à une pesée des intérêts, mais celle-ci conduit également à une mise en œuvre du principe d'intégration, en portant l'environnement au sommet de la hiérarchie des normes du droit interne.

C – La constitutionnalisation des principes : mise en œuvre *ipso facto* du principe d'intégration ?

La rédaction constitutionnelle des principes environnementaux fait disparaître certaines des formules qui donnaient prise à des raisonnements de pesée des intérêts. La condition du "coût économique acceptable" des principes de prévention et de précaution n'a pas été remplacée par des formules mettant en relation des intérêts divergents. La raison en est que cette pesée s'opérera par la mise en balance des principes constitutionnels environnementaux avec ceux qui représentent d'autres intérêts ou d'autres valeurs potentiellement contradictoires, comme le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie. En d'autres termes, la portée constitutionnelle des principes permet d'évacuer de leur formulation la représentation d'intérêts divergents puisque ces derniers sont incarnés par le système constitutionnel qui exprime ces intérêts sous forme d'autres principes. Alors que ces intérêts étaient explicites dans la formulation des principes du code, ils sont *systémiques* dans ceux de la Charte au sens où la constitutionnalisation de la protection de l'environnement réalise *ipso facto* le principe d'intégration, le législateur et le pouvoir réglementaire devant désormais respecter cette valeur et la concilier avec les autres valeurs constitutionnellement protégées.

Peut-on tirer comme conclusion de ces propos que les principes environnementaux participent d'une évolution de la notion de légalité au sens large du terme ? Cette dernière, en intégrant en son sein une dimension pédagogique et une dimension intersystémique, abandonnerait la logique sectorielle cartésienne pour s'ouvrir aux impératifs suscités par la science des interrelations qu'est l'écologie. La légalité écologique développerait une aptitude se rendre compréhensible par tous les acteurs sociaux concernés par l'environnement au moyen de principes emblématiques, et une capacité d'ouverture sur d'autres systèmes sociaux impliqués dans la protection de l'environnement. Cette légalité serait donc à la fois une légalité "offensive" et une légalité "séductrice", au sens où elle serait capable de réaliser par ses propres vertus l'intégration de la préoccupation environnementale dans tous les secteurs économiques. L'hypothèse de l'empathie formelle du droit, posée en introduction, trouve ici le lieu d'une certaine vérification, même si elle demeure relativement ténue. Mais pour que cette vérification soit complète il

reste à analyser les principes au prisme de la technique du conceptualisme juridique, qui permet la "mise en catégories" du réel, de manière à mesurer dans quelle mesure la logique des principes sert leur dimension empathique.

Chapitre II – Le conceptualisme juridique au service de l'empathie formelle du droit : les principes généraux comme outils d'une "légalité environnementale".

La confrontation des principes avec la méthode du conceptualisme juridique permet d'analyser en profondeur la structure logique du texte dont ils sont constitués (**Section 1**), pour mesurer la nature de leur implication dans la mise en place d'une variante "environnementale" du principe de légalité qui viendrait corroborer l'hypothèse de l'empathie formelle du droit, c'est à dire qui montrerait que les principes sont le fruit d'une adaptation de la technique de rédaction des normes à l'objet environnemental (**Section 2**).

Section 1 – Les principes environnementaux au prisme du conceptualisme juridique.

Avant d'analyser le fonctionnement logique du texte des principes environnementaux (§ 2) il faudra présenter rapidement la technique du conceptualisme qui forme le socle méthodologique de la rédaction des normes (§ 1).

§ 1 – Le conceptualisme juridique : une technique de schématisation du réel utilisée par le droit.

Tous les procédés d'écriture du droit, qui sont autant de modalités combinables de formulation du volet normatif de la politique environnementale, ont pour point commun de recourir à une "technique mère" caractérisant l'approche juridique dans son ensemble et que l'on a coutume de désigner par le terme de *conceptualisme*. Il faut entendre ici ce terme dans son acception la plus neutre, comme technique d'élaboration de la norme, et non en référence à la controverse doctrinale⁸⁷⁵ qui opposa, sur fond de théorie du service public, l'empirisme ou "l'existentialisme juridique" dont témoignaient les conclusions du Commissaire du gouvernement Chenot sous l'arrêt du Conseil d'État "*Gicquel*" du 10 février 1950⁸⁷⁶, et les "faiseurs de systèmes", "ramenant à des lignes simples le chaos des espèces" dont Jean Rivero s'était fait le défenseur⁸⁷⁷.

Sur un plan strictement méthodologique, le conceptualisme peut être considéré comme l'ensemble des techniques utilisées par le droit pour représenter et encadrer la parcelle de réalité qui fera l'objet de

⁸⁷⁵ Sur cette controverse voir **M. WALINE** : "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", *op. cit.*, en particulier page 362. Dans cette acception "conceptualisme" se rapproche de la définition donnée par **A. LALANDE** au sens A : "Doctrines suivant laquelle les universaux n'existent pas en eux mêmes (ni antérieurement aux choses, ni dans les essences qui constituent celles-ci), mais ne sont que des constructions de l'esprit. S'oppose en ce sens à réalisme" in "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", *op. cit.*, page 162.

⁸⁷⁶ "Cette jurisprudence enfin qui, en ne précisant jamais les motifs théoriques de son choix, laisse dans l'embarras les faiseurs de systèmes, ne nous autorise pas davantage à établir une discrimination selon la nature du service auquel l'acte attaqué se rattache", conclusions du Commissaire du gouvernement Chenot sous "*Sieur Gicquel*", Conseil d'État, 10 février 1950, Recueil page 101.

⁸⁷⁷ Voir **J. RIVERO** : "Apologie pour les faiseurs de systèmes", Dalloz 1951, Chronique, page 99.

son discours prescriptif⁸⁷⁸. Le concept, comme "représentation de ce qui est commun à plusieurs objets"⁸⁷⁹ fournit en effet au rédacteur de la norme un outil synthétique lui permettant de réduire la richesse et la profusion du réel pour disposer de manière générale et abstraite en vue de résoudre une infinité de cas concrets pouvant être potentiellement subsumés sous la règle de droit. Il faut préciser ici, pour rappeler les postulats fixés en introduction, que le concept juridique n'est pas simplement une *représentation* de la réalité mais également une *anticipation* de ses déploiements qui vise à en modifier le cours, puisque les énoncés juridiques n'ont pas simplement un caractère descriptif mais un caractère prescriptif.

L'analyse des principes sous l'angle de cette technique permet de mesurer précisément la nature de leur généralité puisque c'est au cœur de cette opération de mise en concepts que se trouve calculée leur indétermination. L'abstraction et la généralité des concepts est en effet une variable sur laquelle le législateur peut agir à sa guise en utilisant les ressources du langage et en choisissant, au gré des amendements parlementaires, des navettes et d'éventuelles pressions, des termes plus ou moins précis, accompagnés le cas échéant de définitions légales. La simple juxtaposition d'un arrêté de protection de biotope avec l'un des quatre principes du droit de l'environnement suffirait ici à montrer que c'est toute une vision de la réalité elle-même qui s'engouffre dans ce travail de façonnement des concepts par le rédacteur de la norme. La prémisse majeure "environnementale" rédigée sous forme de principe possède des traits caractéristiques qui reposent précisément sur un usage particulier du conceptualisme. La technique de rédaction normative qui consiste à légiférer par principes révèle donc cette vision du réel propre à la problématique environnementale, dont on a vu qu'elle laisse place à l'incertitude et dont on verra qu'elle présente une dimension itérative, pluraliste et progressive. Celle-ci ouvrant la possibilité d'un mode de concrétisation normative du principe qui permet une cristallisation graduelle de la schématisation du réel contenue dans la norme⁸⁸⁰, et qui constitue peut être le point d'orgue d'une véritable spécificité du droit de l'environnement.

Toute règle de droit est un composé de concepts ou de catégories juridiques qui constituent des outils de représentation du réel et d'anticipation des faits. Les concepts juridiques, qu'ils soient précis ou indéterminés, ont toujours un caractère schématique par rapport à la profusion et à la diversité des situations factuelles concrètes qu'ils sont supposés embrasser puisque la règle et la réalité sont semble-t-il séparées par une de "coupure logique entre la contingence du donné et l'abstraction du symbole

⁸⁷⁸ Voir **J. LENOBLE** : "Le conceptualisme conçu comme technique d'élaboration du droit vise cet ensemble de procédés techniques auxquels recourt de manière typique l'auteur de la norme juridique - à tout le moins dans notre système juridique - pour mettre en forme conceptuelle les solutions de politique juridique", in "Introduction aux sources et aux notions générales du droit. La technique juridique et les notions générales du droit", Section 3 - La technique du conceptualisme, Cours de l'Université catholique de Louvain, Faculté de droit, année universitaire 1984-85, page 69.

⁸⁷⁹ Comme le veut la définition donnée par **E. KANT** in "Logique", op. cit., page 99.

⁸⁸⁰ "Le raisonnement formel et déductif d'application de la règle fait désormais place à des ajustements négociés à chacun des stades de sa mise en œuvre, qui apparaît davantage comme une écriture continuée que comme l'exécution de celle-ci", **F. OST** : "La régulation : des horloges et des nuages", in **F. OST** et **B. JADOT (dir.)** : "Élaborer la loi aujourd'hui : mission impossible ?", FUSL, Bruxelles, Bruylant, 1999, page 17.

normatif qui la recouvre⁸⁸¹. Emmanuel Kant précise que pour produire un concept d'arbre à partir de l'expérience d'une diversité d'arbres singuliers, il faut faire abstraction de leurs particularismes respectifs⁸⁸². Le droit, outil de texture mentale et idéale⁸⁸³, ne peut quant à lui en effet prétendre fournir une copie conforme et détaillée de la réalité qui certes permettrait d'en faire un système totalement complet et décidable, mais le condamnerait du même coup à une forme d'inflation mimétique qui lui ferait perdre sa dimension synthétique. Il faut donc s'y résoudre, le droit condense ou schématise nécessairement le réel⁸⁸⁴ en creusant un fossé⁸⁸⁵ dans lequel se déploie, selon la méthode classique, le travail de subsomption des faits sous la norme dans le cadre du syllogisme. Pour appliquer un concept juridique à un fait, il faut que l'organe habilité à opérer le syllogisme d'application du droit retrouve dans les faits les "contours rassurants des concepts juridiques"⁸⁸⁶, autrement dit, pour reprendre l'exemple kantien, qu'il considère que le chêne vert peut bien être rangé sous le concept générique d'arbre. Cette opération de qualification juridique, qui soulève en matière d'environnement des difficultés telles que l'on ne peut plus parler réellement de simple "subsumption", constitue la contrepartie de l'abstraction et de la généralité de la règle.

La connaissance de ce procédé permet d'identifier précisément la structure de l'indétermination des principes du droit de l'environnement. Le législateur peut en effet choisir de doser la densité normative des textes en jouant sur une série de critères. La distinction entre principe et règle fixe ne fait finalement que tracer une frontière entre des normes qui contiennent peu ou pas de concepts indéterminés et celles qui en contiennent davantage voire qui en sont saturées, sachant qu'une règle, aussi précise soit elle, sera toujours tributaire de l'indétermination fondamentale du langage⁸⁸⁷. Il faut donc d'abord accepter que tout concept est flou par nature, au sens où il ne rejoint qu'imparfaitement la richesse du réel et où il est nécessairement "raréfiant"⁸⁸⁸ et schématique par rapport au monde profus et diffus de la factualité. Cependant la lexicologie vient au secours du rédacteur de la norme qui peut choisir des termes de nature à réduire cette indétermination, pour jouer sur un premier niveau de

⁸⁸¹ T. IVAINER : "L'interprétation des faits en droit", Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 30, LGDJ, Paris, 1988, page 28.

⁸⁸² E. KANT : "Logique", op. cit., page 103.

⁸⁸³ P. AMSELEK : "Le doute sur le droit ou la teneur indéfinie du droit", in F. TERRÉ (dir.) : "Le doute et le droit", Institut de formation continue du barreau de Paris, Dalloz, Paris, 1994, page 58.

⁸⁸⁴ Voir J. LENOBLE : "Introduction aux sources et aux notions générales du droit. La technique juridique et les notions générales du droit", Section 3 - La technique du conceptualisme, Cours de l'Université catholique de Louvain, Faculté de droit, année universitaire 1984-85, page 72.

⁸⁸⁵ "Toute formulation de faits conduit à une évocation et une description. Elle conduit forcément à des énoncés imprécis eu égard aux cas juridiques futurs qu'elle est censée réguler, elle a donc besoin d'être concrétisée", F. MÜLLER in "Discours de la méthode juridique", PUF, Léviathan, 1996 (traduction par O. JOUANJAN) page 107.

⁸⁸⁶ J. SALMON : "La construction juridique du fait en droit international", *Archives de philosophie du droit*, Tome 32 : "Le droit international", Sirey-CNRS, 1987, page 140.

⁸⁸⁷ Voir G. CORNU : "Français juridique et science du droit : essai de synthèse" in CENTRE NATIONAL DE LA COMMON LAW EN FRANÇAIS : "Français juridique et science du droit", Bruylant, Bruxelles, 1995, page 15. Voir également J. CAILLOSSE : "Aucun discours juridique - aussi perfectionné et performant soit-il - ne saurait dans le réseau de ses énoncés préfigurer l'état des choses à venir. Tout simplement parce qu'il reste une œuvre de langage soumise aux jeux codés mais incertains des interprètes sociaux", in "Droit et politique, vieilles lunes, nouveaux champs", *Droit et société* n°26/1994, LGDJ, page 134.

⁸⁸⁸ J. LENOBLE et F. OST : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique", op. cit., page 103.

précision que l'on pourrait qualifier de linguistique. À cet égard, les principes du droit de l'environnement font non seulement appel à des termes issus de lexiques diversifiés, c'est à dire qui ne sont pas tous redevables de définitions qui peuvent être fournies par le système juridique lui-même, comme le serait par exemple le "dommage", mais utilisent en outre des termes qui demeurent largement polysémiques, comme les "atteintes à l'environnement" ou la notion de "pollueur". Ensuite, l'opération de conceptualisation elle-même peut revêtir des tours différents selon la relation que l'on désire voir se nouer entre le concept et la parcelle de réalité qui lui correspond. La configuration textuelle des principes, comme on va le voir, leur empêche de prétendre à une capacité d'auto-concrétisation qui reposerait simplement sur les vertus du texte, à la manière des normes quantitatives telles que les *seuils* ou les *listes* pour lesquelles le langage possède un effet de détermination beaucoup plus fort. Le langage des principes ne fournit quant à lui qu'un "effet d'indice"⁸⁸⁹ pour l'organe chargé de sa concrétisation, ce qui ne dispense pas de l'étudier en détail.

§ 2 – Le fonctionnement logique des principes du droit de l'environnement.

C'est par rapport au référentiel logique des normes conditionnelles qu'il faut donc analyser les principes pour mesurer comment ils s'en éloignent (A). Il faudra montrer que ce qui caractérise les principes environnementaux n'est aucunement la *présence de standards* en leur sein, ce qui est le propre de tous les principes, mais bien davantage la *quantité et l'agencement de ces derniers par rapport à la structure logique de la norme* (B).

A – Les principes ne sont pas des normes "conditionnelles".

Une simple analyse des principes par rapport au mode opératoire des normes basées sur le couple conditions d'application / dispositif, révèle que les principes environnementaux du code (1) et de la Charte (2) n'en font pas partie, même si les seconds présentent des conditions d'application qui ont été affinées.

1 – Analyse logique des principes du code de l'environnement.

Pour répondre du modèle classique des normes conditionnelles la règle doit se composer de deux éléments distincts qui viennent articuler le constat d'une situation légale et la prescription qui lui est attachée. Ces deux éléments essentiels sont les conditions, ou "hypothèse légale", et les conséquences

⁸⁸⁹ F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", *op. cit.*, page 247.

ou "dispositif"⁸⁹⁰. La première décrit une situation de fait qui constitue le champ d'application de la norme, la seconde décrit la prescription qui sera assortie à l'occurrence de cette situation. L'analyse des principes au prisme de ce schéma classique montre qu'il est pour eux impraticable puisque pour ces deux éléments leur configuration textuelle n'est pas assez "discriminante" pour permettre la subsomption de données factuelles indépendantes d'autres normes ou d'autres évaluations. La très haute généralité des principes, qui leur permet d'embrasser tout le champ de l'environnement, produit un résultat logique très éloigné du modèle des règles conditionnelles, d'abord parce que leurs conditions sont trop générales (a), ensuite parce que leur dispositif est trop faible (b).

a – L'hyper généralité des conditions

Les "conditions" d'une norme conceptualisent une situation d'application hypothétique devant provoquer, en cas d'imputation ou de correspondance avec les faits constatés, l'application de son "dispositif" ou de ses "conséquences". Le lien permettant de passer du constat de la réalisation concrète des conditions (le déversement de matières toxiques dans un cours d'eau) au déclenchement du dispositif (le versement d'une amende) est capital puisque c'est précisément dans ce lien que réside la spécificité de la "causalité juridique" par rapport à la causalité scientifique. Ces conditions décrivent en général une situation de fait, l'archétype en étant fourni par les règles pénales précisant que tel comportement est puni de telle peine. Ainsi dans la règle suivante, issue de l'article L. 428-I du code de l'environnement les conditions sont exprimées comme suit (nous soulignons) "Est puni de trois mois d'emprisonnement et d'une amende de 3750 euros *le fait de chasser sur le terrain d'autrui sans son consentement, si ce terrain est attenant à une maison habitée ou servant à l'habitation, et s'il est entouré d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins(...)*". Il y a lieu de noter que la présence d'une sanction peut être déterminée par un choix de politique législative qui va conduire soit à intégrer cette sanction dans la règle ("quiconque aura exercé telle activité sans avoir obtenu d'autorisation préalable sera sanctionné de telle peine"), soit à la faire figurer au sein d'une autre règle à laquelle il sera implicitement ou explicitement renvoyé ("pour exercer telle activité toute personne doit déposer une demande d'autorisation préalable, sous peine de sanction"). Au plan normatif, ces deux formulations sont d'effet équivalent⁸⁹¹, si ce n'est que la première est "autosuffisante", alors que la seconde dépend d'une autre norme à laquelle il faut se reporter pour connaître la nature de la sanction. En revanche, au plan de la légistique ces deux normes sont très différentes. La première pose pour *conditions* le fait d'exercer une activité sans avoir obtenu d'autorisation préalable, et pour *dispositif* une sanction. La seconde pose pour *condition* la volonté d'exercer cette activité, et pour

⁸⁹⁰ Les "faits-conditions" et les "faits-conséquences" dans la langue de H. KELSEN : "Théorie pure du droit", op. cit., page 336.

⁸⁹¹ Cet exemple est emprunté à D. RÉMY : "Légistique", op. cit., page 222.

dispositif la nécessité de déposer une demande d'autorisation préalable, sous peine de sanction. Dans la première norme l'obligation de déposer une demande pour exercer une activité est contenue implicitement dans la description d'un comportement négatif : exercer l'activité en cause sans autorisation. La première norme est plus concise et plus "autonome", la seconde est plus didactique mais également plus consommatrice de normes subordonnées, comme celle qui sera nécessaire pour préciser la sanction encourue.

Un simple regard jeté aux conditions des principes montre que leur très haute généralité les rapproche de ces règles didactiques et empêche toute comparaison avec le modèle des règles conditionnelles.

Ainsi pour le principe de précaution les conditions sont définies par "l'absence de certitudes compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment" relatives à "un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement". Généralité oblige, ces conditions ne sont accompagnées d'aucune contextualisation qui les rendraient plus discriminantes mais en réduirait d'autant le champ d'application. Il faut donc en conclure qu'elles désignent toute situation d'incertitude afférente à une problématique environnementale, et susceptible de générer un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement.

Pour le principe de prévention il s'agit des "atteintes à l'environnement", ce qui ramène l'interprète de la norme dans le domaine des certitudes puisqu'à la différence du principe de précaution l'hypothèse ainsi désignée suppose que les atteintes soient connues et probabilisables.

Pour le principe pollueur-payeur il s'agit de l'engagement de "frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci".

Pour le principe de participation il s'agit des "informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses" et des "projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire".

On comprendra aisément que la rançon de la généralité des principes soit la très faible capacité discriminante de leurs conditions d'application. Ce handicap empêche pratiquement de les soumettre à une analyse au prisme du couple conditions/conséquences puisque l'identification des situations réelles d'occurrence de leurs conditions désigne des phénomènes très vagues et très peu contextualisés. Un résumé des situations de fait visées par les conditions des quatre principes désignerait une forme de synthèse très générale des phénomènes qui ont donné lieu aux développements du droit de l'environnement : risques de dommages irréversibles, atteintes avérées à l'environnement, coût généré par la lutte contre la pollution, nécessité de donner aux citoyens l'accès aux informations relatives à l'environnement.

b – La faiblesse du dispositif

D'une manière similaire, le second élément qui compose les normes conditionnelles possède aussi dans le cas des principes une dimension particulière. Le dispositif énonce l'effet juridique – interdiction, permission, obligation de faire ou de s'abstenir – qui est imputé à la réalisation concrète et constatée des conditions de la règle considérée. Il caractérise la dimension prescriptive du droit par rapport à la causalité scientifique qui permet quant à elle d'anticiper un phénomène à partir de données d'observation.

Pour le principe de précaution il s'agit de "ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement". Le statut du risque de dommage grave et irréversible est ambigu dans le cadre de cette grille d'analyse puisqu'il participe à la fois du dispositif, en définissant la finalité des mesures effectives et proportionnées, et des conditions, puisqu'une incertitude n'est susceptible de déclencher l'application du principe que si elle concerne un tel risque de dommage.

Pour le principe de prévention il s'agit de "l'action préventive et de la correction par priorité à la source", ce qui fait de ce dernier le plus général et le moins discriminant des principes du droit de l'environnement.

Le principe pollueur-payeur est plus précis en précisant que les frais décrits dans les conditions "doivent être supportés par le pollueur".

Le principe de participation, enfin, précise que "chacun doit avoir accès" aux informations décrites dans les conditions, et que "le public est associé au processus d'élaboration" des projets.

De la même manière que pour les conditions décrites plus haut, un résumé synthétique du dispositif des principes désignerait la plupart des techniques d'action déployées dans la politique environnementale depuis ses origines : vigilance par rapport au statut des connaissances scientifiques dans le cadre de certains risques de dommages non prévisibles, systématisation d'une lutte anticipée contre les dommages prévisibles, imputation curative et dissuasive des frais de lutte contre la pollution à ceux qui en sont responsables (c'est à dire refus de considérer la pollution comme une charge publique dont tout contribuable devrait assumer une part), transparence des procédures de décision et prise en compte des intérêts des citoyens en dehors et au delà du cadre du mandat représentatif par des procédures de participation.

La mise en perspective de ces deux synthèses qui offrent une vision très condensée et très générale des fondements et des formes de la politique juridique environnementale révèle que, de toute évidence, c'est bien plutôt du côté de la notion de *standard* qu'il faut rechercher les outils théoriques permettant de comprendre le fonctionnement logique des principes.

2 – Analyse logique des principes de la Charte de l'environnement.

Si les conditions des principes de la Charte semblent plus homogènes et plus précises que celles des principes du code (a), le dispositif est tout aussi faible, notamment en raison du renvoi à des précisions législatives⁸⁹² qui constituent une nouvelle variante du rejet hors de la norme de certaines appréciations (b).

a – Des conditions homogénéisées et affinées.

L'un des intérêts de la rédaction des principes de la Charte est d'avoir mis fin à l'hétérogénéité et au flou des conditions qui figuraient dans les principes du code de l'environnement. Alors que ces dernières n'étaient pratiquement pas identifiables et désignaient des situations objectives "d'atteinte à l'environnement", de "frais résultant des mesures de lutte contre la pollution", ou de "risque de dommage grave et irréversible à l'environnement", les principes de la Charte ont le mérite de désigner clairement les destinataires d'une obligation, ou pour reprendre les termes de la Charte, d'un "devoir". Ainsi l'on trouve pour trois des quatre principes la désignation de *toute personne* comme formulation du premier membre des conditions d'application. Cette rédaction indique clairement que personnes privées et publiques en sont redevables au même titre. Ce point de départ homogène est décliné ensuite dans les conditions de chacun des principes, que l'on prendra la liberté de reformuler pour les faire apparaître plus clairement.

Le principe de prévention possède comme conditions d'application les *atteintes que toute personne est susceptible de porter à l'environnement*. Cette formulation, qui est enrichie par rapport à celle du principe du code, laisse dans le flou la question de l'appréciation de ces atteintes, qui doit être anticipée par la personne susceptible de les générer. C'est donc le risque certain de survenance d'une atteinte, anticipée par son auteur potentiel (ou par une autorité habilitée ?) qui déclenche l'application du principe.

Le principe de réparation, possède pour conditions d'application les *dommages causés à l'environnement par toute personne*. L'économie du principe est ici très différente du principe pollueur-payeur du code puisque ses conditions sont constituées des *dommages* eux mêmes et non des *frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci*. Il faut entendre *in fine* qu'il s'agit de dommages avérés, ce qui obère la fonction préventive et dissuasive que possédait le principe issu de loi Barnier et des travaux de l'OCDE. Il faut y lire également un souci de systématisation

⁸⁹² Qui certes étaient présentes également dans le code de l'environnement, mais par le biais d'un renvoi global, les principes devant "inspirer" la politique de l'environnement "dans le cadre des lois qui en définissent la portée", et non au sein même de leur énoncé comme c'est le cas dans la Charte de l'environnement du premier mars 2005.

des principes qui semble renforcer la logique de corpus devant attribuer à chacun d'entre eux une fonction spécifique, sans cumul possible. Pourtant il y a lieu de s'interroger, dans une perspective comparative avec les principes du code, de la situation juridique qui est réservée à l'imputation du coût des mesures de prévention des atteintes à l'environnement. Le principe de réparation ne concernant que les dommages avérés, et non les mesures de prévention des dommages, ces dernières semblent donc tout simplement être sorties du champ juridique du principe, ce qui donne à penser que c'est au contribuable de s'acquitter de cette charge.

Le principe de participation et d'information bénéficie également de la formule "toute personne", déclinée ensuite sur le mode du "droit à". L'objet de ce droit, qui forme les conditions d'application du principe, étant *les informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques, et les décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement*. Seul le champ public est donc concerné par ce dispositif.

Le dispositif du principe de précaution conserve une formulation plus proche de celle du code de l'environnement, puisque le dispositif est constitué d'une situation objective qui fait peser une obligation sur les autorités publiques, et non sur "toute personne". Le principe se déclenche au cas de *réalisation incertaine (en l'état des connaissances scientifiques) d'un dommage qui pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement*. Il faut noter la disparition du concept de "risque" au sein de ce dispositif, remplacé par celui de "réalisation incertaine".

Sauf pour le principe de précaution les conditions d'application des principes de la Charte sont donc affinées par rapport à la rédaction issue de la loi Barnier. Le dispositif en revanche se trouve affaibli par la référence à la mise en œuvre législative de trois des principes au sein même du texte, et non par une formule périphérique comme cela était le cas dans le code de l'environnement.

b – Un dispositif affaibli par la référence à une déclinaison législative.

Le dispositif des principes de la Charte est très concis, tenant la plupart du temps à un verbe, qui représente le concept à l'œuvre dans le principe en cause. C'est ainsi que l'on voit ressurgir sous forme verbale les notions de prévention, de participation, d'accès à l'information qui constituent les concepts clés du droit de l'environnement.

Le dispositif de principe de prévention se résume ainsi à "*doit prévenir (...)ou, à défaut, limiter les conséquences*", celui du principe de réparation se résume à "*doit contribuer à la réparation*", celui du principe d'information devient "*a le droit d'accéder*", et celui du principe de participation "*à le droit de participer*". Le dispositif du principe de précaution, qui ne concerne que les autorités publiques, se trouve considérablement détaillé par rapport aux trois autres principes et précise quant à lui "*veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaine d'attribution, 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". Il y a lieu de noter dans cette formulation l'apparition du verbe "veiller" parmi les différentes formes juridiques de la contrainte, substitué au verbe "devoir" des principes de prévention et de réparation. Le dernier membre de phrase finalise le dispositif en précisant qu'il s'agit de *parer à la réalisation du dommage*.

Pour les principes de prévention, de réparation des dommages, de participation et d'information une formule de renvoi à une mise en œuvre législative du principe vient affaiblir considérablement la portée du dispositif. Cette formule, qui précède l'énoncé du dispositif mais qui vaut pour l'ensemble du principe, précise que ses conditions de mise en œuvre seront *définies par la loi*. Le principe de participation et d'information étant quant à lui complété par la formule "dans les conditions et les limites définies par la loi". La formulation des principes apparaît, du fait de cette formule, comme imparfaite, et semble en faire des normes non autonomes, ayant besoin d'une concrétisation législative pour devenir opérationnelles. Cette formule joue le même rôle que les standards mais en renvoyant à l'extérieur de la norme non une appréciation valorisante que réalise le juge, mais les conditions mêmes de son applicabilité qui sont comme "en suspens". Le renvoi à une déclinaison législative du principe précisant en effet que les conditions sont *définies* et non *précisées* par la loi. Quoi qu'il en soit, il faut rappeler ici que cette indication du constituant ne préjuge aucunement de la liberté d'interprétation du juge, qui pourrait très bien décider que ces principes ne sont pas conditionnés par des développements législatifs. En outre, si l'*applicabilité* de ces trois principes peut sur le fondement de cette mention être considérée comme conditionnée, ce n'est nullement le cas pour leur *opposabilité* et pour leur *invocabilité*. La formulation du droit de grève à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, qui est formulé en des termes très vagues et qui mentionne qu'il s'exerce "dans le cadre des lois qui le réglementent", n'ayant pas été considéré par le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires comme un obstacle à son opposabilité et à son invocabilité directe.

Les principes environnementaux ne répondent donc pas au modèle de la règle conditionnelle autosuffisante, puisqu'ils nécessitent une appréciation valorisante pour être appliqués à des situations concrètes. Cette caractéristique, dont la référence constitutionnelle à une déclinaison législative n'est qu'un avatar, puisqu'elle reporte sur une autre autorité l'actualisation de la norme, conduit à affilier les principes au monde des standards juridiques. Mais par le biais d'un changement d'échelle qui les met en relation avec l'ensemble du droit de l'environnement, il est possible de les caractériser comme des "macro-standards".

B – Les principes environnementaux sont des "macro-standards".

Certains auteurs n'ont pas hésité à qualifier le principe de précaution du code de l'environnement de nouveau "standard de jugement"⁸⁹³. Une telle analyse, qui néglige le changement d'échelle qui la sous-tend, devrait plutôt conduire à considérer les principes non comme des "standards", tels ceux qui ponctuent çà et là le contenu de certaines règles, comme la "bonne foi" ou le "dommage grave", mais comme des "macro-standards" à l'égard de l'ensemble du système juridique environnemental lui-même. Ce changement de référentiel permet d'opérer une comparaison entre les fonctions d'un standard disposé au sein d'une norme par le législateur pour l'ouvrir sur des critères extra-juridiques, et celles d'un macro-standard placé à la tête d'un champ ou secteur du droit pour l'ouvrir sur d'autres systèmes sociaux et pour opérer à un degré que l'on pourrait qualifier "d'intersystémique".

1 – Standards et fonctionnement logique des principes.

Le principe écrit est une norme "saturée" de standards et de notions à contenu variable, ce qui le distingue de la règle sans que l'on puisse établir une limite franche dans le passage de l'un à l'autre (a). Mais les principes environnementaux offrent la spécificité de répartir ces standards de manière très homogène en leur sein, et notamment au niveau du dispositif où ils sont en général peu présents (b), ce qui n'est que partiellement confirmé par la Charte de l'environnement (c).

a – Principe ou règle fixe : une question de standards et de notions à contenu variable

L'outil de la synthèse conciliatrice entre la dimension représentative des principes et leur dimension normative est le recours massif aux standards juridiques et aux notions à contenu variable, qui évacuent la normativité du principe vers les autorités de concrétisation ou "d'application" du droit. Une norme rédigée en termes de seuils comporte déjà en son sein une appréciation évaluative qui cristallise une assertion scientifique, celle qui consiste à considérer que le risque de dommage est "grave" si le seuil quantifié est dépassé. Ainsi l'appréciation n'a plus à être réalisée par l'autorité qui applique la norme puisque le simple constat factuel du dépassement du seuil entraîne *ipso facto* l'établissement de la gravité du dommage et sa conséquence juridique. Telle est l'hypothèse de fonctionnement de certaines normes très répandues en droit de l'environnement et que l'on qualifie de "normes quantitatives", procédant par dénombrement comme en matière de lutte contre les émissions polluantes. Ces normes se suffisent du syllogisme comme procédé logico-formel de concrétisation⁸⁹⁴, puisqu'elles sont en

⁸⁹³ Voir P. LASCOUMES : "La précaution : un nouveau standard de jugement", *Esprit*, novembre 1997, pages 132 et 133.

⁸⁹⁴ Voir F. MÜLLER : "Discours de la méthode juridique", *op. cit.*, page 107.

quelque sorte axiologiquement autonomes, et n'entraînent pas le besoin pour l'autorité décisionnelle de peser concrètement et au cas par cas les intérêts exprimés dans la règle, ces pesées étant déjà "pré-décidées". Un exemple peut être trouvé de cette technique de formulation de la norme dans l'article L. 218-32 du Code de l'environnement concernant les rejets d'hydrocarbures liés aux activités d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles du plateau continental : "Les rejets qui résultent directement des opérations d'exploitation, y compris le stockage, ne peuvent avoir une *teneur moyenne en hydrocarbure supérieure à 20 parties par million*, ni avoir pour effet de déverser dans la mer un *volume moyen d'hydrocarbures supérieur à 2 centilitres par jour et par hectare* de la surface du titre d'exploitation". L'opération de qualification juridique des faits se confond presque ici avec leur qualification matérielle.

L'hypothèse des principes juridiques est radicalement inverse. Contrairement à ce qui a pu être dit à leur sujet les principes sont précisément l'inverse d'un droit "bavard" mais au contraire un droit "taciturne" et rédigé tout en retenue. Les principes comportent peu d'appréciations axiologiques, c'est à dire de prises de position en faveur de tel ou tel intérêt légitime, et se contentent d'énoncer l'existence de ces intérêts, comme ceux qui se profilent derrière le "coût économique acceptable", les "connaissances techniques et scientifiques du moment", ou encore "chacun a accès à l'information", et de donner des indications pour leur hiérarchisation au cas par cas par le biais du principe de proportionnalité. Mais les principes ne sont pas intrinsèquement porteurs de choix très radicaux, ce qui serait davantage le cas s'ils fixaient des préférences définitives entre différents intérêts protégés par le droit. Ils constituent simplement des techniques de formulation et de pondération des intérêts en présence, et précisent leur lien avec des phénomènes comme le "risque de dommage", les "atteintes à l'environnement", la "pollution" ou encore les "activités dangereuses". Ce sont donc des *prismes procéduraux* permettant de saisir et de gérer une réalité environnementale complexe mêlant des phénomènes objectifs – ou objectivés par un discours qui formule des prétentions à la vérité – et des intérêts divers qui sont en conflit. Ce n'est qu'au moment de la concrétisation textuelle ou décisionnelle des principes que cette mise en balance est effectuée de manière concrète et progressive, en fonction des circonstances de l'espèce.

Pourtant cette hypothèse, à y regarder de plus près, n'est pas propre au principe car les normes engendrant une prévisibilité absolue et assurant une sécurité juridique parfaite, sont finalement assez rares en droit de l'environnement, même si certains de ses secteurs techniques en sont saturés. À bien des égards et *a fortiori* en matière environnementale la sécurité juridique est un idéal, ce dont Hans Kelsen témoignait d'ailleurs en clôture de sa "Théorie pure du droit"⁸⁹⁵. Dans la majeure partie des cas la règle juridique laisse en effet au juge ou au décideur le soin d'opérer des appréciations évaluatives. Il

⁸⁹⁵ "L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation *exacte* ou *vraie*. C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de la sécurité juridique. Or, étant donné l'ambiguïté qui affecte, plus ou moins, la plupart des normes juridiques, cet idéal n'est réalisable qu'approximativement", H. KELSEN : "Théorie pure du droit", op. cit., page 342.

faut y voir les limites du conceptualisme juridique, et l'impossibilité de fixer *a priori* dans la règle de droit tous les déploiements possibles de la réalité. Si les règles fixes sont certes abondantes en matière de normes d'émission, elles laissent place aux règles floues dès qu'intervient la mise en œuvre d'une critériologie. Ainsi les motifs de classement d'un espace en réserve naturelle⁸⁹⁶, ou d'adoption d'une directive paysagère⁸⁹⁷ présentent-ils très peu de notions objectives et quantifiables et beaucoup de notions à contenu variable du type "territoires remarquables", "intérêt paysager" ou "importance particulière". À cet égard, un recensement exhaustif de ces standards environnementaux et de leur fonctionnement contentieux confirmerait sans doute le singulier mode d'élaboration du droit de l'environnement par hybridation subtile de notions juridiques très classiques avec des préoccupations d'écologisation du droit. Ainsi l'usage de ces standards montrerait qu'ils ne font que mettre ces notions traditionnelles au service de la finalité environnementale, la subsidiarité permettant à une autorité locale d'apprécier *in concreto* les critères énoncés sous forme de notions à contenu variable dans le texte de portée générale, l'avis consultatif permettant à une commission de les apprécier collégalement, et l'incompétence négative déléguant la mise en œuvre de ces critères à des instances scientifiques associées au processus décisionnel.

La transposition de la ligne de partage dworkinienne entre principe et règle fixe⁸⁹⁸ en droit de l'environnement révélerait que ces deux figures y sont largement archétypales et ne se rencontrent qu'aux deux extrêmes d'un très vaste ensemble dont la majeure partie est constituée de règles "mixtes", comportant à la fois des standards et des seuils quantifiés, des critères vagues et des notions à contenu variable⁸⁹⁹. La place des règles fixes en droit de l'environnement n'est donc pas aussi massive qu'un premier regard le laisserait supposer ; l'indétermination et la généralité, souvent présentées comme l'apanage des principes, concernent en réalité la grande majorité des règles environnementales et à tout le moins celles qui nourrissent la partie législative du code. L'appréciation de la spécificité des principes se rapporte donc à une question de degré, jusqu'à atteindre le niveau où se produit cet effet de saturation qui résulte de la présence massive des standards, au point d'en bouleverser l'équilibre logique de la norme. Par souci de justesse il faut donc s'éloigner de la dichotomie dworkinienne pour étudier non plus *un* mais *deux* clivages, afin d'isoler les moments de basculement entre la figure de la règle fixe quantifiée et celle du principe. Deux "franges" se révèlent alors cruciales pour comprendre la structure textuelle du principe par rapport aux autres normes du droit de l'environnement. Une première transition opère le passage de la règle fixe quantifiée à la règle comportant des notions évaluatives, et une seconde opère le passage de cette règle évaluative au principe. Entre ces deux extrêmes se situe la grande majorité des normes dont le droit de l'environnement est constitué ; ni

⁸⁹⁶ Voir l'article L. 332-1. - I du Code de l'environnement.

⁸⁹⁷ Voir l'article L. 350-1. - I du Code de l'environnement.

⁸⁹⁸ Voir R. DWORKIN : "Prendre les droits au sérieux", op. cit., page 80.

⁸⁹⁹ Voir dans ce sens, et pour une tentative de constitution d'une échelle de la densité normative C. THIBIERGE : "Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit", op. cit., page 623 et page 628.

principes ni règles, mais "objectifs législatifs"⁹⁰⁰, "principes sectoriels"⁹⁰¹, "définitions légales"⁹⁰², "objectifs d'un document de planification"⁹⁰³, "exposé des intérêts devant être pris en compte pour motiver une mesure de protection"⁹⁰⁴, "critères d'appréciation". C'est grâce à cette nuance qu'il est possible de saisir l'"hyper-généralité" des principes, c'est à dire leur généralité radicale, d'un degré évidemment très supérieur à celle des règles fixes quantifiées, mais également supérieur à celle de la plupart des règles évaluatives courantes.

b – Un usage spécifique des standards et des notions à contenu variable au sein des principes du code de l'environnement ?

L'étude de la structure textuelle de ces normes en partant des bases de la méthodologie classique qui décompose la règle en deux éléments, les *conditions* et le *dispositif*, a montré que le degré de généralité des règles résulte non seulement de la présence plus ou moins importante de standards et de notions à contenu variable au sein de la norme, mais également de leur fonction logique. Il y a lieu de rappeler ici en effet que le standard est une technique rédactionnelle ponctuelle, qui peut coexister au sein d'une norme avec des critères plus déterminés. La spécificité du principe étant caractérisée par leur *présence saturante et quasi exclusive*, tant au niveau du dispositif que des conditions.

Toute norme comporte une part d'indétermination. Les tentatives d'établir une limite franche entre les normes précises et les normes floues sont vouées à l'échec car l'indétermination est à bien des égards une question de *degrés*, une caractéristique du langage lui-même. La norme est indéterminée parce qu'elle utilise des termes flous qui ne permettent pas aisément d'opérer des qualifications juridiques. En outre, l'indétermination a des conséquences distinctes selon qu'elle concerne un énoncé descriptif, dont elle constitue une limite à la vérifiabilité complète, ou un énoncé prescriptif, dont elle constitue une limite à la subsomption des cas concrets sous les conditions ou "cas d'espèce abstrait

⁹⁰⁰ Voir l'article L. 571-1. du Code de l'environnement relatif à la lutte contre le bruit : "Les dispositions du présent article ont pour objet, dans les domaines où il n'y est pas pourvu, de prévenir, supprimer ou limiter l'émission ou la propagation sans nécessité ou par manque de précautions des bruits ou des vibrations de nature à présenter des dangers, à causer un trouble **excessif** aux personnes, à nuire à leur santé ou à porter atteinte à l'environnement".

⁹⁰¹ Voir l'article L. 420-1. alinéa 2 du Code de l'environnement concernant la chasse : "Le principe de prélèvement **raisonnable** sur les ressources naturelles renouvelables s'impose aux activités d'usage et d'exploitation de ces ressources. En contrepartie de prélèvements **raisonnés** sur les espèces dont la chasse est autorisée, les chasseurs doivent contribuer à la gestion équilibrée des écosystèmes(...)".

⁹⁰² Voir l'article L. 220-2 du Code de l'environnement définissant la pollution atmosphérique : "Constitue une pollution atmosphérique au sens du présent titre l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, dans l'atmosphère et les espaces clos, de substances ayant des conséquences **préjudiciables** de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes, à influencer sur les changements climatiques, à détériorer des biens matériels, à provoquer des nuisances olfactives **excessives**".

⁹⁰³ Voir l'article L. 212-1. du Code de l'environnement : "Un ou des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux fixent pour chaque bassin ou groupement de bassins les orientations **fondamentales** d'une gestion **équilibrée** de la ressource en eau, telle que prévue à l'article 211-1"

⁹⁰⁴ Voir l'article L. 331-1. du Code de l'environnement concernant les parcs nationaux : "Le territoire (...) peut être classé par décret en Conseil d'État en parc national lorsque la conservation de la faune, de la flore, du sol, du sous sol, de l'atmosphère, des eaux et, en général, d'un milieu naturel présente un intérêt **spécial** et qu'il importe de préserver ce milieu contre tout effet de dégradation naturelle et de le soustraire à toute intervention artificielle susceptible d'en altérer l'aspect, la composition et l'évolution(...)".

préfiguré par une disposition"⁹⁰⁵. Les standards et notions à contenu variable, en tant que locutions floues, communiquent une certaine indétermination *a priori* à la norme, selon des modalités qui dépendent de leur disposition par rapport à sa structure traditionnelle, c'est à dire comme on l'a vu au sein du tandem "conditions/dispositif".

D'une manière générale les standards concernent presque exclusivement la partie conditionnelle de la norme, qui a pour but de décrire une situation en vue de l'attirer dans le champ normatif, et dont la vérification permet d'appliquer ses conséquences contraignantes ou "dispositif". C'est donc au stade de la désignation d'un phénomène, auquel seront attachées des conséquences légales, que le législateur environnemental utilise le plus massivement les standards, le dispositif étant en général rédigé en termes plus précis. La lecture des principes indique en revanche que les standards y sont dispersés de manière homogène au sein de la norme, y compris au sein du dispositif.

Ainsi le principe de précaution comporte quatre standards répartis de manière homogène, les notions d'*absence de certitudes*, les connaissances scientifiques et techniques *du moment* et le dommage *grave et irréversible* dans les conditions, et celles de mesures *effectives et proportionnées*, à un coût *économiquement acceptable* au sein du dispositif. L'ouverture de la norme sur l'extérieur est ici rendue maximale par une saturation de standards, puisque chacune des étapes de sa mise en œuvre – réunion de ses conditions d'application, déclenchement du dispositif – nécessitent une opération d'évaluation en fonction de critères qui ne sont pas fournis par le principe lui-même.

Le principe de prévention présente la même structure et la même présence massive de standards. Son dispositif comporte la notion de correction *par priorité* à la source à un coût *économiquement acceptable* et en utilisant les *meilleures techniques disponibles*, les conditions étant composées d'un standard environnemental, les *atteintes à l'environnement*, qui ne possède pas une forme prédicative, l'atteinte n'étant pas assortie des prédicats "grave" ou "significative".

Le principe pollueur-payeur ne comporte pas de standards mais uniquement des notions à contenu variable, comme les *mesures* ou la notion de *pollueur*.

Le principe de participation possède deux standards, dont l'un a été ajouté par la nouvelle rédaction issue de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, celui des incidences *importantes* sur l'environnement ou l'aménagement du territoire qui concerne les conditions, et l'autre concerne les activités *dangereuses*.

c - La disparition des standards au sein des principes de la Charte de l'environnement

La reformulation des principes environnementaux à l'occasion de leur constitutionnalisation s'est opérée au détriment de certains standards qui ont été purement et simplement supprimés. Seul le

⁹⁰⁵ F. OST et C. LUZZATI : "Indétermination" in A.J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 296.

principe de précaution conserve une formulation qui répartit les standards dans les conditions et le dispositif, avec la notion de dommage *grave et irréversible*, et de mesures *provisoires et proportionnées*. Pour les autres principes, les notions d'incidences *importantes*, de *meilleures techniques disponibles*, de *coût économiquement acceptable*, et les activités *dangereuses* disparaissent.

Pourtant les principes conservent des notions à contenu variable comme les notions d'*atteintes à l'environnement*, et d'*incidences à l'environnement*. Ce constat est de nature à créer une interrogation sur la qualité de "principe" attachée aux normes figurant aux articles 3, 4 et 7 de la Charte. Seul le principe de précaution correspond à la définition du principe comme norme saturée de standards. Il y a lieu de noter également que parmi les principes du code de l'environnement le principe de précaution était le plus massivement constitué de standards et que c'est également le principe qui a reçu une application juridictionnelle la plus importante.

En outre, il faut considérer que la formule "dans les conditions définies par la loi" joue le même rôle que les standards et les notions à contenu variable mais qu'elle vise une autre autorité subordonnée que le juge, classiquement visé par les standards. C'est ici le législateur qui est censé venir opérationnaliser la norme, non en la confrontant aux faits réels qui sont saisis par un juge, mais en la confrontant au "classes hypothétiques de faits" que sont les secteurs et champs d'applications dans lesquels des textes législatifs viendront affiner les principes en vue de leur application.

2 – L'économie du macro-standard : l'énoncé du *modus operandi* du droit de l'environnement.

Les quatre principes du code de l'environnement définissent des hypothèses très générales synthétisant les grandes problématiques environnementales. Celles-ci leur tiennent lieu de *conditions* : risques non probabilisables, dommages prévisibles, frais générés par la prévention et la lutte contre la pollution, décisions ayant un impact important sur l'environnement et l'aménagement du territoire, informations relatives à l'environnement et aux substances et activités dangereuses susceptibles d'intéresser les citoyens. Leur volet prescriptif définit tout aussi généralement des matrices comportementales qui répondent à ces hypothèses en tenant lieu de *dispositif* : adoption de mesures effectives et proportionnées à un coût économiquement acceptable, adoption de mesures préventives et de correction par priorité à la source en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable, imputation des frais au pollueur, accès pour chacun aux informations relatives à l'environnement et association du public au processus d'élaboration des projets.

Les principes de la Charte de l'environnement fournissent une structure légèrement différente. Les grands problèmes environnementaux y apparaissent certes d'une manière sensiblement identique : atteintes prévisibles à l'environnement, dommages effectivement réalisés, risques incertains pouvant affecter l'environnement de manière grave et irréversible, informations relatives à l'environnement

détenues par les autorités publiques, décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Mais les mesures à adopter face à ces problématiques, qui apparaissent à la lecture du dispositif des principes, apparaissent à la fois comme simplifiées et mieux ciblées par rapport à celles des principes du code : devoir pour toute personne de prévenir les atteintes potentielles, devoir pour toute personne de contribuer à la réparation des dommages, mise en œuvre par les autorités publiques de procédures d'évaluation des risques incertains et adoption de mesures provisoires et proportionnées pour parer à la réalisation du dommage, droit pour toute personne d'avoir accès à l'information, droit pour toute personne de participer à l'élaboration des décisions.

Chacune des règles détaillées issue du corpus du droit de l'environnement répond d'une de ces grandes matrices. Les principes, en tant que macro-standards, permettent donc de compléter une norme environnementale qui serait lacunaire ou incomplète. Mais ils permettent également de rendre compte des grandes postures opératoires observées par le droit de l'environnement au regard d'autres intérêts potentiellement contradictoires. Les principes rendent compte de l'attitude à adopter dès lors qu'est invoqué l'intérêt de l'environnement dans le cadre d'un conflit avec une autre activité. La Charte place les principes au sommet d'un édifice qui est désormais complet, et qui permet de s'interroger sur leur contribution à la définition d'une "légalité écologique".

Section 2 – La contribution des principes environnementaux à la définition d'une "légalité écologique".

La tentation est grande, au regard des spécificités isolées plus haut, de voir dans les principes écrits du droit de l'environnement un nouveau type de normes révélant un changement de paradigme et manifestant une stratégie d'empathie formelle du droit de l'environnement à même de contribuer à la mise en place d'une légalité écologique. Les principes revêtent d'ailleurs incontestablement certains des traits d'un paradigme "post-positiviste" à l'œuvre dans le droit de l'environnement : la concrétisation de la norme indéterminée nécessite une œuvre créatrice complétant le droit⁹⁰⁶, cette œuvre est réalisée sous l'égide d'une pré-compréhension du juriste qui anticipe les résultats possibles d'une décision à partir d'un principe⁹⁰⁷, les connaissances du juriste ne se limitent pas au droit positif mais s'ouvrent sur les faits et les intérêts en présence et donc sur des éléments extra-juridiques⁹⁰⁸. Si l'incarnation de ce paradigme dans le cadre de la confection des principes comme normes écrites peut être alléguée au regard des principes du code, elle n'est pas allée jusqu'à mettre en place une variante environnementale du principe de légalité (§ 1). La constitutionnalisation des principes quant à elle a quelque peu bouleversé leur profil textuel et mis franchement en péril cette dimension empathique (§ 2). Quant au

⁹⁰⁶ J. SOHNLE : "Le paradigme postpositiviste ou révélation inattendue d'une méthode spécifique en droit international de l'environnement", op. cit., page 267.

⁹⁰⁷ Ibid.

⁹⁰⁸ Ibid.

développement d'une concrétisation normative des principes, phénomène permettant de les utiliser comme clé de voûte d'une approche systémique⁹⁰⁹, il n'a pas fait l'objet de développements tels qu'ait pu se diffuser cette notion de légalité écologique (§ 3).

§ 1 – Les principes du code de l'environnement : modèles d'un droit qui adapte ses formes à son objet ?

La présence très massive de standards dans les principes du code de l'environnement permet, sur le plan de la stratégie législative, de les associer à l'hypothèse de l'empathie formelle du droit. La formulation de ces principes permet en effet de déceler une certaine pénétration des logiques environnementales dans la texture du droit (A), qui n'est pas allée jusqu'à bouleverser les fondements du principe de légalité (B).

A – Une pénétration de la logique environnementale dans la texture du droit...

Même si nombre d'objets juridiques se dotent de normes indéterminées ou ponctuent leurs textes de standards, il est possible de déceler des connexions concrètes entre la forme juridique des principes du code de l'environnement et la construction sociale de l'objet environnement. Pour résumer, certains traits de la constitution de la question environnementale comme un objet politique se sont trouvés traduits dans des formes juridiques qui attestent d'une forme "d'écologisation du droit"⁹¹⁰.

Au premier rang d'entre elles la connexion entre les incertitudes de l'objet de la régulation juridique et la souplesse des normes est la manifestation la plus perceptible au niveau des principes du code de l'environnement. Cette souplesse, due à la présence saturante des standards et de notions à contenu variable révèle l'empathie de la norme face aux incertitudes qui marquent l'appréhension juridique de la réalité environnementale⁹¹¹. Comme le précise Charles-Albert Morand "cette souplesse ne peut s'acquérir que si l'on considère les actes juridiques (...), non comme des points de références fixes clôturant des procédures, mais plutôt comme des processus évolutifs". L'antinomie du principe juridique trouve ici son expression environnementale. Ayant à la fois vocation à embrasser un champ très large et à faire l'objet d'une certaine pérennité, les principes ont également pour objet une réalité qui fait rarement l'objet de certitudes définitives. Les concepts maniés par les principes – pollution,

⁹⁰⁹ "L'approche systémique paraît particulièrement adaptée aux problèmes se posant en droit (...) de l'environnement. L'image d'un équilibre dynamique est propre à cette méthode qui intègre surtout, dans une approche holistique, les éléments extra-juridiques tels que les caractéristiques physiques, l'interdépendance économique et le rôle de l'opinion publique", *Ibid.*, page 268.

⁹¹⁰ Pour reprendre ici une formule de C.-A. MORAND : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, n°5/1991, Lausanne, page 201.

⁹¹¹ "L'incertitude traverse tout le processus de formation et de mise en œuvre du droit de l'environnement. Le droit acquiert dès lors cette fonction très particulière de transformer de incertitudes écologiques en certitudes sociales. Il ne peut cependant remplir cette fonction réconfortante qu'en accroissant sa souplesse", *Ibid.*, page 212.

atteinte à l'environnement, risque de dommage... – ne renvoient jamais à des éléments du réel qui font l'objet d'un consensus mais au contraire à des éléments souvent controversés ou incertains. En conséquence ils demeurent ouverts sur le monde des faits, sans tenter d'en fixer les contours à l'avance au moyen de catégories qui seraient vite frappées d'obsolescence. De très nombreux principes juridiques issus d'autres champs que le droit de l'environnement font preuve de ces caractéristiques, mais l'environnement pousse la logique de l'indétermination jusqu'au point extrême où la norme est totalement ouverte sur les faits, tant dans sa partie conditionnelle que dans son dispositif.

En déléguant aux autorités de mise en œuvre l'appréciation de notions telles que *l'importance* d'une atteinte à l'environnement, *l'irréversibilité* d'un dommage, le caractère *dangereux* d'une substance, le caractère *acceptable* du coût, les *meilleures* techniques disponibles ou *l'effectivité* et la *proportionnalité* des mesures, les principes environnementaux intègrent en leur sein les incertitudes liées à la mesure des phénomènes environnementaux. Les rédacteurs des principes ne peuvent fixer par avance des pesées d'intérêts en fonction d'éléments du réel qui sont incertains, ils les délèguent donc aux autorités qui confrontent la norme avec les faits.

B - ... qui 'a pas débouché sur la mise en place d'une variante environnementale du principe de légalité.

La contrainte que la réalité environnementale fait peser sur la rédaction des normes contredit deux des vertus essentielles de la régulation juridique que sont la prévisibilité et la sécurité juridiques. Celles-ci se manifestent notamment dans le cadre du principe de légalité, entendu ici au sens large, selon lequel toute action administrative ou étatique doit se baser sur la loi et sur la Constitution. Selon ce principe seuls les faits décrits dans la loi sont à même d'avoir une portée juridique, seuls les faits incriminés comme infraction peuvent donner lieu à répression. Or, les faits environnementaux sont imprévisibles, fluctuants et instables, qu'il s'agisse des phénomènes de pollution (ozone, cadmium), de l'équilibre fragile des écosystèmes (littoral, zone humide), de la qualité d'une eau potable (champ captant, nappe phréatique). En outre, ces éléments factuels qui doivent être saisis par le droit pour faire partie de la "légalité", sont le plus souvent interdépendants les uns des autres, et rebelles aux frontières administratives que sont les circonscriptions, les domaines de compétences institutionnelles ou les zonages. La réalité environnementale est donc incertaine, transversale et constituée d'interdépendances multiples. Elle ne peut donc être saisie que de manière itérative, en tenant compte non seulement des évolutions incessantes du milieu lui-même, mais également des connaissances établies sur ce milieu. Dans un premier temps la politique environnementale a tenté d'intégrer ces éléments fluctuants au sein de la logique propre au principe de légalité : découpage des politiques en fonction des milieux physiques (eau, sol, air), en fonction des milieux socio-naturels (protection de la "nature"), en fonction

des secteurs d'activités (installations classées). Or les phénomènes à réguler sont le plus souvent transversaux, et dépassent la logique sectorielle propre à l'organisation pyramidale du droit. L'éclatement du droit de l'environnement a conduit à l'adoption de ses principes emblématiques qui ont pour fonction de rassembler ces textes épars en les rendant plus lisibles, et en tentant de les mettre en relation sur un mode itératif, en faisant en sorte que chaque texte sectoriel soit une déclinaison d'un des quatre principes "fondateurs et clarificateurs" du droit de l'environnement. Ces principes permettent, au moins en théorie, de traiter une situation non encore intégrée à la légalité qui concernerait par exemple un nouveau polluant⁹¹².

Mais un tel usage des principes, comme normes polyvalentes et transsectorielles à même de compenser les rigidités du principe de légalité dans le domaine de l'environnement aurait supposé une parfaite autonomie de ces normes, de manière à ce qu'elles puissent être invoquées à tout moment et dans tous les secteurs du droit. Leur dimension législative, et ce malgré la formule d'auto-injonction dont ils étaient accompagnés, n'a pas permis qu'elles jouent leur véritable rôle de macro-standards du droit de l'environnement.

§ 2 – Les principes de la Charte sont ils toujours à même de participer d'une empathie formelle du droit de l'environnement ?

Alors que la spécificité du principe environnemental, telle qu'analysée à partir des principes du code, est d'être saturé de notions indéterminées facilitant son ouverture sur les faits (A), la Charte de l'environnement semble ouvrir la texture des principes non vers le monde des faits mais vers le texte normatif, en renvoyant trois des quatre principes aux "conditions définies par la loi" (B).

A – Une ouverture sur les faits compromise par la disparition de certains standards.

L'indétermination des notions à contenu variable permet une "incursion du factuel dans la majeure des syllogismes"⁹¹³, selon l'image d'une texture normative ouverte. Le rôle des standards et des notions à contenu variable qui s'y trouvent est de ne prendre leur sens qu'à partir de la lecture des faits qu'y s'y rapportent, et surtout d'une *appréciation* de ces faits en termes de *valeurs*. La mention d'un dommage "grave" dans les conditions de déclenchement d'un principe demande ainsi l'appréciation valorisante des faits rapportés ou constatés, là où un seuil quantitatif ne demande que leur mesure en fonction du critère qui est posé. Par cet usage des standards et notions à contenu variable la norme s'ouvre donc

⁹¹² "Or, en cas de découverte de nouveaux polluants, l'État doit pouvoir réagir immédiatement par une intervention adéquate, sans passer par les interminables processus caractéristiques de toute création normative", P. KNOEPFEL : "Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité", op. cit., page 154.

⁹¹³ J. SOHNLE : "Le paradigme postpositiviste ou révélation inattendue d'une méthode spécifique en droit international de l'environnement", op. cit., page 277.

sur le monde des faits et s'y adapte avec souplesse, dans un mouvement que l'on a décrit plus haut comme une "empathie formelle", qui rapproche les formes normatives de leur objet, en l'occurrence mouvant et incertain. Grâce à cette souplesse, plusieurs types de dommages peuvent être appréhendés par la même norme sans qu'il soit nécessaire de réviser un seuil, de mettre à jour une échelle de mesure, d'actualiser un arrêté devenu caduc à cause des évolutions de la science ou de la découverte d'une nouvelle substance dangereuse.

À bien des égards la portée empathique de la figure du principe de droit de l'environnement est intimement liée à l'une des spécificités relevées au sujet des principes du code : la présence saturante de standards et de notions à contenu variable. Or il se trouve que, excepté pour le principe de précaution, la nouvelle rédaction des principes du droit de l'environnement dans la Charte constitutionnelle a évincé une part importante de ces notions indéterminées. Ainsi ne subsistent au sein des principes de prévention, de réparation, de participation et d'information que les notions *d'atteinte à l'environnement*, *d'incidences sur l'environnement*, *d'informations relatives à l'environnement*, et encore ces dispositions sont elles relativement déterminées puisque renvoyant à un nombre considérable de textes environnementaux où elles sont détaillées, à commencer par ceux qui régissent les études d'impact sur les projets, les plans et les programmes. La plupart des standards prédictifs, de type *grave*, *important*, ou *acceptable* ont donc disparu de ces nouveaux principes constitutionnels, même si certains d'entre eux demeurent au sein du principe de précaution, et si d'autres, comme l'influence *croissante* ou l'environnement *équilibré*, émaillent les considérants et d'autres articles du texte.

Le caractère empathique des principes constitutionnels est donc désormais sujet à caution puisque ces principes héritent d'une certaine raideur propre aux règles. Ainsi le principe de prévention par exemple pose une alternative non encadrée entre la prévention pure et simple des atteintes et la "limitation de leur conséquences". Aucune appréciation valorisante n'est concédée au juge ici quant aux critères de choix entre prévention des atteintes et limitation de leurs conséquences. La simple présence d'un standard de "gravité" ou "d'importance" des atteintes, voire de "proportionnalité" des mesures préventives, aurait pourtant permis au juge d'établir une échelle des mesures de prévention adaptées à la nature des atteintes susceptibles d'être portées, en appréciant cette "gravité" ou cette "importance" et en permettant au principe une meilleure adaptation à son objet. La même remarque est valable pour les principes de réparation, d'information et de participation dont la formulation possède la même sécheresse, comme par exemple la notion de contribution à la réparation des dommages dont il est impossible de déterminer si elle doit être proportionnée à la gravité du dommage ou à l'existence d'une faute. Il semble donc, si l'on en croît le critère établi par Stéphane Rials selon lequel c'est l'indéterminabilité et non l'indétermination qui est source de pouvoir discrétionnaire, que l'absence de standards et de notions à contenu variable dans les principes de la Charte livre aux juges des normes indéterminables.

À moins qu'il ne s'agisse de normes qui ne soient qu'une simple invite au législateur, comme pourrait le laisser entendre l'omniprésence d'un nouveau standard : la notion de "conditions définies par la loi".

B – Un standard non factuel : "les conditions définies par la loi".

Alors que la fonction du standard est de faire entrer le fait dans la majeure des syllogismes juridiques, le standard des *conditions définies par la loi* y fait entrer le droit, et qui plus est un droit qui, selon toutes les apparences, n'est pas encore en vigueur. À moins en effet que les principes de la Charte ne renvoient aux principes du code le soin de décliner *a posteriori* leurs conditions de mise en œuvre, ce qui semble peu compatible avec la volonté manifestée par le constituant de s'écarter du modèle des principes législatifs ayant servi de point de départ rédactionnel⁹¹⁴, il faut se résoudre à voir dans cette formule une invitation à la concrétisation législative des principes. Ce standard référentiel, qui fait dépendre ce texte d'un autre texte ultérieur, semble placer hors du principe ce qu'il qualifie lui-même de "conditions", c'est à dire la délimitation du champ de la norme énoncée, et qui n'a rien à voir avec les conditions au sens de la logique juridique. Il doit de surcroît dans le cas des principes de la Charte, être lu différemment selon la position où il se trouve dans la norme.

Pour ce qui est du principe de prévention ce standard se trouve juste après "Toute personne doit", qui comprend la partie des conditions qui désigne les titulaires du "devoir" qui s'y trouve affirmé ("toute personne"), ainsi que le premier membre de phrase du dispositif (le verbe "doit"). Il est donc évident que ce standard a pour fonction, dans l'esprit du constituant, de suspendre⁹¹⁵ à l'adoption de mesures législatives l'ensemble des modalités du devoir de prévention ainsi proclamé, à l'exception de la définition de son champ d'application à "toute personne". L'on doit ainsi pouvoir avancer qu'une loi qui énoncerait une série de "personnes" non soumises à ce devoir serait inconstitutionnelle. En revanche, il semble loisible au législateur de limiter la nature des atteintes tombant sous le coup de ce principe, ou de substituer selon ses propres critères la limitation des conséquences des dommages à leur prévention pure et simple. Il faut noter au sujet des principes d'information et de participation, pour lequel le standard est situé au même endroit dans la norme et possède donc les mêmes conséquences, l'ajout d'une extension qui renvoie également aux *limites* définies par la loi. Quant au principe de réparation, la référence au législateur se trouve reléguée à la toute fin de l'article, ce qui semble y suspendre la totalité de son contenu. Une autre interprétation plus stylistique que juridique conduirait à dire que le

⁹¹⁴ Le Rapport de la Commission Coppens de préparation à la Charte de l'environnement considérait que "Les principes aujourd'hui consacrés par le code de l'environnement dans son article L. 110-1 (...) sont mal connus et considérés comme peu clairs (...)", op. cit., page 46.

⁹¹⁵ L'ancien français "condition" désignait une "situation dépendante", E. BAUMGARTNER et P. MÉNARD : "Dictionnaire étymologique et historique de la langue française", op. cit., page 190.

constituant à placé cette condition au début de la formulation du principe pour parer à une certaine inélégance dès lors que le principe en cause était déjà assez long.

En tout état de cause la formule, sans effets juridiques sur la portée des principes si l'on en croit la jurisprudence du Conseil constitutionnel, obère leur autonomie textuelle en faisant disparaître au passage l'une des spécificités des principes environnementaux telles qu'identifiées à partir des principes introduits par la loi Barnier du 2 février 1995.

§ 3 – Un très faible "effet de système" : la timide concrétisation normative des principes du droit de l'environnement.

La fonction des principes, d'abord comme clé de voûte législative du code, puis comme clé de voûte constitutionnelle du droit de l'environnement tout entier, illustre une des caractéristiques essentielles du principe juridique qui est de susciter une concrétisation textuelle (A). Si celle-ci a été très modérée durant la période où les principes n'avaient qu'une valeur législative (B), elle devrait vraisemblablement être davantage stimulée par leur constitutionnalisation (C).

A – Principe juridique écrit et concrétisation normative.

Outre le fait que l'image de la cathédrale gothique évoquée dans le titre premier offre un substitut plaisant à la symbolique de la pyramide, elle permet précisément de faciliter l'établissement du rapport de nécessité qui s'insinue entre le concept de *principe* et celui de *concrétisation*. La très classique dichotomie juridique principe/exception suggérait déjà la connivence entre ces deux concepts, comme pour signaler l'existence d'un pendant ou d'un corollaire externe consubstantiel à la notion même de principe. Un simple examen des antonymes de son réseau notionnel⁹¹⁶ révèle en effet que le principe est entouré de connotations qui stipulent sa déclinaison hors de lui, que celle-ci soit physique (source / écoulement), architecturale (fondation / superstructure), ou temporelle (commencement / aboutissement, originel / actuel). La notion de principe suggère donc un engendrement qui témoigne du fait que son destin opératoire se joue pour partie au dehors de lui-même. L'étude des acceptions philosophiques du terme confirme du reste cette analyse, et révèle que le principe est toujours le "point de départ d'un processus synthétique"⁹¹⁷, qu'il s'agisse de l'origine d'une opération déductive en logique⁹¹⁸, de l'hypothèse de base d'une théorie qui permet de vérifier un grand nombre de cas en épistémologie⁹¹⁹, ou enfin d'une proposition qui sert de norme aux jugements pratiques en philosophie

⁹¹⁶ Voir R. BOUSSINOT : "Dictionnaire des synonymes, analogies, antonymes", Bordas, Collection "Les référents", Paris, 1994.

⁹¹⁷ P. FOULQUIÉ : "Vocabulaire de la langue philosophique", "Principe", PUF, Paris, page 570.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Ibid.*

morale⁹²⁰. Véritable invitation à une concrétisation, voire à une action future comme le suggère la célèbre distinction opérée par Montesquieu⁹²¹, le concept de principe se révèle donc finalement être assez éloigné de la solennité marmoréenne à laquelle il est parfois réduit, et qui le cantonne à un simple rôle d'ornementation. Il conviendrait donc de repenser le clivage entre normativité et non normativité pour l'envisager non plus comme une distinction mais comme un *continuum* au sein duquel le principe écrit, aussi indéterminé qu'il soit, ne constitue qu'une étape dans un long processus de concrétisation⁹²². Le principe pourrait donc être considéré comme la norme juridique qui se tient le plus à distance de la réalité, tout en comportant néanmoins le plus fort potentiel de concrétisation, la plus forte tension vers l'opérationnalité. N'étant que très faiblement limité dans son champ d'application, il embrasse potentiellement tout le champ de la portion du réel dont il rend compte. Pour recourir une dernière fois au confort intellectuel de l'isomorphisme, et à l'image de la cathédrale gothique déjà évoquée, l'arc-boutant ou la colonne de la cathédrale gothique n'auraient pas de raison d'être en tant que fondements s'ils n'étaient prolongés par toute une série de ramifications ascendantes, piliers, colonnettes et nervures, comme autant de manifestations clarifiées du simple vers le complexe. Cette triple dimension de généralité, à la fois *fondatrice*, *clarifiante* et *génératrice*, trouve du reste une illustration classique dans l'usage qui est fait des principes dans les constructions juridiques modernes, où ils sont mis au double service de la cohérence et de l'intelligibilité du système en suscitant et en ordonnant les règles détaillées et en légitimant l'interprétation des règles obscures⁹²³.

Il est vrai que les principes cristallisent nombre de contradictions propres au phénomène juridique, tout au moins dans sa version romano-germanique, comme l'expression d'une situation limite ou d'un cas paroxystique de la tension entre le général et le particulier. Ils sont en effet d'un côté excessivement abstraits, généraux, investis d'un fort quotient métaphysique lié comme on l'a vu à leur potentiel de transcendance, et de l'autre intrinsèquement projetés dans une manifestation concrétisée, entendons "rendue effective"⁹²⁴, qui leur est extérieure et qui actualise le projet dont ils sont porteurs⁹²⁵. On aura

⁹²⁰ *Ibid.*, page 571.

⁹²¹ "Il y a cette différence entre la nature du gouvernement et son principe, que sa nature est ce qui le fait être tel, et son principe ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir", in **MONTESQUIEU** : "De l'esprit des lois", Livre III, Chapitre 1, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1951, page 250.

⁹²² "Il est en outre fréquent que les dispositions non normatives constituent un outil de persuasion. Le législateur sait qu'il va intervenir à nouveau mais il préfère procéder par étape pour faire progresser une idée, asseoir un principe. Dans ce cas, les dispositions non normatives ne sont pas la manifestation d'un désengagement du législateur, pas plus qu'elles ne constituent une désinflation législative. Il ne s'agit pas de recommandations mais de l'affirmation d'un principe ou d'une direction qui sera précisé ultérieurement à la faveur d'une nouvelle intervention du pouvoir législatif", **C. POMART** : "Les dispositions légales non normatives : une invitation à penser la légalité en termes de continuum", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°3-2004, page 1688.

⁹²³ Voir par exemple la distinction opérée par **J. L. BERGEL** entre "principes directeurs" et "principes correcteurs" : "On peut néanmoins constater qu'en toutes matières se rencontrent simultanément des principes qui commandent la règle ou la solution juridique et des principes destinés à corriger les excès ou les anomalies des solutions légales. Ainsi les principes généraux peuvent être selon les cas des principes directeurs ou des principes correcteurs in "Théorie générale du droit", 3^e édition, Collection "Méthodes du droit", DALLOZ, Paris, 1998, page 98. Voir également **F. GRUA** : "Mais aucune matière ne peut être régie uniquement par des règles spéciales. Subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler au moyen de règles générales", in "Les divisions du droit", *RTDC* 1992 (1), janvier-mars 1993, page 62.

⁹²⁴ **A. REY (dir.)** : "Dictionnaire historique de la langue française", "Concrétiser", *op. cit.*, page 466.

deviné que rien n'est fondamentalement étranger ici à la problématique classique de l'abstraction de la règle, liée elle-même au postulat d'une répétition ou d'une reproductibilité des cas particuliers qui en relèvent, et confrontée à ce que Giorgio Agamben désigne comme la "capture de la vie dans le droit"⁹²⁶. Mais le principe radicalise encore cette difficulté, puisque sa généralité n'est pas simplement synonyme d'une applicabilité quantitativement indéfinie d'actes ou de faits qui eux sont définis à l'avance et considérés comme reproductibles, comme c'est le cas pour la "règle générale". Elle franchit un degré supplémentaire en évacuant de la norme la définition de ses situations d'application pour la renvoyer à une indétermination presque totale, c'est à dire à une série *quantitativement* indéfinie d'applications *qualitativement* indéfinies⁹²⁷. En guise d'illustration, les règles qui régissent l'ouverture d'une installation classée pour la protection de l'environnement sont générales au sens où elles s'appliquent à un nombre indéfini d'installations classées particulières *x* ou *y* sous réserve qu'elles fassent bien partie de la nomenclature. Le principe de prévention en revanche, qui "inspire" et fonde ces règles, ne s'applique pas uniquement au domaine des installations classées mais à une infinité de situations non définies, simplement caractérisées par le fait qu'elles constituent des "atteintes à l'environnement" impliquant une attitude préventive. Le champ d'application du principe de prévention n'est donc pas borné par une nomenclature qui listerait ces situations, mais cela ne le prive pas pour autant de potentialités de concrétisation qui, à proprement parler, sont même plus étendues. Cette distinction fonctionnelle entre la règle et le principe, qui les place sur deux degrés différents dans l'échelle de la généralité des normes, implique évidemment que leurs modes de concrétisation soient adaptés et distincts. Elle ne signifie nullement que le principe soit une norme non concrétisable.

Pourtant l'opportunité qui était offerte au législateur d'après 1995 de relayer les principes environnementaux dans des lois d'application plus précises n'a pas été réellement saisie.

B – L'invitation à la concrétisation des principes du code "restée lettre morte".

La construction logique du code de l'environnement offrait déjà lors de la codification de la partie législative par ordonnance en 2000⁹²⁸ une vision synthétique et récapitulative des principes qui étaient relayés par des dispositions existantes, principes, sous principes et règles détaillées. L'introduction des principes dans le code de l'environnement par la loi du 2 février 1995 s'était accompagnée d'une phrase selon laquelle les quatre principes devaient "inspirer" les politiques de l'environnement. Cette disposition

⁹²⁵ On citera par exemple l'écart pour le moins frappant entre les consignes délivrées par le Ministre la santé concernant l'utilisation des téléphones portables et le principe de précaution, qui les inspire en même temps qu'il favorise leur acceptabilité sociale. Voir *Le Monde* du 20 mars 2002, page 14.

⁹²⁶ G. AGAMBEN : "*Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*", Collection "L'ordre philosophique", Seuil, Paris, 1997 (pour la traduction française par M. RAIOLA), page 34.

⁹²⁷ Voir sur cette distinction entre la généralité des règles et la généralité des principes J. L. BERGEL : "*Théorie générale du droit*", op. cit., page 91.

⁹²⁸ Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de l'environnement, J.O n° 219 du 21 septembre 2000, page 14792.

a déjà été analysée en détail plus haut pour son rôle dans la recherche d'un statut supra-législatif des principes, il s'agit désormais ici de mesurer quel a été son effet sur la concrétisation législative de principes que le législateur s'était ainsi imposé à lui-même. Or il faut reconnaître avec le professeur Michel Prieur que le bilan est plutôt négatif, puisque "l'invitation que le législateur s'était faite à lui-même est restée lettre morte"⁹²⁹. Si quelques dispositions sectorielles ont toutefois pu donner un écho aux principes, c'est d'une manière diffuse et sans constituer une démarche de concrétisation explicite. Il est en effet possible de lire la loi relative à la démocratie de proximité⁹³⁰ comme une mise en œuvre des principes d'information et de participation, mais c'est davantage la Convention d'Aarhus⁹³¹ que les principes du code qui susciterent l'adoption de ce texte, qui a d'ailleurs été à l'origine d'une modification du principe de participation pour le mettre en conformité avec cette convention⁹³². De même que la loi du 3 mai 2001 relative à la répression des rejets polluants des navires⁹³³ peut apparaître comme une mise en œuvre du principe de prévention du code de l'environnement, la répression pénale ayant un effet dissuasif et donc préventif. Il en est de même de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages⁹³⁴, de la loi du 15 avril 2003 relative à la protection de l'environnement en Antarctique⁹³⁵ ou celle du 15 avril 2003 relative à la création d'une zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République⁹³⁶ qui constituent un déploiement du principe de prévention. Si ces textes attestent de la cohérence du droit de l'environnement et de la dimension synthétique, emblématique et représentative de ses principes, ils ne permettent pas de confirmer l'effet des principes comme "stimulant législatif". La cohérence du code par rapport aux principes peut être lue *a posteriori* mais la concrétisation des principes n'a pas fait l'objet d'un choix de légistique de la part du législateur dans ce sens. L'exposé des motifs des textes mentionnés ci-dessus n'en font, en tout état de cause, pas état de manière explicite, même si certaines propositions de loi demeurées inabouties se sont expressément basées sur les principes, notamment sur le principe de précaution⁹³⁷. Il faut relever également que certaines mesures

⁹²⁹ M. PRIEUR : "Vers un droit de l'environnement renouvelé", op. cit., page 134.

⁹³⁰ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, J.O. n°50 du 28 Février 2002 page 3808.

⁹³¹ Voir la Loi n° 2002-285 du 28 février 2002 autorisant l'approbation de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, J.O n° 51 du 1^{er} mars 2002, page 3904.

⁹³² Voir l'article 132 de la loi précitée, modifiant le quatrième alinéa de l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

⁹³³ Voir la Loi n° 2001-380 du 3 mai 2001 relative à la répression des rejets polluants des navires, J.O n° 104 du 4 mai 2001 page 7023

⁹³⁴ Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003, J.O. n°175 du 31 juillet 2003, page 13021, l'exposé des motifs de la loi précisait que "l'amélioration de la prévention et de la gestion des risques nécessite une meilleure implication des représentants du personnel et des intervenants extérieurs, notamment en matière d'information, de consultation, de formation et d'évaluation", Sénat, n°16, session ordinaire 2002-2003, <http://senat.fr/leg/pjl02-116.html>, le paradoxe veut que ce texte de mise en œuvre du principe de prévention ait été adopté suite à la catastrophe survenue le 21 septembre 2001 dans l'usine Grande Paroisse (AZF) de Toulouse, ce qui constituait le premier motif de l'adoption de la loi.

⁹³⁵ Loi n° 2003-347 du 15 avril 2003, J.O. n°90 du 16 avril 2003, page 6727.

⁹³⁶ Loi n° 2003-346 du 15 avril 2003, J.O. N° 90 du 16 avril 2003, page 6726.

⁹³⁷ Voir la Proposition de loi relative à la protection des populations résidant à proximité des stations radio-électriques de téléphonie mobile, déposée par R. KAROUTCHI, Sénat, 3 mai 2001, la Proposition de loi relative à l'implantation des antennes relais et à l'utilisation des appareils de téléphonie mobile, déposée par Y COCHET, Assemblée Nationale, 24 juillet 2002, et la Proposition de loi visant à réglementer l'installation

réglementaires ont contribué à la concrétisation de certains principes, même si ces derniers n'étaient pas toujours cités dans leurs visas⁹³⁸.

Les principes de la Charte de l'environnement du premier mars 2005 formulent en revanche une invitation plus nette au législateur d'assurer leur concrétisation, qui participe également d'une forme de spécificité.

C – La concrétisation législative : une dimension intrinsèque des principes constitutionnels du droit de l'environnement ?

La formulation des principes constitutionnels du droit de l'environnement semble expressément prendre en compte la nécessité de leur concrétisation législative. Trois des quatre principes issus de la loi du 2 février 1995 précisent que leurs conditions d'application seront précisées par le législateur. Cette utilisation de la législation par référence, qui compromet l'autonomie des principes, n'a initialement pas été motivée par un souci de concrétisation législative mais par une volonté d'éviter leur invocabilité directe dans le contentieux horizontal des droits de l'homme en en faisant des objectifs à l'attention du seul législateur. Mais il faut néanmoins se poser la question de savoir si ce renvoi était vraiment nécessaire⁹³⁹ et s'il doit se lire comme une invitation faite au législateur de déployer les quatre "macro-standards" du droit de l'environnement dans les lois nouvelles, voire également dans le sens d'un toilettage des textes existants⁹⁴⁰. La non reconnaissance de l'exception d'inconstitutionnalité en France pourrait contribuer à laisser perdurer dans l'ordre juridique des textes législatifs contraires à la Charte sans qu'il soit possible d'en écarter l'application à un litige donné au motif que la loi sur laquelle est fondée la mesure contestée est contraire aux principes. La solution du "toilettage" législatif serait donc la solution idéale pour mettre le droit en conformité avec la Charte, surtout dans la mesure où les principes environnementaux s'imposent désormais à tous les champs du droit. Cette solution était d'ailleurs proposée par le rapport de la Commission Coppens, notamment au sujet des dispositions les

d'antennes de téléphonie mobile dans notre pays, déposée par L. LUCA, Assemblée Nationale, 15 octobre 2002.

⁹³⁸ Voir par exemple l'arrêté du 11 juin 2003 relatif aux informations à fournir au public en cas de dépassement ou de risque de dépassement des seuils de recommandation ou des seuils d'alerte, qui met en œuvre le principe d'information, J.O. n°144 du 24 juin 2003, page 10572.

⁹³⁹ "Ces renvois sont superflus car il est évident que des lois ultérieures seront nécessaires pour mettre en œuvre toute la Charte ; ils risquent d'être interprétés comme des restrictions possibles au droit proclamé même si ces futures lois devront respecter la Charte ; elles ne le pourront que si la Charte est elle-même assez précise dans ses objectifs", M. PRIEUR : "L'importance de la réforme constitutionnelle", op. cit., page 10.

⁹⁴⁰ Voir dans ce sens G. DRAGO qui mentionnait un nécessaire "rehaussement de la législation environnementale au niveau de la Charte", in "Principes directeurs d'une Charte constitutionnelle de l'environnement", AJDA n°3/2004, page 135, et M. A. COHENDET : "L'effectivité de la Charte de l'environnement dépendra en premier lieu de la volonté du législateur, qui devra adopter de nouvelles lois et modifier les lois existantes pour assurer pleinement le droit de l'homme à un environnement sain", "Les effets de la réforme", RJE, 2003, n°spécial : "La Charte constitutionnelle en débat", pages 57-58.

plus manifestement contraires à la Charte du code minier ou du code de l'urbanisme⁹⁴¹. Elle était également proposée dans l'avis du Conseil économique et social qui défendait une conception "généraliste" des principes pour refonder les politiques d'environnement datant des années soixante dix⁹⁴².

Conclusion du titre troisième

La contribution des principes juridiques du droit de l'environnement à une certaine forme d'écologisation du texte de la norme, c'est à dire à l'intégration par ce dernier des impératifs dictés par son objet, comme l'évolutivité ou l'interdépendance des processus saisis par le droit, prend des formes qui ne permettent pas d'affirmer l'existence d'une spécificité radicale exclusivement attribuable à cet objet. En revanche, certaines de leurs caractéristiques témoignent d'un fort degré d'imprégnation de la logique environnementale dans l'utilisation de ces normes : ouverture sur les autres systèmes sociaux par le biais de formules de mise en balance ou par la présence sous-jacente du principe de proportionnalité, portée juridique ambiguë qui tente de concilier une dimension représentative d'un champ du droit et une dimension prescriptive, présence simultanée à de nombreux niveaux de la hiérarchie des normes, dimension pédagogique très marquée, présence saturante de standards et de notions à contenu variable dans toutes les parties de la norme... La plupart de ces éléments, qui reflètent autant les forces que les faiblesses du droit de l'environnement, montrent que le droit est capable, dans une certaine mesure, d'adapter ses formes à un objet qui lui impose des contraintes fortes.

Conclusion de la première partie

Le droit de l'environnement s'est bel et bien approprié la notion de principe juridique écrit qui surabonde actuellement de manière empirique dans l'ensemble du droit public français. La saturation de standards et de notions à contenu variable, qui caractérise ce type de normes, a été largement mise à profit par un droit de l'environnement aux prises avec un réel difficilement catégorisable par le biais du conceptualisme juridique, et qui risquait de sombrer dans un pointillisme incompatible avec la notion même de régulation normative. L'utilisation des principes par cette branche du droit pour se structurer

⁹⁴¹ "L'élévation au niveau constitutionnel de règles jusque là législatives aura des effets en dehors des matières régies par le code de l'environnement. Sans qu'il ait été possible à la Commission d'en dresser une liste précise, son attention a été alertée, notamment au cours des assises, sur les risques d'incohérence avec les règles du droit de l'urbanisme ou du code minier en particulier. Un travail législatif précis sera donc nécessaire", Rapport de la Commission Coppens de préparation à la Charte de l'environnement, op. cit., page 46.

⁹⁴² Voir le Rapport du Conseil économique et social présenté par **C. MARTINAUD** : "Environnement et développement durable : l'indispensable mobilisation des acteurs économiques et sociaux", page 14, http://www.conseil-economique-et-social.fr/ces_dat2/2-3based/base.htm.

de l'intérieur, mais en faisant appel à des normes déjà présentes sur le plan international, a donc permis d'améliorer sa cohérence et sa lisibilité, tout en livrant sa quintessence sous une forme que l'on peut qualifier de "macro-standards", c'est à dire de standards juridiques utilisés à l'échelle d'un champ du droit tout entier. L'objectif d'intégration du droit de l'environnement dans tous les secteurs de la vie économique s'est approprié ces normes didactiques fonctionnant comme des porte-étendards, mieux à même de transmettre ses valeurs essentielles que des normes techniques. La constitutionnalisation de ces principes, dans des formes qui les modifient considérablement par rapport à leur expression législative dans le code de l'environnement, confirme le mouvement d'auto transcendance qui a vu les normes suprêmes du droit de l'environnement s'imposer selon un processus mêlant autonomie et hétéronomie, pour produire un édifice désormais complet et structuré.

À bien des égards l'usage du principe juridique écrit comme procédé d'expression normative du droit de l'environnement répond donc au souci d'empathie formelle exprimée par ce secteur du droit, qui adapte ses formes juridiques à la réalité qu'il doit saisir. Celle-ci, largement faite d'incertitudes, médiatisée par la science et faisant appel à une approche globale et "transsectorielle", a donc produit ces normes floues, inspirées d'un fond commun international, nécessitant des appréciations valorisantes extérieures pour être pleinement mises en œuvre, et permettant à un droit très technique de transmettre en quelques concepts ses préceptes essentiels à des "récepteurs" nouveaux : public, membres d'associations, groupes d'intérêts, branches et champs du droit portés par des logiques concurrentes.

Cette manœuvre écrite qui s'incarne dans l'histoire du droit de l'environnement, doit pourtant pour devenir une stratégie efficace être relayée par ses instances de mise en œuvre. Faute d'une déclinaison concrète, l'émergence des principes pourrait passer pour une stratégie purement communicationnelle où l'empathie du droit ne serait finalement qu'un moyen de donner le change, à peu de frais, à une demande sociale d'environnement. Or, le texte juridique n'est que le point de départ d'un processus de concrétisation du droit qui doit orchestrer sa rencontre avec les faits. La confrontation avec ce "principe de réalité" juridique s'opère essentiellement par l'office du juge. Or, ce dernier se trouve aux prises avec un paradigme issu de la tradition juridique française, qui polarise son travail sur le texte censé être autonome et d'application mécanique. Si la figure des principes a été stimulée par l'empathie formelle du droit de l'environnement dans le domaine de l'écriture du droit, elle apparaît quelque peu bridée par le centralisme textuel du juge lorsqu'il s'agit de la mettre au service de la justification des décisions.

* *

*

DEUXIÈME PARTIE

Un moyen de justification des décisions bridé par le tropisme textuel du juge.

La dimension représentative et clarifiante des principes écrits, qui se déploie sur un registre textuel, n'épuise pas les contours de leur "ontologie juridique" qui comporte également un aspect dynamique à travers leur utilisation aux fins de justifier des décisions. L'antinomie structurelle du principe, dont le texte de la norme permet d'exprimer le volet représentatif, possède un second pôle, normatif, qui conduit à conférer également au principe une dimension performative, c'est à dire une capacité à modifier l'ordre du réel. Sur ce versant, et même si les nombreux effets non juridictionnels du droit, notamment sur le plan symbolique⁹⁴³, ne doivent pas être négligés, c'est essentiellement en se penchant sur la réception de ces normes par le juge qu'il est possible de les examiner en tant que moyens de justification des décisions. Certes, de nombreuses décisions administratives ou politiques sont également fondés sur ces principes sans jamais être mises en cause devant un juge, mais l'accès à ces données étant beaucoup plus difficile, cette deuxième partie se focalisera essentiellement sur le matériau fourni par la jurisprudence administrative et, dans une moindre mesure, constitutionnelle. Là aussi, c'est avec l'objectif de discerner des éléments de spécificité environnementale que l'utilisation jurisprudentielle des principes juridiques écrits en droit public sera comparée avec une jurisprudence environnementale de plus en plus fournie. Vue sous cet angle, l'appréhension du concept de principe juridique écrit se trouve bornée par un autre paradigme, enchevillé au concept de droit lui même, et que l'on a coutume de dénommer *panlégisme*. Ce dernier joue un rôle négatif au sens ou c'est implicitement en son nom, c'est à dire comme on va le voir au nom d'un procès d'imprécision textuelle qui se donne comme un procès de "non juridicité", que la dimension normative des principes écrits du droit de l'environnement – c'est à dire leur aptitude à modifier l'ordre du réel par le biais d'une décision – est explicitement contestée par la doctrine ou dénigrée par le juge. Comme dans le cadre de la première partie, et une fois le constat de l'emprise de ce paradigme établi (**Titre premier**), il faudra constituer un référentiel comparatif à partir de l'usage des principes juridiques écrits par le juge, pour examiner ensuite la manière dont les principes environnementaux sont eux mêmes utilisés dans ce cadre décisionnel (**Titre deuxième**). La comparaison de ces deux corpus permettra ensuite d'isoler une éventuelle spécificité de l'usage juridictionnel et décisionnel des principes du droit de l'environnement qui viendrait marquer le développement d'une "écologisation" de la décision juridique (**Titre troisième**).

⁹⁴³ Voir sur ce point **M. GARCIA VILLEGAS** : "Effacité symbolique et pouvoir social du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1995, n°34, page 157 et s.

Titre premier

La dimension justificative du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme panlégiste.

Le propre de la décision juridiquement fondée, par opposition à toutes les formes de décisions arbitraires, subjectives ou, pour employer un vocabulaire wébérien, "charismatiques", est d'entretenir un rapport justificatif avec un texte. C'est par sa relation à un texte que la décision juridique, qu'elle soit juridictionnelle ou administrative, apparaît légitime et acceptable à ceux à qui elle s'impose, justiciables ou administrés. Or l'utilisation du principe juridique à des fins justificatives⁹⁴⁴ soulève à ce titre quelques difficultés qui dépendent du point où se situe le centre de gravité de l'activité juridictionnelle. Il se trouve effectivement que la question de la place du texte dans cette activité est à l'origine de visions très distinctes du rôle du juge, visions qui déterminent très largement l'usage du principe juridique dans ce domaine.

Comme l'a montré en effet François Ost, la nature de l'activité juridictionnelle peut être exprimée à travers trois modèles du juge basés sur des figures mythiques⁹⁴⁵. La première, celle de Jupiter, est associée aux images du code et de la pyramide pour symboliser un juge fidèle *transcripteur* de la loi⁹⁴⁶, la seconde, celle d'Hercule⁹⁴⁷, rapproche un juge *codéterminateur* de la loi du modèle des réalistes américains, et enfin celle d'Hermès associe la fonction du juge à l'image du réseau et de l'intermédiation qui caractérisent la situation contemporaine d'un juge aux prises avec le pluralisme des vérités⁹⁴⁸. Chacune de ces trois visions théoriques détermine un type de relation entre le droit et la réalité, et conditionne l'étendue de la fonction justificative du principe juridique dans l'activité décisionnelle. On analysera ici le principe juridique à l'aune des deux premières, pour montrer tout d'abord que le modèle du juge transcripteur est incompatible avec l'usage du principe juridique comme moyen de justification (**Chapitre I**), qui nécessite au contraire d'accepter pleinement la tâche codéterminatrice du juge par rapport au texte de la norme (**Chapitre II**). L'analyse de l'ascendant qu'exercent ces modèles sur le juge permettra, le moment venu, d'évaluer dans quelle configuration se place l'usage actuel des principes juridiques écrits du droit de l'environnement.

⁹⁴⁴ C'est à dire selon la définition de Jerzy WROBLESKI dans le but de "chercher les raisons d'une action, ou des raisons pour soutenir une décision, une opinion ou toute autre expression symbolique, sur le motif qu'elle est juste ou qu'elle est rationnelle", J. WROBLESKI : "Justification", Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 332.

⁹⁴⁵ Voir F. OST : "Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge", in P. BOURETZ (dir.) : "La force du droit. Panorama des débats contemporains", Éditions esprit, Collection philosophie, Paris, 2001, pages 241-272.

⁹⁴⁶ G. TIMSIT : "Figures du jugement", PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1993, page 159.

⁹⁴⁷ "Désormais il n'est de droit que jurisprudentiel, c'est la décision et non la loi qui fait autorité. Au code se substitue le dossier ; la singularité et le concret du casus prennent le pas sur la généralité et l'abstraction de la loi", F. OST : "Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge", op; cit., page 243.

⁹⁴⁸ "Hermès est le médiateur universel, le grand communicateur. Il ne connaît d'autre loi que la circulation du discours, dont il arbitre les jeux toujours recommencés", F. OST : "Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge", op. cit., page 244.

Chapitre I – Le principe juridique et la figure du juge "transcripteur".⁹⁴⁹

Au juge "oracle"⁹⁵⁰, porte parole d'un dieu transcendant, le processus moderne de rationalisation du droit a substitué un juge "automate"⁹⁵¹ fidèle transcripteur de la loi dont Gérard Timsit décrit l'expression en ces termes : "Parole figée dans l'exacte reproduction de la loi. Transcription fidèle, copie minutieuse, récitation et ratification de la loi par le juge(...). Le jugement ignore ce qu'il a en lui de parole (...) pour n'être que singularité, c'est à dire fidélité à un passé – à une pensée, celle du législateur – qu'il actualise dans la solution qu'il donne aux faits à traiter"⁹⁵². Sans se pencher sur les déterminations profondes d'une configuration intellectuelle qui depuis la révolution française nourrit une profonde méfiance pour le juge, on se bornera ici en prenant appui sur sa présentation (**Section 1**) et sur l'explicitation de ses ressorts logiques incompatibles avec l'usage du principe comme moyen de justification des décisions (**Section 2**), à montrer ses conséquences sur la fonction juridictionnelle du principe juridique (**Section 3**)

Section 1 – Le paradigme panlégiste.

Si le principe est un concept métaphysique impliqué dans la thématique des fondements du droit dont on a vu qu'il pouvait constituer une figure renouvelée, il est également un concept normatif doté d'une opérationnalité plus ou moins reconnue dans le fonctionnement *pratique* du droit. Le propre du principe est précisément de constituer une norme *antinomique* qui réalise un compromis entre une dimension représentative et une dimension prescriptive, traduisant cette recherche déjà évoquée d'une voie médiane entre l'hétéronomie et l'autonomie. Or cette dimension normative du principe est mesurée par un critère de "juridicité" qui est éminemment relatif, et qui est déterminé par l'emprise d'un paradigme à deux visages qui a structuré l'expérience juridique moderne depuis la Révolution française.

Ce paradigme est à l'origine de la prévalence accordée à la loi dans l'ontologie du droit. Son premier volet – idéologique – est le *légicentrisme*, qui manifeste l'attachement à la primauté de la loi par rapport aux autres formes d'expression du droit dont l'expression jurisprudentielle⁹⁵³. Son second volet

⁹⁴⁹ Ibid, page 164.

⁹⁵⁰ P. BOURETZ : "Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge", *Pouvoirs* n°74/1995 : "Les juges", page 72.

⁹⁵¹ Selon la formule de Max WEBER qui décrivait un juge "réduit à l'interprétation des paragraphes et des contrats, travaillant comme un automate dans lequel on jetterait les faits et les frais de justice et qui cracherait le jugement et les motifs", in M. WEBER : "Sociologie du droit", Paris, PUF, 1986, page 226. Cité par P. BOURETZ., article précité, page 74.

⁹⁵² G. TIMSIT : "Figures du jugement", op. cit., page 164.

⁹⁵³ "Les juristes [...] devraient prendre conscience de cette très profonde mutation et ne plus continuer à fonder leur raisonnement sur l'identité entre droit et loi [...]. Le problème est que la plupart des juristes en activité ont été formés dans l'esprit du légicentrisme et qu'il leur est très difficile de recentrer leur culture juridique autour de nouveaux concepts", L. FAVOREU : "La constitutionnalisation du droit", in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.) : "La constitutionnalisation des branches du droit", Association française des constitutionnalistes, PUAM, ECONOMICA, Paris, 1998, page 195.

– méthodologique – est le *panlégisme*, qui laisse croire que l'ensemble du droit peut et doit se trouver dans le texte de la loi et que celui-ci dispose de toutes les ressources justificatives nécessaires au traitement de l'infinité des situations particulières qui se présentent à l'examen du juge⁹⁵⁴.

Cette dernière dimension emporte pour l'évaluation de l'utilité justificative du principe juridique deux conséquences essentielles. Tout d'abord elle réduit considérablement la fonction du juge, et plus généralement de toute instance chargée de l'interprétation du texte, dans le processus décisionnel puisque ce texte est censé être "autosuffisant"⁹⁵⁵. C'est cette retenue qui caractérise l'image du "juge transcripteur" dont Montesquieu faisait une simple "bouche de la loi", doté d'une élémentaire mission de "ré-exécution"⁹⁵⁶. Ensuite il place le législateur sous le coup d'une injonction à utiliser des concepts précis et suffisamment discriminants pour ne pas mettre en péril le dogme de l'infailibilité de la loi, borné par la double prohibition du déni de justice et des arrêts de règlement. En témoigne actuellement le rappel opéré fréquemment par le Conseil constitutionnel d'un "principe constitutionnel de clarté de la loi", découlant de l'article 34 de la Constitution de 1958, et d'un "objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi" tiré des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹⁵⁷, qui doivent davantage être entendus comme une incitation à la précision et au détail que comme une invitation à la simplicité elliptique et au dépouillement.

L'idéal type de cette configuration est constitué par un système juridique homothétique au réel, qui permet d'anticiper tous ses déploiements possibles et de répondre à toutes les situations nouvelles par le simple jeu des concepts juridiques censés être dotés d'une extension suffisante. Sa forme privilégiée est celle du code, miroir fidèle et complet d'une réalité entièrement doublée par un système de catégories qui sont censées répondre à toutes ses manifestations futures. L'office du juge n'est ici "qu'application" – littéralement : acte de "poser contre" – c'est à dire superposition de la grille conceptuelle du droit sur le flot continu du réel.

⁹⁵⁴ "Le panlégisme consiste, rappelons-le, à croire que tout le droit peut se trouver dans la loi. Il prétend donc imposer une théorie de la séparation institutionnelle de la raison pratique et de la raison théorique, selon laquelle le juge doit seulement comprendre et appliquer ce que le législateur a décidé", **G. VANNIER** : "Argumentation et droit : introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman", op. cit., page 108.

⁹⁵⁵ "Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète ; celui-ci n'a plus pour mission de faire le droit ; le droit est fait. Plus d'incertitudes, le droit est écrit dans des textes authentiques, mais pour que les codes présentent cet avantage il faut que les auteurs et les magistrats acceptent leur nouvelle position : le travail de législation ne se fait plus par eux", Laurent, juriconsulte de l'École exégétique, cité par **G. TIMSIT** : "Les noms de de la loi", PUF, "Les voies du droit", Paris, 1991, page 17.

⁹⁵⁶ "La logique de la métaphore de l'explication implique que l'interprétation juridique ne serait que la ré exécution d'une chose déjà préexécutée", **F. MÜLLER** : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 204.

⁹⁵⁷ Voir par exemple la Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale : "Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques", *Journal Officiel* n° 15 du 18 janvier 2002, page 1053, point n° 9.

Section 2 – Le modus operandi du panlégisme : le syllogisme judiciaire.

Le pendant méthodologique de ce paradigme qui déploie cette action mécanique d'application du droit est la syllogistique juridique. Elle accrédite l'idée de cette perfection textuelle de la loi en postulant sa complétude et sa parfaite correspondance avec le monde des faits, par le biais d'une simple opération de subsomption mécanique se déroulant selon la forme du syllogisme (§ 1). Or, comme on va tenter de le montrer, cet idéal du syllogisme apparaît difficilement compatible avec l'utilisation du principe juridique comme fondement justificatif d'une décision (§ 2), et possède une justification politique qui a perdu sa raison d'être (§ 3). En outre, une objection décisive à la pertinence de ce modèle peut être trouvée dans l'exposé de la condition d'homogénéité de Kant, qui débouche sur la notion de précompréhension juridique (§ 4).

§ 1 – L'architecture idéal-typique du syllogisme.

Le syllogisme d'application du droit se décompose en trois étapes idéales, auxquelles le juge transcripteur tente de rapporter l'opération qui consiste pour lui à appliquer une norme à des faits donnés. La *prémisse majeure* y est incarnée par une règle abstraite qui définit à l'aide de concepts une manifestation anticipée du réel. Celle-ci est suffisamment générale pour être applicable au plus grand nombre possible de circonstances particulières qui pourront lui être subsumées. Elle se compose traditionnellement de deux éléments. En premier lieu les *conditions*, qui décrivent les circonstances dans lesquelles la règle est applicable, et que l'on qualifie parfois de *faits juridiques* au sens de "tout événement susceptible de produire des effets de droit". Il s'agit des seuls faits auxquels le droit s'intéresse puisqu'il leur attache ensuite des effets juridiques. C'est la correspondance entre ces faits abstraits, décrits dans la majeure, et leurs homologues bien réels qui entraînera l'application de la règle. Cette règle comporte ensuite un *dispositif*, qui décrit l'ensemble des conséquences attachées à l'occurrence des conditions d'application.

La *prémisse mineure* du syllogisme est composée de la parcelle de réalité dont le juge doit mesurer si elle correspond bien à celle décrite dans la partie conditionnelle de la prémisse majeure. Elle établit le lien entre l'abstraction de la norme et les données concrètes de l'espèce. Cette opération de mise en relation est traditionnellement conçue comme une simple opération de subsomption, tendant à vérifier si les faits concrets peuvent être rangés sous la catégorie constituant les conditions de la majeure. Le juge opère ici un choix dont l'importance a été minimisée. En effet, seuls les faits pertinents au regard de la règle seront retenus ici, ce qui conduit à penser que la démarche apparemment mécanique du juge est en réalité un processus hautement sélectif qui le conduit à ne percevoir de la réalité que la dimension qui a été pré-structurée par les conditions de la règle. La prémisse mineure est classiquement

décomposée en deux opérations distinctes, la constatation des faits, et leur qualification juridique. Le constat des faits est considéré comme une simple opération descriptive qui considère ces derniers comme un donné extérieur et préexistant. Pourtant il est bien évident que l'autorité en charge de l'établissement de la mineure va "chercher dans les faits les contours rassurants des concepts juridiques"⁹⁵⁸, ce qui revient à dire que l'appréciation de la réalité des faits par le juriste est "précompréhensive"⁹⁵⁹, c'est à dire orientée en fonction des concepts figurant dans la majeure.

La dernière étape du syllogisme ou *conclusion*, consiste dans l'application ou la non application de la règle au cas d'espèce. Elle transpose sur les faits concrets les conséquences énoncées dans le dispositif de la majeure, fidèle en cela au présupposé du droit-sanction accréditant l'idée que la textualité du droit est dotée d'une vertu intrinsèque de contrainte. Cette opération qui a été dépeinte comme assez simple et quasi mécanique s'approche pourtant du point où le droit condense tous les traits qui le distinguent des sciences cognitives, c'est à dire son aptitude à infléchir le cours du réel. C'est précisément à ce stade que l'importance des relais externes de concrétisation du droit – ceux là mêmes qui selon John Austin assurent l'efficacité des énoncés performatifs – se fait sentir. C'est par le biais de ces relais que la règle de droit déploie son potentiel de contrainte ou de transformation plus ou moins efficace de la réalité : sanction, interdiction, permission, injonction, recommandation, incitation...

§ 2 – L'incompatibilité entre le modèle du syllogisme et le principe juridique.

L'utilisation du principe juridique comme technique de justification est tributaire de cette méthode générale "d'application du droit" que l'on vient d'exposer, et qui transpose au droit les canons de la syllogistique qu'Aristote a présentés dans les "Premiers Analytiques" de "l'Organon". Cet idéal rationnel, contemporain des codifications post-révolutionnaires et fondé comme le précise Charles Albert Morand sur un "art de la séparation"⁹⁶⁰, confère au droit une série de traits idéaux dont le syllogisme constitue le véritable *modus operandi*. La comparaison de cet idéal-type avec le fonctionnement des principes juridiques révèle s'il en était besoin leur incompatibilité avec ce canon méthodologique.

En effet, selon cet idéal le droit doit d'abord être exprimé sous forme *générale et abstraite*⁹⁶¹ caractéristique des codes napoléoniens qui répondent à un objectif d'uniformité et de prévisibilité. Or, si l'abstraction des principes juridiques n'est plus à démontrer, leur généralité, dont on a vu qu'elle constitue plutôt une hyper-généralité, ne leur permet pas de satisfaire cette exigence de prévisibilité, puisque les situations d'application des principes sont trop vaguement définies. Là où les règles

⁹⁵⁸ J. SALMON : "La construction juridique du fait en droit international", *Archives de Philosophie du droit* n°32, "Le droit international", Sirey-CNRS, Paris, 1987, page 140.

⁹⁵⁹ "La subsomption n'est qu'apparemment un procédé de logique formelle, elle est en réalité un procédé déterminé par la précompréhension dogmatique à chaque fois en cause. Le texte en effet ne doit pas être compris en soi, mais de façon à ce qu'il puisse apporter une réponse au cas concret", F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", PUF, Léviathan, 1996, Paris, page 209.

⁹⁶⁰ C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., page 29.

⁹⁶¹ Ibid., page 29.

permettent l'application d'une solution unique à une multitude de cas "similaires", ou considérés comme tels par l'autorité qui applique le droit, les principes ne trouvent pas de situation-type à laquelle s'appliquer puisque leur partie conditionnelle n'est pas suffisamment discriminante. En d'autres termes, les principes se situent au delà du degré de généralité au sein duquel une règle permet la saisie de faits reproductibles à l'infini, les "hypothèses légales" construites par les principes n'étant pas suffisamment précises.

Ce droit est ensuite fortement *hiérarchisé*⁹⁶², selon le modèle de la pyramide, là où les principes engendrent une inversion de la hiérarchie des normes en conduisant les niveaux hiérarchiques inférieurs à déterminer le contenu des normes de niveau supérieur au sein desquelles sont laissés des "blancs"⁹⁶³ qui seront comblés à la lueur des faits en fonction d'évaluations bornées par des standards.

Ce droit est ensuite *contraignant*⁹⁶⁴, c'est à dire au besoin imposé par la force et par le biais de la sanction⁹⁶⁵, ce qui accroît encore le décalage avec les principes puisque leur formulation ne comporte pas de sanction, voire même parfois pas de dispositif.

Ce modèle semble donc bien désigner la *règle* et non le *principe* comme norme archétypale. Un syllogisme constitué sur la base d'un principe juridique aurait donc une allure bien improbable. Sa *prémisse majeure*, saturée de standards et de notions à contenu variable, serait déterminée par les faits et serait donc hautement imprévisible, très éloignée du modèle de la règle décrivant une réalité simple, ordonnée par des catégories coupées du monde des faits⁹⁶⁶. Sa *prémisse mineure* serait constituée par des situations de fait potentiellement si nombreuses que le juge devrait utiliser ses propres critères de discrimination pour décider si l'une d'elles est subsumable sous les conditions de la majeure. Et enfin la conclusion serait une recommandation vague, la formulation incertaine, pour paraphraser Ronald Dworkin, d'une "raison d'aller dans un sens".

La plupart des commentateurs de la destinée juridique des principes du droit de l'environnement ne s'y sont pas trompés, qui ont souligné leur indétermination textuelle, en ont appelé à des formulations plus abouties et plus détaillées, ou ont signalé que sans le secours du juge ces principes resteraient – l'expression mérite d'être soulignée – "lettre morte". En effet, si le débat sur le déficit de "juridicité"⁹⁶⁷

⁹⁶² Ibid., page 32.

⁹⁶³ "La codétermination s'inscrit dans les blancs laissés par la prédétermination", G. TIMSIT : "Les noms de la loi", op. cit., page 128.

⁹⁶⁴ Ibid., page 38.

⁹⁶⁵ H. KELSEN : "Théorie pure du droit", op. cit., page 43.

⁹⁶⁶ "L'intégration sur la base d'un standard ne conduit pas à une règle abstraite, puisqu'elle est essentiellement orientée par le fait, c'est à dire qu'elle a lieu seulement par rapport à des faits concrets et spécifiques, et qu'elle est faite 'à la mesure du fait' qui doit être qualifié selon la règle de droit", M. TARUFFO : "La justification des décisions fondées sur des standards", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", n°4/1984, page 1128.

⁹⁶⁷ Cette critique est quasi générale, à quelques exceptions près, voir notamment G. MARTIN pour qui le principe de précaution peut être "pris en compte par le juge dans la pesée des intérêts concurrents" et peut "venir modeler ex-ante le processus décisionnel" in "Précaution et évolution du droit", *Dalloz* 1995, chronique, page 299 ; voir également J. ANDRIANTSIMBAZOVINA : "c'est moins la précision et la complétude d'un principe que son appartenance au système juridique qui le juridicise", in "Le Conseil d'État et le principe de précaution, l'affaire du maïs transgénique", *Droit administratif*, juin 1999, chronique, page 4.

des principes de droit de l'environnement ne définit pas la juridicité, un rapide tour d'horizon de la littérature doctrinale permet de constater que les critiques portées à leur rencontre visent en fait leur incapacité présumée à répondre au canon méthodologique du syllogisme attaché au modèle du juge transcripteur⁹⁶⁸. Le champ sémantique utilisé par les détracteurs de ces principes renvoie donc, comme par un jeu de miroir, à la systématisme formelle du droit moderne : droit mou, droit proclamatoire, droit recommandatoire, droit incantatoire, droit flou ou droit "bavard"⁹⁶⁹. Or, la plupart de ces critiques se réfèrent plus ou moins implicitement au *texte* des principes et non aux pratiques institutionnelles et méthodologiques censées le mettre en œuvre. Cet assaut très nourri néglige un constat d'évidence qui constitue un présupposé de l'analyse du principe comme technique de justification des décisions : le texte de la norme n'est jamais autosuffisant et nécessite toujours un relais institutionnel ou méthodologique externe. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les formulations respectives de l'article 8 du Code civil – "Chacun a droit au respect de sa vie privée" – avec l'article L. 110-I-II-4° du Code de l'environnement – "(...) chacun a accès aux informations relatives à l'environnement (...)" – pour constater que ce qui distingue ces deux principes n'est pas de l'ordre de leur textualité propre, mais bien du côté des pratiques juridiques qui permettent de propulser cette textualité dans l'ordre des faits. On évoquera simplement pour exemple la théorie des droits subjectifs qui a conduit le juge à développer une jurisprudence ayant donné au concept de "vie privée" les précisions nécessaires à sa concrétisation. Mais l'indétermination textuelle de ces deux principes du droit, en dehors de toute considération externe – notamment méthodologique – est absolument identique.

§ 3 – La justification politique de l'idéal du syllogisme.

Le rôle dévolu au syllogisme est sous tendu par les espoirs placés dans l'autonomie opératoire du texte censé produire *de lui même* des effets sur le réel sans le secours du juge, figure honnie depuis les excès des "Parlements" de l'Ancien régime et leur justice arbitraire, et à qui l'on reproche de ne pas être issue de l'élection. Cette vision d'un texte juridique "auto-concrétable" est perceptible dans le discours de divers députés des assemblées constituantes révolutionnaires comme par exemple Garat l'Aîné⁹⁷⁰, et

⁹⁶⁸ Voir par exemple **S. CHARBONNEAU** pour qui "En raison de leur généralité (...), les principes apparaissent du point de vue juridique comme passablement *visqueux*, à cause de leur profonde nature politique", in "Le principe de précaution ou les limites d'un principe politique", op.cit., page 47 ; voir également **L. LANOY** pour qui les principes du droit de l'environnement : "constituent en quelque sorte un droit mou, et sont davantage caractérisés par des déclarations de principes à portée générale, sans grande existence juridique", in "Réflexions sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement", *BDEI* n°2/96, page 2.

⁹⁶⁹ Voir notamment pour les critiques adressées aux principes généraux du droit de l'environnement **J. VERNIER** : "Rapport au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat relatif au renforcement de la protection de l'environnement", Assemblée Nationale, 1994, n°1722, page 16.

⁹⁷⁰ Voir par exemple **GARAT L'AÎNÉ** : " Un syllogisme, pour être bon, doit 1°) dans la majeure, retracer une vérité générale avouée de tout le monde et par conséquent la loi dans le syllogisme jugement ; car il n'y a là de vérité généralement avouée que la loi, 2°) dans la mineure, déterminer le rapport singulier du sujet contentieux à la vérité générale et, par conséquent, dans le jugement syllogisme, le rapport de ce sujet ou du fait contentieux à la loi; car il n'y a là d'autre vérité que celle que la loi détermine ; 3°) dans la conséquence, déclarer ce que la loi ordonne du sujet contentieux ; car là encore, dans la majeure et la

s'incarne au plan institutionnel dans la théorie de la séparation des pouvoirs qui, selon le mot célèbre de Montesquieu, réduit le jugement à n'être qu'un "texte précis de la loi"⁹⁷¹. Comme le précise Michel Troper : "La seule source de droit étant la loi, qui est l'expression de la volonté générale, parce qu'elle émane du peuple ou de ses représentants, un juge qui produirait du droit serait une institution antidémocratique. Dès lors, le moyen le plus sûr de soutenir que le système est bien démocratique est de nier que le juge ait une part quelconque à la production du droit"⁹⁷². Le syllogisme est donc dans cette perspective un rempart contre l'arbitraire du juge, un idéal qui contraint la loi à la précision textuelle pour minimiser la tache de "co-détermination"⁹⁷³ de la norme, accomplie par le juge et par l'autorité administrative. Cet idéal du syllogisme, arrimé à celui de la perfection textuelle de la loi, trouve ses origines dans l'Antiquité romaine⁹⁷⁴ et pétrifie peu à peu la confusion entre la *norme* et le *texte* de la norme. Pourtant cette confusion, que le "droit des principes" tend à remettre foncièrement en cause, ne doit pas être considérée comme un attribut ontologique du droit. D'abord parce que la figure du "juge transcritteur" qui tente de la rendre opératoire est impraticable dans les faits, et ensuite parce qu'elle est fondée sur une vision et un usage contestables du syllogisme.

Ce "syllogisme judiciaire"⁹⁷⁵ s'est constitué pour l'essentiel en référence aux Premiers Analytiques d'Aristote dont le Livre I est consacré à la "théorie du syllogisme", mais on en trouve selon certains auteurs des traces antérieures comme dans le "Contre Ératosthène" de Lysias⁹⁷⁶ qui remonte à quatre siècles avant Jésus Christ. Pour Aristote le syllogisme se définit comme "un discours dans lequel certaines choses étant posées, quelque chose d'autre que ces données en résulte nécessairement par le seul fait de ces données"⁹⁷⁷, on retrouve dans cette définition ce qui servira la notion d'autosuffisance du texte évoquée plus haut car Aristote précise "qu'aucun terme étranger n'est en sus requis pour

mineure, la loi seule est vérité suprême qui règle tout(...). Ainsi la loi influe sur toutes les parties du syllogisme jugement. C'est à sa lumière vive et pure qu'il appartient seul d'en éclairer toutes les parties pour les conduire toutes vers la justice" in "L'opinion de Monsieur GARAT L'AINE, député du pays de Labour, sur les plans présentés par Messieurs DUPORT et SIEYES à l'Assemblée nationale pour l'organisation du pouvoir judiciaire", Paris, L'an premier de la liberté, page 29, cité par F. OST et J. LENOBLE : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique", op. cit., page 32.

⁹⁷¹ MONTESQUIEU : "De l'esprit des lois", Œuvres complètes, Tome II, Livre XI, chapitre 6, Gallimard, Pléiade, Paris, 1951, page 398.

⁹⁷² M. TROPER : "Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges", in J-C. COLLIARD et Y. JÉGOUZO (dir.) : "Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC", Economica, Paris, 2001, page 50.

⁹⁷³ G. TIMSIT : "Les noms de la loi", PUF, "Les voies du droit", Paris, 1991, page 127.

⁹⁷⁴ P. LEGRAND : "Cet engagement sans cesse renouvelé en faveur du raisonnement syllogistique, tributaire de la précision de la règle et de l'homogénéité du système, s'inscrit dans une stratégie intellectuelle et morale complète que traduit une prédilection pour les universaux, apparente dès l'époque romaine, et restée à ce jour fondamentalement étrangère à la pensée de common law" in "Le droit comparé", PUF, Que sais-je, n°3478, Paris, 1999, page 73.

⁹⁷⁵ Telle est la dénomination usuelle de ce mode de raisonnement appliqué au droit, on préférera le dénommer "syllogisme juridique" ce qui permet de l'envisager en dehors de la sphère juridictionnelle et notamment en matière de décisions administratives où la soumission au principe de légalité permet de lui faire appel.

⁹⁷⁶ Olsen A. GHIRARDI voit dans le discours de Lysias (459-379 av. JC.) écrit à propos de l'homicide d'Ératosthène le schéma d'un syllogisme où Lysias s'efforce de montrer la parfaite conformité des circonstances du cas concret avec la loi universelle qui régit tous les cas semblables, voir O. A. GHIRARDI : "Le raisonnement judiciaire", Traduction de N. ARDANA de PROL, Bibliothèque de Philosophie comparée, Philosophie du droit, Bordeaux, 1999, pages 63-99.

⁹⁷⁷ ARISTOTE : "Organon III. Les Premiers Analytiques", Traduction de J. TRICOT, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1992, pages 4 et 5.

produire la conséquence nécessaire". Sa théorie du syllogisme se déploie ensuite dans le célèbre "carré logique"⁹⁷⁸ qui a servi de point d'accroche pour le développement de la logique juridique ou déontique⁹⁷⁹. À chacune des propositions modales d'Aristote a été associée une notion juridique. À la proposition universelle affirmative correspond la notion juridique d'obligation, à la proposition universelle négative l'interdiction, à la proposition partielle affirmative la permission, et à la proposition partielle négative la permission de ne pas faire ou la faculté⁹⁸⁰. Pourtant des différences importantes entre ce syllogisme et le syllogisme utilisé par les juristes⁹⁸¹, c'est à dire celui qui pose en prémisses majeure la loi ou la disposition applicable au litige, en prémisses mineures les faits dûment constatés et prouvés, et en conclusion la décision rendue par le juge consécutivement à la subsomption de la mineure sous la majeure, ont pu être identifiées⁹⁸². La première est que les syllogismes aristotéliens ont pour objectif de conduire à des vérités scientifiques *d'existence*, ils relèvent d'un monde "d'entités" et ne sont pas appliqués à l'univers d'actions que constitue le droit. L'exemple classique qui pose que "Tous les hommes sont mortels, or Socrate est un homme, donc Socrate est mortel" témoigne de cette nuance importante. Pour Aristote la logique est l'instrument de la science qui la conduit à la vérité, d'où l'extrême rigueur et la nécessaire autosuffisance de ces syllogismes dont le but est de produire des certitudes. Ainsi l'on peut définir le syllogisme judiciaire comme un syllogisme aristotélien qui serait applicable au domaine de la raison pratique ou de l'action. Finalement ces infidélités au modèle antique semblent *déjà* témoigner d'une spécificité de l'application du syllogisme à la discipline juridique que renforce encore un autre "écart". Aristote était en effet conscient de la distinction entre le syllogisme parfait, "qui n'a besoin de rien autre chose que ce qui est posé dans les prémisses pour que la nécessité de la conclusion soit évidente", et le syllogisme imparfait "qui a besoin d'une ou plusieurs choses, lesquelles, il est vrai, résultent nécessairement des termes posés, mais ne sont pas explicitement énoncées dans les prémisses"⁹⁸³. Assurément, le syllogisme juridique doit être rangé parmi ces

⁹⁷⁸ Voir M. VAN HOECKE : "Comment les normes juridiques sont-elles formulées dans les textes législatifs ?", in L. INGBER, P. VASSART (dir.) : "Le langage du droit", Nemesis, Travaux du centre national de recherches logiques, 1991, page 114.

⁹⁷⁹ Définie par G. VANNIER comme "une part spéciale de la logique formelle, consacrée à la logique du raisonnement pratique, celui-ci étant compris comme une succession de propositions portant sur le devoir être", in "Argumentation et droit : introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman", op.cit., page 119.

⁹⁸⁰ Ibid., page 122.

⁹⁸¹ Tel qu'il est présenté comme méthode de base par H. MOTULSKY : "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", Dalloz, Paris, 1991 page 47, et à sa suite, avec plus ou moins de réserves, par nombre de manuels d'introduction au droit, notamment J. CARBONNIER : "L'activité judiciaire est couramment décrite comme un syllogisme (...). Sans doute, dès que l'affaire sera un peu complexe, un syllogisme n'y suffira plus, il en faudra une chaîne. Mais l'élément, c'est toujours le syllogisme", in "Droit civil. Introduction", PUF, Thémis droit privé, Paris, 1995, page 29, ou J. GHESTIN et C. GOUBEUX : "L'apparente rigueur du syllogisme judiciaire est souvent illusoire. Le choix des prémisses, largement subordonné à l'intuition du juriste rend la conclusion incertaine, à moins qu'une inversion du raisonnement ne réduise le syllogisme à la qualification d'une solution pré-établie", in "Traité de droit civil. Introduction générale", 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1994, page 39. Voir également son usage dans le commentaire de certains arrêts de jurisprudence, ainsi Philippe Malaurie : "Majeure. Un partage est rescindable pour lésion(...), or, le partage fait cesser l'indivision. Mineure. En l'espèce, le retrait d'associé avait maintenu la société qui continuait avec les autres associés. Conclusion. Le retrait d'associé n'était pas rescindable pour lésion car il n'était pas un partage", P. MALAURIE, Conférence du 19 décembre à Montpellier, cité par M. L. MATHIEU-IZORCHE : "Le raisonnement juridique", PUF, Thémis, Paris, 2001, page 252 (439 pages au total).

⁹⁸² Voir O.A. GHIRARDI : "Le raisonnement judiciaire", op. cit., page 48.

⁹⁸³ ARISTOTE : "Organon. III. Les Premiers Analytiques", op. cit., page 5.

sylogismes imparfaits, qu'Aristote qualifiait d'"enthymèmes", puisque faisant une place très importante à l'interprétation, et contre toute vision purement mécaniste du passage entre le *droit*, contenu dans la majeure, et le *fait*, contenu dans la mineure.

§ 4 – Une objection décisive au modèle du juge transcriteur : la condition d'homogénéité de Kant et la notion de précompréhension juridique.

Le point de contact entre les faits "réels" de la prémisse mineure et les concepts juridiques abstraits de la prémisse majeure s'opère idéalement par le biais d'une opération de subsomption, qui consiste pour l'autorité qui "transcrit" la norme à vérifier si les faits concrets correspondent bien aux catégories visées dans la règle. La problématique du fait au sein de cette subsomption est très souvent réduite à une opération de "constat", ce qui présuppose le caractère *donné* des faits là où, la philosophie constructiviste⁹⁸⁴ considère à la suite de Gaston Bachelard que "rien ne va de soi, rien n'est donné, tout est construit"⁹⁸⁵. Ces présupposés, accessoires du centralisme textuel évoqué plus haut, considèrent comme un *a priori* la parfaite adéquation de la règle aux faits, et donc la précision des catégories ou concepts de la règle. Le rôle du juge ou de toute autorité en charge de l'application de la norme se limitant à déclencher l'opération mécanique du syllogisme en mettant en relation des faits donnés et une norme censée leur être parfaitement idoine.

Or ces présupposés sont remis en cause par Emmanuel Kant qui a dégagé, dans le domaine des représentations, une nécessaire "condition d'homogénéité" qui seule permet la subsomption d'un objet sous un concept⁹⁸⁶. Le lien qui relie l'objet concret au concept de cet objet est une intuition, ce qui dans le vocabulaire kantien désigne la saisie sensible ou la perception des objets. Ainsi le travail du juge qui cherche à faire coïncider la prémisse mineure du syllogisme avec sa prémisse majeure, afin d'aboutir à la conclusion, est guidé par une intuition de l'homogénéité des faits avec les catégories de la norme. Cette opération montre que le juge est évidemment bien plus que la simple "bouche de la loi" puisqu'à cette intuition de départ il devra ensuite faire correspondre la réalité des normes, par le biais d'un travail d'ajustement – d'assujettissement ? – et de qualification des faits. Pour résumer ici un propos qui fera l'objet de développements ultérieurs, cette condition d'homogénéité donne au juge un cadre pour l'appréhension des faits, cadre pré structuré par les termes de la norme et qui atteste du lien déterminant – et souvent sous estimé – que cette norme entretient avec le réel. Ce lien a pu être

⁹⁸⁴ Le constructivisme est défini comme ci-après par Jean Louis Le Moigne : "Le réel existant et connaissable peut être construit par ses observateurs qui sont dès lors ses constructeurs", in J. L. LE MOIGNE : "Les épistémologies constructivistes", PUF, Que-sais-je, n°2969, Paris, 1995, page 40.

⁹⁸⁵ G. BACHELARD : "La formation de l'esprit scientifique", PUF, Quadrige, page 14.

⁹⁸⁶ "Dans toutes les subsomptions d'un objet sous un concept, la représentation du premier doit être homogène à celle du second, c'est à dire que le concept doit renfermer ce qui est représenté dans l'objet à y subsumer. C'est en effet ce qu'on exprime en disant qu'un objet est contenu *sous* un concept. Ainsi le concept empirique d'une assiette a quelque chose d'homogène avec le concept pur et géométrique d'un cercle, puisque la forme ronde qui est pensée dans le premier s'offre à l'intuition dans le second", E. KANT : "Critique de la Raison pure", op. cit., page 150.

théorisé comme la "grille conceptuelle apriorique du juge" par Théodore Ivainer, qui précise en citant Gaston Bachelard que "la psychologie moderne a, comme on le sait, surabondamment établi l'antériorité du jugement sur le concept" alors que l'exposé des faits est précisément rendu accessible parce que sous-tendu par des catégories aprioriques communes au juge et aux justiciables⁹⁸⁷. C'est le concept de "précompréhension juridique" utilisé par Friedrich Müller à partir de l'expression de Gadamer⁹⁸⁸ qui rend le mieux compte de cet enchaînement orchestré par la décision juridique entre une pensée apodictique, utilisant un système de concepts, et une pensée assertorique qui s'attache à observer et à décrire des faits. La précompréhension constitue selon François Ost et Michel Van de Kerchove le "point commun de tous les courants herméneutiques : toute lecture d'un événement, d'un document ou d'un récit est déjà pré-structurée par une pré-interprétation de ce qui est à comprendre"⁹⁸⁹. La fonction valorisante que cette pré-compréhension exercera sur le texte de norme varie d'un décideur à l'autre, même si un système juridique, une juridiction ou une branche du droit possèdent un fond de "préjugés" communs⁹⁹⁰. Pour Friedrich Müller il s'agit de cerner les éléments d'une "précompréhension du monde juridique conditionnée par des normes et des faits"⁹⁹¹, composée du "texte de la norme et des éléments constitutifs des circonstances de l'espèce" en tant qu'ils "actualisent (...) un rapport objectif préalable du juriste agissant à l'égard de ces problèmes"⁹⁹².

Alors que les règles fixes fortement déterminées permettent de camoufler ces éléments de pré-compréhension – qu'ils soient juridiques ou idéologiques – derrière la fausse évidence du syllogisme, l'utilisation du principe juridique comme technique de justification les met fortement en lumière puisqu'ils seront explicitement utilisés par le décideur pour réaliser les appréciations valorisantes commandées par les standards et notions à contenu variable qu'il contient. L'appréciation des notions vagues, qui préside à la mise en contact des faits avec le droit dans le cadre du principe juridique, témoigne de l'impraticabilité d'une vision du texte de la norme comme totalité autosuffisante. C'est là précisément le résultat de l'acceptation de la mission "co-déterminatrice" du juge, acceptation qui rend possible l'utilisation des notions à contenu variable et des standards contenus dans les principes juridiques écrits. L'emploi des notions floues n'est plus dès lors une imperfection du texte, mais une technique rédactionnelle permettant à la norme de s'ouvrir davantage sur le monde des faits par le biais du juge.

⁹⁸⁷ T. IVAINER : "L'interprétation des faits en droit", op. cit., page 51.

⁹⁸⁸ GADAMER : "Vérité et méthode", page 106, cité par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique", op. cit., page 134.

⁹⁸⁹ Ibid.

⁹⁹⁰ François Ost et Michel Van De Kerchove décèlent une véritable "vision anthropomorphique du législateur rationnel", qui constitue le système juridique comme un système transparent, non redondant, cohérent et finalisé, et qui se traduit par le fait qu'une "attente de sens juridique polarise l'appréhension de la question litigieuse", selon un postulat implicite de complétude et d'auto-suffisance des textes, Ibid.

⁹⁹¹ F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 215.

⁹⁹² Ibid., page 219.

Section 3 – La conséquence de l'emprise du panlégisme : la dédoublement fonctionnel de la notion de principe juridique.

Le principale conséquence de cette configuration sur la notion de principe juridique est son dédoublement en deux figures désormais classiques dont les fonctions justificatives connaissent des destinées distinctes. Si les principes non écrits ou *implicites*, sont facilement acceptés et utilisés par le système juridictionnel ou décisionnel, les principes écrits ou *explicites* sont plus fréquemment disqualifiés comme texte imparfait. L'enjeu symbolique de cette distinction et des pratiques juridiques antagoniques qu'elle suscite réside dans la perpétuation du mythe du juge transcripteur : alors que les principes implicites accréditent l'idée que le texte de la norme comporte toutes les ressources justificatives nécessaires à la prise de décision (§ 1), les principes explicites mettent à nu son caractère imparfait et lacunaire, et révèlent la fonction co-déterminatrice du juge (§ 2).

§ 1 – Le principe implicite renforce le mythe de l'autosuffisance des textes.

Le "principe implicite" est défini par Jerzy Wroblewski comme une "règle qui est traitée comme prémisse (raisonnement réductif) ou comme conséquence (raisonnement déductif) des normes du droit positif"⁹⁹³. Selon Véronique Champeil-Desplats qui privilégie l'usage de ce qualificatif à celui de "principe écrit"⁹⁹⁴ il s'agit des "énoncés qualifiés de principe par un acteur du droit ou de la doctrine sans que ces principes soient la signification normative d'une disposition textuelle législative ou constitutionnelle de l'ordre juridique"⁹⁹⁵. L'élément important de l'ontologie de ces principes est qu'ils correspondent à la quasi-formulation d'une norme par le juge, tout en étant présentés par ce dernier comme inhérents au système juridique bien que latents et non explicitement formulés. Les principes implicites servent de prémisses ou "inspirent"⁹⁹⁶ donc une série de dispositions convergentes du droit positif d'où il est possible de remonter à eux par un raisonnement réductif appelé "induction amplifiante".

Or cette construction argumentative, qui présuppose que les ressources justificatives du texte ne sont pas limitées aux énoncés explicites qu'il fournit, mais que doivent leur être ajoutés une sorte

⁹⁹³ J. WROBLESKI : "Principes du droit" in A. J. ARNAUD : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 475.

⁹⁹⁴ "D'une part parce que [la qualification de principe non écrit] ne traduit pas assez l'idée qu'il existerait une forme de présence préalable des principes au sein du système juridique et, d'autre part, parce qu'il existe des principes implicites rattachables à des textes", V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", op. cit., page 39.

⁹⁹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", op. cit., page 37.

⁹⁹⁶ L'usage de cette notion "d'inspiration" dans la formulation législative des principes explicites du droit de l'environnement donne d'ailleurs à penser que le législateur a voulu donner une formulation explicite de principes implicites en prenant de vitesse une "découverte" de ces principes par le juge.

d'arrière fond qui les détermine et qui les relie⁹⁹⁷, ne fait que renforcer la croyance dans l'autosuffisance des textes et dans la figure corrélatrice du "juge transcripteur". La configuration jusnaturaliste semble simplement recyclée ici en faveur du postulat de la rationalité du législateur. Au premier abord cette affirmation pourrait sembler paradoxale. Pourtant la méthode de l'induction amplifiante, qui fait du principe non écrit la cristallisation de dispositions écrites éparses mais matériellement convergentes, est confirmée par la pratique du Conseil d'État qui de manière croissante s'efforce de rattacher les principes généraux du droit qu'il "découvre" à des racines textuelles⁹⁹⁸. En légitimant l'idée que le principe préexiste de façon latente à sa formulation par le juge, cette pratique contribue à perpétuer l'illusion de la complétude et de la perfection des textes qui comporteraient toutes les ressources nécessaires à la justification des décisions, mobilisables quand bien même elles seraient non explicitement exprimées⁹⁹⁹. La formulation du principe non écrit par le juge étant considérée en effet comme un acte de connaissance qui consiste à découvrir une réalité déterminante, cachée mais objective, et non comme un acte de volonté qui consisterait purement et simplement à créer une norme adaptée à la circonstance¹⁰⁰⁰. Ainsi par delà l'apparente complétude du code le juge est-il habilité à combler une éventuelle lacune en mobilisant la norme inspiratrice qui est censée en faire partie implicitement mais qui, comme le monde des idées pour le prisonnier de la caverne de Platon, constitue une réalité du texte de droit qui n'est que sous-jacente, et non directement accessible au commun des mortels.

Or c'est précisément à ce mythe que se heurte la figure qui fait le pendant à celle des principes implicites : les principes explicites ou principes écrits.

⁹⁹⁷ "Telle disposition écrite établit une règle précise. Fort bien. Telle autre règle agit de même. Fort bien encore. Mais entre ces deux règles il y a un chaînon manquant. Ce n'est pas faire preuve d'une imagination excessive que de mettre à jour la disposition qui est informulée mais qui se trouve enfouie, de manière indiscutable, entre les deux autres", **F. DELPÉRIÉ** : "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseils d'État", *La Revue Administrative*, n°4/1999, numéro spécial : "Les juridictions administratives dans le monde", page 123.

⁹⁹⁸ Voir dans ce sens **J. M. BELORGEY** : "Même dans le cas où préexiste un principe général, il n'est pas rare, si le principe trouve sa source dans un texte ou a été consacré par un texte, que le Conseil d'État préfère s'appuyer sur ce texte, qu'il soit d'ordre constitutionnel, ou de rang plus modeste" in "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'État français", *La Revue Administrative*, n°4/1999, numéro spécial : "Les juridictions administratives dans le monde", page 82 et s.

⁹⁹⁹ "Les principes écrits opèrent alors comme le ciment qui se glisse entre les interstices du mur. Ils contribuent à lui donner son équilibre et sa solidité", **F. DELPÉRIÉ** : "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseils d'État", op. cit., page 123.

¹⁰⁰⁰ Voir sur ce point **W.J. Ganshof Van Der Meersch** : "Les principes généraux du droit, qui sont 'applicables même en l'absence d'un texte' (arrêt Aramu, Conseil d'État français, 26 octobre 1945, Recueil page 260), ne sont pas une création jurisprudentielle et ne sauraient se confondre avec de simples considérations d'équité. (...). Ils ont valeur de droit positif ; ils existent en dehors de la forme que leur donne le texte quand celui-ci s'y réfère ; le juge les déclare ; il en constate l'existence (...). Ils se forment en dehors du juge mais, une fois formés, ils s'imposent à lui", **W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH** : "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", Bruylant, Bruxelles, 1970, pages 43-44, cité par **C. PERELMAN** : "Logique juridique, nouvelle rhétorique", op. cit., page 75-76.

§ 2 – Le principe explicite révèle la nécessaire codétermination des textes par le juge.

Il faut souligner ici un autre paradoxe qui sera explicité plus loin¹⁰⁰¹ : alors que le juge administratif français n'a pas de réticence à la "découverte" et à l'utilisation de principes implicites – les fameux principes généraux du droit administratif –, il paraît beaucoup plus méfiant à l'égard de certains principes explicites formulés par le législateur. Pourtant ces principes généraux, "applicables même en l'absence de texte", sont parfois bien plus indéterminés et vagues que certains principes écrits de niveau législatif. Il existe donc un hiatus entre ces deux figures normatives qui, sur le plan logique, ne semblent pas si éloignées l'une de l'autre. Tout porte à croire que la confrontation entre ces deux types de principes révèle des fonctionnalités opposées, le principe explicite révélant précisément ce que le principe implicite avait pour vocation de dissimuler.

Les principes explicites sont qualifiés de principes "positifs" par Jerzy Wroblewski et définis comme une "norme explicitement formulée dans le texte du droit positif"¹⁰⁰². Le qualificatif de principe leur est attribué en raison de leur caractère essentiel ou fondamental dans "l'institution juridique, dans l'acte normatif, dans une branche du système du droit, ou dans le système tout entier"¹⁰⁰³. Ce caractère "fondamental" est appréhendé par le même auteur selon trois critères¹⁰⁰⁴ : la place de la norme en question dans la structure hiérarchique du système juridique considéré, la relation logique entre cette norme et les autres normes, son rôle joué dans la construction du droit. Mais à la différence du principe implicite cette norme est "donnée" au juge, elle n'est pas considérée par lui comme la prémisse implicite de normes écrites qui permettraient d'en éclairer le contenu ou la portée. Par conséquent elle conserve une indétermination bien plus grande, liée tout d'abord à l'antinomie qui accorde en elle la dimension représentative et la dimension prescriptive évoquées en introduction, et ensuite à sa plus grande extériorité par rapport au juge qui n'en est pas le créateur ou le "découvreur". Ces deux dimensions étant situées dans une relation d'opposition, le principe écrit conserve toujours une part d'indétermination commandée par sa fonction représentative, indétermination qui révèle l'absence d'autonomie opératoire ou "l'incomplétude" du texte. Sur le plan textuel cette indétermination se traduit par une saturation de standards et de notions à contenu variable. Face à cette norme le juge doit donc sortir de sa fonction de transcription mécanique pour accepter la réalité de sa mission codéterminatrice, c'est à dire admettre que le contenu de la norme n'est pas "donné" sous une forme complète et définitive par le texte mais "construit" à partir d'éléments externes¹⁰⁰⁵. Ce qui était masqué

¹⁰⁰¹ Voir infra page 362.

¹⁰⁰² J. WROBLEWSKI : "Principes du droit", op. cit., page 475.

¹⁰⁰³ Ibid.

¹⁰⁰⁴ J. WROBLEWSKI : "The general principles of law", Rapports polonais présentés au Sixième Congrès international de droit comparé, Varsovie, 1962, page 220.

¹⁰⁰⁵ Voir sur ce point Mireille Delmas-Marty : "Pour s'inscrire dans un système de droit, la notion dite indéterminée doit rester déterminable. La différence avec les règles précises et univoques est seulement que la détermination du sens n'est pas intrinsèque au texte juridique mais renvoie au contexte, c'est à dire à d'autres ensembles de normes dont le contenu, extra juridique, sera intégré par l'interprète au travail de

par le principe non écrit – l'incomplétude du droit et la mission créatrice du juge – éclate au grand jour avec le principe écrit.

Chapitre II – Le principe juridique et la figure du juge "co-déterminateur".

Si la destinée juridictionnelle du principe juridique écrit semble fortement obérée par le panlégisme, et par l'image d'un juge serviteur des textes et prisonnier du syllogisme, elle trouve une seconde chance dans la réhabilitation de la prérogative interprétative du juge et dans l'abandon de la croyance dans l'autosuffisance logique et la complétude des textes normatifs. Le texte de norme n'a qu'un statut d'objet "prédéterminé" qui le laisse ouvert à une pluralité de sens qui seront donnés par le lecteur du texte. Il faut comme le dit Gérard Timsit accepter que "la norme a besoin de la codétermination¹⁰⁰⁶ dont elle fait l'objet pour accéder à la juridicité"¹⁰⁰⁷, ou concevoir avec Friedrich Müller que le texte de norme n'est que la "délimitation de l'espace de jeu d'une concrétisation régulière"¹⁰⁰⁸. Avec pour horizon cette nouvelle figure du juge, le principe juridique devient une technique de prédétermination et de codétermination de la norme particulièrement prisée dans les domaines complexes comme le droit de l'environnement (**Section 1**). Certaines théories juridiques réhabilitant la prérogative du juge, comme la théorie réaliste de l'interprétation, permettent de donner à la figure du principe juridique le statut de point de départ du raisonnement du juge qui lui donnera sens en faisant intervenir les données de l'espèce (**Section 2**). Mais les présupposés qui rendent possible l'utilisation du principe juridique écrit comme moyen de justification d'une décision (**Section 3**), révèlent en réalité qu'au delà d'une simple interprétation, ces normes doivent s'ouvrir sur un processus plus complet de concrétisation (**Section 4**).

Section 1 – La complexité, facteur d'émergence du juge co-déterminateur.

La réalité des pratiques juridictionnelles et décisionnelles montre que les situations où le juge peut se cantonner à un rôle de transcription de la loi sont réduites à des hypothèses extrêmement peu nombreuses¹⁰⁰⁹. Dès que la partie conditionnelle du texte des normes décrit une réalité complexe qui ne se laisse pas mettre en catégories sous forme de seuils ou de critères quantifiés mais nécessite le recours à des notions à contenu variable¹⁰¹⁰, dès que le dispositif formule des recommandations ou des "matrices comportementales" non apparentées à des sanctions, dès que le texte comporte des lacunes ou fait preuve d'imprévoyance, alors la subsomption syllogistique s'avère inefficace et impraticable pour

¹⁰⁰⁶ Pour Gérard Timsit la nécessaire *codétermination* de la norme provient de son caractère écrit, qui permet au lecteur une appropriation partielle là où la parole demeure sous le contrôle de son auteur. Le lecteur ou destinataire de la loi codétermine la norme car il ajoute du sens, là où cela est possible ou nécessaire, à un texte "prédéterminé" par son auteur.

¹⁰⁰⁷ G. TIMSIT : "Les noms de la loi", op. cit., page 110.

¹⁰⁰⁸ F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit. page 239.

¹⁰⁰⁹ "Exception faite de quelques types de normes marginales – telles que les dispositions purement quantitatives, qui procèdent par dénombrement –, le procédé logico formel du syllogisme n'est jamais suffisant pour la concrétisation en droit" F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 107.

¹⁰¹⁰ "Toute formulation, à l'aide du langage naturel, de circonstances d'espèce ou de conséquences juridiques, est forcée de recourir à la description ou, à tout le moins, à l'évocation. Une telle formulation contient dès lors, inévitablement, des énoncés imprécis eu égard aux cas juridiques futurs (...), F. MÜLLER, *Ibid.*

justifier une décision fondée sur le texte¹⁰¹¹. Il sera certes toujours loisible au juge et au décideur de camoufler cette opération de co-détermination sous les traits d'un syllogisme, ou plus probablement d'un enchaînement de syllogismes¹⁰¹², mais le résultat sera pourtant bien constitué d'une "norme-décision" comme les qualifie Friedrich Müller¹⁰¹³, et non d'une "application" mécanique.

Or il y a lieu de noter que la présence saturante de standards et de notions à contenu variable dans la norme est directement liée à la complexité de son objet, et à la difficulté pour cette norme d'anticiper très précisément ou de "réduire" *a priori* – au sens de rassembler sous un concept unificateur – des situations de fait susceptibles d'entraîner des effets de droit¹⁰¹⁴. Ce constat se vérifierait au sujet du droit de l'environnement par un simple recensement des notions floues corrélé avec leur objet, qui ferait apparaître le paysage, l'esthétique ou les pollutions diffuses comme des terrains de prédilection pour les standards et les notions à contenu variable. L'apparition du standard ou de la notion à contenu variable dans le texte ouvre la voie à sa codétermination car elle constitue l'hypothèse d'une "trace sans code"¹⁰¹⁵. Le standard n'est en effet pas assimilable à une lacune du texte puisqu'il fournit bien un indice à l'interprète de la norme, mais en revanche il ne fournit pas l'échelle de valeur lui permettant de l'utiliser¹⁰¹⁶. Et pour cause, celle-ci renvoie le plus souvent à d'autres systèmes – économique, scientifique ou politique – que la norme tente de concilier. Sous cet angle c'est la complexité *intersystémique* du droit de l'environnement qui est à la source de l'apparition du modèle du juge co-déterminateur. Le principe juridique, par le biais des standards, "s'incorpore des normes, des modes de penser, des méthodes venus d'ailleurs"¹⁰¹⁷, ce qui implique de la part des décideurs qui souhaitent l'utiliser comme technique de justification des "efforts considérables pour se familiariser avec les connaissances les plus variées et pour les adapter sans les trahir aux opérations juridiques auxquelles ils

¹⁰¹¹ "La codétermination s'installe ainsi dans toutes les poches d'autonomie normative que recèle le texte, chaque fois que la prédétermination produite par le texte se trouve en défaut et que le sens qu'elle porte n'est plus imposé ou qu'il cesse d'être prévisible", G. TIMSIT : "Les noms de la loi", op. cit., page 112.

¹⁰¹² Voir sur ce point Jean Louis Bergel : "Les décisions juridiques ne procèdent pas en réalité d'un seul syllogisme mais d'un ensemble plus ou moins complexe de syllogismes. Le syllogisme décisif repose sur toute une série de syllogismes préparatoires sous jacents, parfois implicites", J. L. BERGEL : "Méthodologie juridique", op. cit., page 146.

¹⁰¹³ La "norme décision" est définie comme le résultat final du processus d'individualisation de la norme juridique à partir du texte, la détermination obligatoire du cas individuel par opposition à la norme juridique qui formule simplement un "résultat intermédiaire" en termes généraux, voir F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 46.

¹⁰¹⁴ Voir dans ce sens Charles Albert MORAND : "La complexité se caractérise par le fait qu'elle maintient la diversité, qu'elle conserve la singularité et qu'elle relie des éléments disparates et contradictoires. C'est sur ce modèle multi-dimensionnel que repose le droit des politiques publiques et on voit immédiatement le rôle décisif que les principes directeurs jouent dans la réunion de points de vue différents, dans le maintien de la diversité des valeurs et des intérêts, dans la coexistence de plusieurs logiques", C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., page 199, voir également Stéphane RIALS : "Le standard textuel est le signe de la prise en compte par le législateur de l'impossibilité de prévoir toutes les situations et toutes les solutions, de la nécessité de faire court, de celle encore, dans des matières mouvantes, de ne pas se contraindre à modifier, pour tenir compte de l'évolution du type de référence, son texte de session en session(...)", S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980, page 223.

¹⁰¹⁵ G. TIMSIT : "Les noms de la loi", op. cit., page 121.

¹⁰¹⁶ "Pour l'autorité législative ou administrative qui l'insère dans un texte, le standard constitue une technique de délégation du pouvoir normatif au profit de l'autorité subordonnée qui, ayant à mettre en œuvre le standard, lui donnera par l'acte qu'elle édictera ou le comportement qu'elle aura, la signification et la portée précise qui lui manquaient", G. TIMSIT : "Les noms de la loi", op. cit., page 128 (199 pages)

¹⁰¹⁷ C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., page 201.

se livrent"¹⁰¹⁸. Le sillage d'une chaîne de causalité tend donc à apparaître clairement, qui prend source dans la complexité de l'objet environnement, et qui mène à l'usage massif des notions à contenu variable, par lequel le législateur a transféré au juge un pouvoir de co-détermination de la norme.

Section 2 – La théorie réaliste de l'interprétation au secours du principe juridique ?

Dès lors que l'on considère l'interprétation du texte juridique comme un acte de *volonté* et non comme un acte de *connaissance*, en adhérant au postulat selon lequel "préalablement à l'interprétation les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens"¹⁰¹⁹, le juge devient co-auteur ou "co-déterminateur" d'une norme qui dès lors peut plus facilement revêtir les traits du principe juridique écrit. Dans cette configuration l'office du juge n'est plus considéré comme l'acte de recherche d'un sens qui serait inhérent à l'énoncé normatif, mais comme un acte de co-détermination par lequel il prend une véritable *décision*. Le caractère indéterminé des textes ou leur "imperfection" ne sont plus dès lors des vices rédhibitoires ou le signe d'un quelconque défaut de juridicité, mais une simple modification des données textuelles de base de la décision juridictionnelle ou administrative. On trouve l'origine de cette conception, qui déplace le droit de la *règle préexistante* vers la *décision actualisée*, dans l'école de la "sociological jurisprudence"¹⁰²⁰, et dans le réalisme juridique américain¹⁰²¹ ou scandinave¹⁰²² qui ont mis en lumière selon des modalités différentes la dimension créative de toute justification textuelle d'une décision. On en trouve une expression aboutie dans la "théorie réaliste de l'interprétation" développée en France par Michel Troper¹⁰²³. L'intérêt essentiel de cette théorie pour

¹⁰¹⁸ Ibid.

¹⁰¹⁹ M. TROPER : "Une théorie réaliste de l'interprétation", in O. JOUANJAN (dir.) : "Dossier théories réalistes du droit", Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, n°4/2000, page 55.

¹⁰²⁰ "(...) les représentants de la sociological jurisprudence s'attacheront (...) à replacer la décision dans la société dans laquelle elle s'inscrit. (...) L'accent se trouve déplacé de la règle sur la décision. La décision semble première par rapport à la règle. La décision procède d'un choix politique que masque le syllogisme justificatif", F. MICHAUT "Sociological jurisprudence" in A. J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 380.

¹⁰²¹ "(...) Le souci principal des réalistes semble être la justification (...) du rôle du juge, qui reconnaîtrait à celui-ci la possibilité de remodeler le droit positif, de le préciser, de l'affiner pour l'adapter au changement incessant(...). La règle (...) prend son sens à la lecture du cas ou des cas à propos duquel ou desquels elle a été formulée. Son énoncé n'est qu'une 'coquille' dont le contenu apparaîtra quand elle sera mise en rapport avec le ou les cas sur lequel ou lesquels elle a permis de statuer", F. MICHAUT : "Réalisme juridique américain", ibid., page 343.

¹⁰²² "Les réalistes scandinaves(...) soutiennent que dans la détermination et dans l'application des préceptes juridiques, interfèrent des considérations extrinsèques à l'énoncé normatif préexistant ; c'est à dire que ce qui est présenté comme interprétation des préceptes préexistants constitue une création de droit. Lundstedt (...) assure que les normes sont inexistantes en ce sens que les juges, pour donner de la valeur à des formulations verbales préconstituées prennent leurs décisions, en fait, sur la base de règles générales élaborées par eux(...), E. PATTARO, N. ARNAUD-DUC : "Réalisme juridique scandinave", ibid., page 344.

¹⁰²³ Voir pour une présentation critique de cette théorie réaliste française D. de BÉCHILLON : "Réflexions critiques" in "L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation", *Droit prospectif. Revue de la Recherche Juridique* 1994/1, pages 247 à 266 ; voir également les articles d'O. JOUANJAN : "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", et de S. RIALS : "La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néo-classique" in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°37/2003, "Michel Troper", pages 31 et 49. Voir également pour un enracinement d'un "renouveau du droit constitutionnel français" dans le courant germanique de la jurisprudence herméneutique, dans le sillage de J. ESSER, K. LARENZ, F. MÜLLER, A; KAUFMANN, W. HASSEMER, M. KRIELE, R. ZIPPELIUS..., G JUST : "La jurisprudence herméneutique et son

l'utilisation juridictionnelle des principes juridiques écrits est d'affirmer que le texte des énoncés normatifs doit *toujours* être interprété. Par delà l'adage *in claris cessat interpretatio* qui veut que l'interprétation ne soit pas nécessaire quand le texte est clair, elle pose le principe que la compréhension apparemment immédiate d'un texte clair signifie seulement qu'il a *déjà* été interprété, ou qu'une série de postulats implicites ont été préalablement intégrés et acceptés par l'interprète¹⁰²⁴. Le statut du texte dans l'ontologie du droit s'en trouve donc profondément transformé. De totalité autosuffisante et de réserve infinie de sens, il devient un simple matériau de départ dans la confection de la norme. Cette idée que le "centre de gravité ontologique" du droit quitte le marbre des textes pour rejoindre les sables mouvants de l'interprétation heurte frontalement la figure du juge transcripateur et l'idéologie du syllogisme d'application du droit¹⁰²⁵ pour créer la figure d'un juge "co-déterminateur", qui construit une norme à partir d'un matériau textuel assumé comme imparfait. Cette vision créative du travail juridictionnel pose une série de présupposés qui, en découplant la norme et le texte de la norme, mais sans pour autant minorer ce dernier, rendent possible l'utilisation des principes juridiques dans la justification des décisions.

Section 3 – Les présupposés de l'utilisation des principes juridiques dans la justification des décisions.

L'usage du principe dans la justification d'une décision est proprement impossible dans la perspective du "juge transcripateur". Le paradigme panlégaliste auquel il est associé empêche toute émancipation du juge ou du décideur en dehors de bornes strictement définies par le texte. Toute opération de comblement d'une lacune ou de correction d'une antinomie sera inmanquablement présentée comme une exploitation des ressources internes du texte, fussent-elles cachées, et non comme la concrétisation normative assumée d'un matériau textuel de départ. Le franchissement de cet obstacle épistémologique, nécessaire à l'utilisation de principes qui par définition sont saturés de notions à contenu variable, passe par l'acceptation de deux présupposés incontournables : la norme doit être distinguée du texte de la norme (§ 1), et l'indétermination des textes ne doit pas être considérée comme la source d'un pouvoir discrétionnaire pour l'autorité qui les utilise comme moyen de justification (§ 2).

horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°40, 2004, page 222.

¹⁰²⁴ Jerzy Wroblewski précise que "le rôle des valeurs dans l'interprétation fait apparaître que, sans évaluation, on ne peut ni interpréter le texte juridique, ni justifier la décision interprétative. Or, ces valeurs et les directives qui lui sont liées sont formulées dans l'idéologie de l'interprétation", "Interprétation", in **A. J. ARNAUD (dir.)** : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 200.

¹⁰²⁵ "On pourrait attribuer ces phénomènes à la formation des juges et à l'idéologie dont ils sont imprégnés, idéologie qui veut que la fonction judiciaire soit une fonction d'application et non de création", **M. TROPER** : "Une théorie réaliste de l'interprétation", op. cit., page 65.

§ 1 - La norme doit être distinguée du texte de la norme.

La pensée de Friedrich Müller, elle même intégrée dans le courant de la "jurisprudence herméneutique" qui remet en cause la séparation de l'interprétation de la loi et de la qualification des faits¹⁰²⁶, pose l'axiome essentiel et définitif de cette approche : la norme juridique ne s'identifie pas au texte de la norme, et cette norme ne résulte pas d'un travail *d'extraction* de sens à partir d'un texte existant, mais procède d'un travail de *construction* qui prend le texte comme simple point de départ – comme élément de "l'infrastructure pré-positive de la norme"¹⁰²⁷ – d'un processus de concrétisation faisant appel à des éléments extérieurs au texte, et notamment au champ factuel¹⁰²⁸. Comme le dit Olivier Jouanjan, "il est tout aussi absurde de penser que la norme préexiste (au) travail du juriste que de penser que la maison serait déjà dans le plan de l'architecte"¹⁰²⁹. La normativité n'est pas une propriété linguistique des énoncés juridiques, elle résulte de données extérieures, essentiellement socio-politiques¹⁰³⁰. La volonté de dépasser la proposition fondamentale du positivisme légaliste selon laquelle "la norme juridique serait donnée à l'avance, disponible, dans le cadre d'un ordre juridique conçu comme achevé, et pourrait être appliquée sous la forme d'un syllogisme"¹⁰³¹, conduit à modifier considérablement le statut des normes indéterminées que Friedrich Müller qualifie de "clauses générales", et qui composent les principes juridiques écrits. L'attribution d'une faible portée normative aux clauses générales est en effet une conséquence directe de cette confusion entre la norme et le texte de la norme. Le texte d'une "clause générale" est certes faiblement prédéterminé, mais il peut recevoir une plus grande variété de sens au cours du processus de concrétisation qui le transformera en norme. Cette variété de sens résultant notamment d'une plus grande ouverture sur le monde des faits, notamment par le biais des notions à contenu variable et des standards qui constituent le texte de norme. La portée normative des principes juridiques écrits est donc identique à celle de n'importe quelle règle fixe, c'est simplement la densité normative de leur texte qui est plus faible et nécessite un travail créatif du juge ou du décideur¹⁰³². Dans une telle hypothèse le texte de norme ne provoque pas d'effet de détermination, il demeure beaucoup plus ouvert sur le monde des faits. En ne précisant pas l'extension d'un concept qu'il pose, le texte de norme confie en effet au juge et à l'autorité

¹⁰²⁶ "Pour la jurisprudence herméneutique il ne s'agit pas simplement de reconnaître que l'interprète élabore les prémisses de son raisonnement, mais de comprendre le déroulement dialectique de leur élaboration, dépassant entre autres l'idée que l'interprétation de la loi et la qualification des faits sont deux actes séparés", G. JUST : "La jurisprudence herméneutique et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", op. cit., page 222.

¹⁰²⁷ G. JUST : "La jurisprudence herméneutique et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", op. cit., page 230.

¹⁰²⁸ O. JOUANJAN : "Présentation du traducteur" in F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 13.

¹⁰²⁹ O. JOUANJAN, Ibid., page 14.

¹⁰³⁰ "La normativité provient de données qui, quand bien même on le voudrait, ne sauraient en aucune façon être fixées dans le texte de norme au sens d'une garantie de sa réalité", Ibid., page 169.

¹⁰³¹ Ibid, page 348.

¹⁰³² "...elles imposent à l'autorité de décision des exigences méthodiques plus élevées quant à leur élaboration, car la contribution de l'élément grammatical à leur concrétisation est très faible", F. MÜLLER ; "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 245.

administrative le soin de définir eux mêmes cette extension. Cette opération peut d'ailleurs passer indifféremment pour une interprétation du texte ou pour une interprétation des faits. Ainsi, faire entrer une nuisance dans le champ du "dommage grave" constitue à la fois une opération de qualification des faits soumis à l'examen du juge, et une interprétation du concept de "dommage grave" comme catégorie d'accueil pour les faits en cause¹⁰³³. Par le fait même de cette opération, et ce n'est pas là le moindre mérite des normes indéterminées, les clauses générales contraignent les autorités qui les concrétisent à se rapprocher du monde des faits dans un mouvement d'empathie formelle.

§ 2 – L'indétermination des textes n'est pas source de pouvoir discrétionnaire pour le juge.

Depuis les années trente¹⁰³⁴, et d'une manière qui a longtemps été reprise à son compte par le droit administratif français¹⁰³⁵, la présence de standards dans un texte a été considérée comme une source de pouvoir discrétionnaire pour le juge. Une telle assimilation peut également être déduite de l'analyse des différents sens de la notion de "discrétion" par Ronald Dworkin¹⁰³⁶, puisque selon ce dernier il y a discrétion lorsque "les normes à respecter ne peuvent l'être automatiquement sans faire l'objet d'un jugement de la part des autorités compétentes"¹⁰³⁷, mais aussi lorsque "le pouvoir des autorités compétentes n'est pas limité par des normes impératives, et que ces autorités doivent en quelque sorte créer leurs propres normes"¹⁰³⁸. Herbert Lionel Hart systématisera le lien entre indétermination des textes et pouvoir discrétionnaire, puisque selon lui le juge se trouvant aux prises avec un texte indéterminé doit l'interpréter ou le compléter en utilisant son pouvoir discrétionnaire¹⁰³⁹.

Pourtant, selon la formule désormais célèbre de Stéphane Rials, ce n'est pas l'*indétermination* de la norme mais son *indéterminabilité* qui ouvre la voie au pouvoir discrétionnaire¹⁰⁴⁰. Et ce dernier de montrer que dans la plupart des cas ce n'est pas la présence d'un standard qui entraîne la discrétionnalité, mais une faculté offerte à l'autorité compétente d'agir ou de ne pas agir, faculté dont la présence est attestée par l'usage du verbe "pouvoir" (l'administration "peut" prendre telle décision) et

¹⁰³³ "Tout se passe en réalité comme si le juge avait interprété le texte. D'ailleurs, les juristes ne s'y trompent pas lorsque pour donner le sens d'une expression, ils donnent de longues listes des cas où le texte qui la contient a été appliqué", **M. TROPER** : "Une théorie réaliste de l'interprétation", op. cit., page 59.

¹⁰³⁴ Voir pour une approche historique des fondements de la relation entre standard et pouvoir discrétionnaire du juge **S. RIALS** : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980, page 218 et s, et page 261 et s.

¹⁰³⁵ Voir sur ce point Stéphane RIALS citant Charles EISENMANN : "La source de discrétionnalité, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte, de l'action. Dès que sur un point quelconque, sous un rapport quelconque, l'action à accomplir par le sujet n'est pas absolument déterminée, du pouvoir discrétionnaire fait son apparition. Il suffit que l'une quelconque des notions auxquelles fait appel la réglementation soit en elle même indéterminée pour que du pouvoir discrétionnaire apparaisse", **C. EISENMANN** : "Cours de droit administratif", DES, 1949-50, Les cours du droit, 1950, p 429 et 451, cité par **S. RIALS** : "Les standards, notions critiques du droit", op. cit., page 45.

¹⁰³⁶ La discrétion intervient selon Ronald DWORKIN "dans tous les cas où se trouve une brèche dans un cadre restrictif", cité par **D. J. GALLIGAN** : "Pouvoir discrétionnaire" in **A. J. ARNAUD (dir.)** : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 102.

¹⁰³⁷ Ibid.

¹⁰³⁸ Ibid.

¹⁰³⁹ **H. L. HART** : "Le concept de droit", précité.

¹⁰⁴⁰ **S. RIALS** : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", op. cit., page 273.

non du présent de l'indicatif (l'administration "prend" telle décision)¹⁰⁴¹. En outre, la raison pour laquelle le juge refuse de contrôler une décision administrative basée sur un standard n'est pas qu'il considère qu'elle exprime la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire, mais qu'il ne s'estime pas scientifiquement ou techniquement compétent¹⁰⁴². Ainsi, comme le dit encore Stéphane Rials, en "assemblée d'hommes raisonnablement cultivés, le juge administratif peut se vouloir architecte, historien, moraliste, urbaniste : il se refuse à jouer les pharmaciens-chimistes, les médecins, les ingénieurs agronomes, les œnologues, les pédagogues professionnels"¹⁰⁴³. Ce n'est donc pas en raison de la présence d'un standard de "dangerosité", de "toxicité" ou "d'innocuité" que le juge pratique un contrôle restreint dans ces matières, c'est en raison de sa *nature*, et parce qu'un contrôle normal nécessiterait une compétence technique qu'il n'a pas et qui le conduirait à se mettre au niveau des spécialistes consultés par l'administration pour prendre sa décision. C'est ici le renvoi à une échelle de valeurs extra-légale, scientifique en l'occurrence, qui justifie l'usage de la technique du standard par le législateur, et aucunement la volonté d'instaurer un pouvoir discrétionnaire en faveur de l'administration ou du juge.

"Tant que l'indétermination n'est qu' *a priori* et que la norme demeure déterminable par le fait d'une opération intellectuelle, l'impérativité de la règle implique que le juge fasse cette opération. Mais si la règle est non seulement indéterminée *a priori* mais *indéterminable*, si sa mise en œuvre suppose un choix clairement subjectif, l'exercice d'un pouvoir de vouloir (...), alors naît le pouvoir discrétionnaire (...). La pure et simple indétermination *a priori*, celle des standards textuels notamment, non seulement permet mais implique et exige l'interprétation du juge et l'exercice normal de son contrôle"¹⁰⁴⁴. L'indéterminabilité traduit donc l'hypothèse où la notion à contenu variable n'est pas "codéterminable", soit qu'elle ne contienne pas d'indication en ce sens pour le juge, soit qu'elle ne renvoie à aucun "code", à aucune échelle de valeur permettant d'encadrer le travail d'interprétation qui se réduit alors à ce que Stéphane Rials qualifie de "pouvoir de vouloir"¹⁰⁴⁵. Cette hypothèse se vérifie d'abord en cas "d'absence totale de texte et d'absence de règle posée par le juge", puis ensuite, selon une distinction que l'on doit toujours à Stéphane Rials, par *omission* (liberté laissée pour l'appréciation de l'opportunité de l'action, ou pour le choix du contenu de la décision), ou par *commission* (obligation pour l'autorité qui prend la décision d'opérer des choix autonomes, d'agir selon sa convenance propre, et non dans une mesure "raisonnable").

¹⁰⁴¹ S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", op. cit., page 226.

¹⁰⁴² "La norme comporte le terme 'dangereux', mais ce n'est pas parce que 'dangereux' est un terme indéterminé qu'il ne le contrôle pas, c'est parce qu'il n'est pas chimiste", S. RIALS : "Les standards, notions critiques du droit", op. cit., page 47.

¹⁰⁴³ S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", op. cit., page 240.

¹⁰⁴⁴ S. RIALS, *Ibid.*, page 273.

¹⁰⁴⁵ S. RIALS : "Les standards, notions critiques du droit", op. cit., page 47.

Dans les hypothèses que Stéphane Rials qualifie d'indétermination *a priori* la norme ne donne pas lieu à pouvoir discrétionnaire mais simplement à codétermination. Le standard et la notion à contenu variable ne seraient donc, selon le vocabulaire de Gérard Timsit, qu'une technique de prédétermination et de codétermination de la norme. Le standard lie en effet celui auquel il s'adresse en lui imposant une échelle de valeurs ou une matrice interprétative (gravité, caractère significatif, importance...) bien éloignés du "pouvoir de vouloir" qui caractérise l'indéterminabilité.

Section 4 – Interprétation ou concrétisation des principes juridiques ?

Une fois que les conditions d'une utilisation possible des principes dans la justification des décisions ont été posées, il reste à définir la méthode qu'utilisera à cette fin le juge. La recherche d'une juste place du texte, d'un équilibre entre le panlégisme normativiste selon lequel il est la seule source du droit, et le volontarisme sceptique qui considère qu'il n'est rien tant que la volonté du juge ne l'a pas transfiguré en norme, conduit à se poser la question de savoir si le principe ne doit pas davantage être *concrétisé* qu'interprété¹⁰⁴⁶. Dans la mesure où "le texte de norme n'est pas la loi mais une préfiguration de la loi"¹⁰⁴⁷, les ressources de l'interprétation – qui se bornent peu ou prou à expliquer ce texte – s'avèrent insuffisantes pour envisager une exploitation justificative des principes (§ 1). L'abandon de la confusion entre norme et texte de norme conduit à étudier la méthode qui a le plus profondément développé ce postulat en refusant de réduire la réalisation du droit à l'interprétation : la théorie structurante du droit développée outre-Rhin par Friedrich Müller (§ 2).

§ 1 – L'impossible interprétation des principes juridiques écrits.

La détermination des notions à contenu variable passe par l'utilisation d'un "code de déchiffrement" ou d'une échelle de valeur à laquelle le texte renvoie le juge. Ce code de déchiffrement est constitué dans le système juridique français par une tradition herméneutique qui a recueilli des techniques d'interprétation issues de divers courants théoriques. La difficulté essentielle qui surgit lorsque l'on tente d'y soumettre les principes juridiques écrits est que ce sont précisément eux qui sont investis de la mission de constituer des ressources interprétatives pour les règles, ressources marquées du sceau de l'hétéronomie et de la transcendance, et que rien en revanche ne permet de préciser leur propre portée. L'on se bornera ici à montrer, en se basant sur l'exposé traditionnel des méthodes d'interprétation par les manuels d'introduction générale au droit, que ces dernières ne peuvent parvenir

¹⁰⁴⁶ "La norme juridique est davantage que le texte de norme de départ. L'interprétation du texte de norme constitue un élément important mais, le plus souvent, non exclusif de la transposition des signaux législatifs à la réalité sociale. C'est pourquoi il ne faut plus se borner à parler d'interprétation ou d'explication de texte, c'est à dire de traitement du texte de norme, mais, globalement, de concrétisation de la norme", F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 354.

¹⁰⁴⁷ Ibid.

à faire des principes des normes "autosuffisantes" au sens du positivisme légaliste. Ces outils méthodologiques de la confusion entre norme et texte de norme, qui tendent à faire de la norme une donnée préexistante qu'il suffirait de "redécouvrir" ou dont il faudrait révéler les ressources cachées, se trouvent mises en échec par la figure du principe juridique. À bien des égards cette dernière apparaît donc comme une norme à *concrétiser* plus qu'à *interpréter*.

A – L'interprétation sémiotique ou la barrière de l'imprécision.

En tant que méthode intrinsèque d'interprétation qui se limite au texte de norme¹⁰⁴⁸, l'analyse littérale ou grammaticale, qui est liée au postulat de la complétude des textes, apparaît comme incompatible avec la figure du principe juridique. Dans la mesure où cette méthode s'en tient à la lettre du texte et "refuse d'en étendre l'application au delà de ce qui est écrit, même si l'intention de l'auteur du texte et la raison sont en ce sens"¹⁰⁴⁹, elle est tributaire de l'usage de catégories et de concepts très discriminants qui comme on l'a vu font défaut aux principes. Même si cette méthode peut s'enrichir d'une dimension psychologique liée à la recherche de l'intention du législateur¹⁰⁵⁰, elle se heurte à l'insuffisante densité normative du texte des principes.

En effet, les standards et notions à contenu variable renvoient par définition l'interprète à l'extérieur de la norme, vers des échelles de valeurs extrinsèques (la gravité d'un danger, l'importance d'une atteinte, l'aspect raisonnable d'un coût...) que les textes ont juste pour fonction d'évoquer ou de désigner à la sagacité du juge. Cette méthode se révèle donc "insuffisante lorsque les textes sont obscurs, ambigus et incomplets"¹⁰⁵¹, ce qui marque son lien avec la configuration panlégaliste, comme le confirme son attachement au postulat de rationalité du législateur qui se manifeste dans l'étude des travaux préparatoires des textes¹⁰⁵².

B – L'interprétation exégétique ou génétique.

Cette méthode se donne pour objectif de retrouver les intentions du législateur grâce au texte lui-même, à ses objectifs et aux travaux préparatoires qui ont précédé son adoption¹⁰⁵³. Elle est également

¹⁰⁴⁸ "L'interprétation sémiotique est fondée sur le langage dans lequel est exprimé le texte même ou le fragment de texte à interpréter", M. TROPER : "La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse", Pouvoirs, n°41, 1987, page 77.

¹⁰⁴⁹ G. CORNU : "Vocabulaire juridique", "Littéral", op. cit., page 520. (925 pages)

¹⁰⁵⁰ J. L. BERGEL : "Méthodologie juridique", op. cit., page 237.

¹⁰⁵¹ Ibid.

¹⁰⁵² "Tout le droit réside dans les normes positives. Tout le droit n'est que lecture du texte, considéré comme un tout, comme un système de normes, unifié par son origine, le lieu de son engendrement, la volonté d'un auteur", H. RABAULT : "L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique", L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 1997, page 23 (369 pages).

¹⁰⁵³ "L'interprétation génétique repose sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte. On suppose que cette volonté a été mal exprimée dans le texte même, ambigu ou vague et qu'on peut la connaître à travers les travaux préparatoires", M. TROPER : "La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse", op. cit., page 78.

attachée au respect des textes mais étend son investigation au contexte de leur genèse : travaux préparatoires, débats au Parlement, rapports des commissions... Son *modus operandi* est de faire prévaloir l'esprit sur la lettre des textes. Malheureusement les débats parlementaires ayant conduit à l'adoption des principes n'offrent que peu de secours au juge qui souhaiterait en faire une application méthodique. En effet si les principes sont saturés de notions à contenu variable et de standards c'est précisément que le législateur n'a pas réussi à opérer les pesées d'intérêts qui ont été de fait renvoyées à l'office du juge. L'exploitation des ressources constituées par les débats parlementaires par le juge ne débouchera donc que rarement sur un référentiel pour l'application des notions floues contenues dans les principes.

C – L'interprétation systématique ou la "mise en abîme" du droit.

L'interprétation systématique permet de situer une norme par rapport à celles du système formé par la branche ou au secteur du droit où elle se situe en postulant la rationalité du législateur ou du constituant¹⁰⁵⁴. L'interprétation systématique renvoie donc au contexte normatif du principe, au va-et-vient entre celui-ci et les normes plus précises qui le mettent en œuvre. La difficulté étant que le principe lui-même est une norme représentant le système à la tête duquel il se trouve et qui constitue à ce titre une ressource interprétative pour les règles plus précises, lorsque ces dernières se contredisent ou sont lacunaires. Le principe juridique a été investi du paradigme de la transcendance qu'il a longtemps incarné sans pouvoir lui-même être confronté à une norme supérieure permettant d'en éclaircir le contenu. C'est donc essentiellement vis à vis des normes d'application plus précises que le principe peut-être interprété, ce qui a permis de considérer qu'il conduit parfois à renverser la notion de hiérarchie des normes, au sens où ce sont ici les normes hiérarchiquement inférieures qui éclairent le contenu des normes supérieures.

D – L'interprétation téléologique : comble du principe "directeur".

L'interprétation téléologique, ou fonctionnelle, considère qu'une règle de droit doit être interprétée selon ses finalités, ce qui en fait une méthode extensive et évolutive¹⁰⁵⁵. La fonction objective attribuée à la règle peut se distinguer de celle voulue par son auteur, "on se demande non pas ce que le constituant a réellement voulu, mais, maintenant que la règle doit être appliquée dans une situation historique différente, quel sens il convient de lui donner si l'on veut obtenir un résultat jugé

¹⁰⁵⁴ "L'interprétation systémique prend en considération d'autres dispositions de la Constitution. On suppose qu'elle forme un tout cohérent et complet et que ses dispositions s'éclairent les unes par les autres. C'est là que s'exercent les arguments du genre *a contrario*, *a fortiori* ou par analogie", M. TROPER : "La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse", op. cit., page 79.

¹⁰⁵⁵ G. CORNU : "Vocabulaire juridique", "Téléologique", op. cit., page 857.

satisfaisant"¹⁰⁵⁶. Le paradoxe de l'interprétation téléologique d'un principe est que c'est généralement lui qui expose les finalités d'un texte ou d'une législation. Pour repérer les finalités du principe lui-même il faut donc se baser sur la manière dont il est rédigé ou se référer aux travaux préparatoires. Ici également le paradoxe du principe est qu'il se trouve au début de la "chaîne du droit", et constitue lui-même pour les règles plus précises une ressource téléologique dont il en est lui-même dépourvu.

§ 2 – Le principe juridique comme norme concrétisable¹⁰⁵⁷ : la théorie structurante du droit de Friedrich Müller.

Cette méthode part du constat essentiel que la *norme* se distingue du *texte de norme*, et qu'elle est le résultat d'un processus de concrétisation et non d'un donné *a priori* qui serait distinct de la réalité des faits et qui leur préexisterait. Ce postulat a pour corollaire immédiat que la normativité pratique des décisions juridiques est autant fondée par la teneur concrète du champ de la réalité concerné par le texte (ce que Friedrich Müller qualifie de "champ normatif") que par les textes eux-mêmes en tant que donnée de départ. Mais cette normativité n'est pas pour autant située exclusivement dans le travail du juge, ce qui ferait de la théorie structurante du droit une forme de décisionnisme. Elle considère, selon une position médiane, que "la normativité n'est pas une propriété mais un processus"¹⁰⁵⁸ au sein duquel le texte et le fait contribuent à la production du droit, à parts égales. Ainsi "la norme ordonne une réalité en même temps qu'elle est partiellement déterminée par elle"¹⁰⁵⁹. Cette remise en cause de la séparation droit-réalité, ou de celle de l'être et du devoir être pour reprendre la partition kantienne et kelsénienne, offre une opportunité méthodologique particulièrement bien adaptée à la physionomie normative des principes juridiques.

Elle se déroule en six étapes qui seront présentées successivement à savoir : examen des données de l'espèce (A), choix du texte de norme (B), détermination du programme normatif (C), détermination du champ normatif (D), élaboration de la norme juridique (E) et enfin élaboration de la norme décision (F).

¹⁰⁵⁶ M. TROPER : "La signature des ordonnances. Fonction d'une controverse", op. cit., page 81.

¹⁰⁵⁷ La notion de concrétisation entendue par Friedrich Müller "ne désigne nullement la réduction d'une norme générale donnée aux dimensions du cas d'espèce, mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé. On ne peut démontrer l'existence d'une norme juridique préalable qui contiendrait de facteurs actifs, des contenus de commandement, des énoncés substantiels de quelque nature qu'il soient et qui pourraient être ensuite distribués dans les cas particuliers. Le point de départ à la solution d'un cas ne peut être une norme mais un texte de norme", F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", op. cit., page 222.

¹⁰⁵⁸ F. MÜLLER : "Discours de la méthode juridique", op. cit., page 358.

¹⁰⁵⁹ O. JOUANJAN : "Présentation du traducteur" in F. MÜLLER : "Discours de la méthode juridique", op. cit., page 15.

A – Les données de l'espèce.

Il s'agit de la version profane du cas juridique (récit de l'espèce) que le juge doit transformer en "circonstances de l'espèce". Ces données réelles sont des éléments empiriques, des faits naturels ou sociaux "primairement non langagiers"¹⁰⁶⁰ mais qui devront être médiatisés par le langage puis traduits dans un vocabulaire juridique. C'est à partir de ces éléments que le juge choisit le texte de norme qui lui paraît approprié.

B – Le choix du texte de norme.

Le texte de norme est défini par Müller comme "formation langagière" ou "chaîne de signes" qui sous forme de paragraphes ou d'articles composent les codifications¹⁰⁶¹. Il est analysé comme une médiatisation langagière de la "force nue" du pouvoir d'État qui constitue la forme aboutie du processus de rationalisation du droit que décrivait Max Weber. Au sein de la théorie structurante du droit il s'agit d'une donnée de départ du processus de concrétisation qui n'est pas normative *en soi*. Sa normativité est au contraire partiellement extrinsèque au sens où elle va être le fruit d'un long processus de va et vient entre la partie *textuelle* de la norme et sa partie *réelle*¹⁰⁶².

Le juriste qui prépare une décision choisit au vu des données de l'espèce les textes de normes qui lui semblent appropriés, guidé en cela par le concept de *validité* qui veut d'une part que les destinataires du texte de norme doivent s'y conformer, et d'autre part que le juge ou le décideur doit les utiliser pour prendre sa décision¹⁰⁶³. Se glissent dans ce travail les aspects factuels des normes qui sont supposées convenir (champ factuel de la norme, à ne pas confondre avec les données de l'espèce). Le décideur établit ainsi des "hypothèses textuelles"¹⁰⁶⁴ qu'il considère appropriées au cas d'espèce.

Ce texte de norme, point de départ du processus de concrétisation qui produit la normativité n'est doté que de quatre types d'effets, contrairement à ce qui est dicté par le paradigme panlégiste selon lequel il serait intrinsèquement normatif. Il peut receler tout d'abord dans certains cas assez rares un effet de détermination, mais le plus fréquemment, comme c'est le cas pour les principes, il ne possède qu'un effet de signal ou un effet d'indice. L'effet de *détermination* provient du constat que la structure du texte de la norme conditionne la structure de la norme, il ne concerne en pratique que les champs normatifs numériquement (la majorité s'acquiert à 18 ans), ou individuellement (tous les individus naissent libres et égaux devant la loi) définis, ainsi que les règles de pure forme (délais de recevabilité) et la technique des seuils. Cet effet de détermination stricte est la seule mesure dans laquelle on peut

¹⁰⁶⁰ Ibid., page 346.

¹⁰⁶¹ F. MÜLLER : "Discours de la méthode juridique", op. cit., page 45.

¹⁰⁶² "(...) le texte de norme ne saurait être lui même déjà normatif, mais aide seulement à préparer les grandeurs juridiques ultérieures", Ibid., page 168.

¹⁰⁶³ Ibid., page 46.

¹⁰⁶⁴ Ibid., page 195.

concevoir qu'un texte de norme puisse être "appliqué" par voie de syllogisme déductif et selon le concept de la subsumption. Dans une telle hypothèse le traitement de l'élément grammatical par l'interprétation suffit à donner la solution du cas concret. Mais dans la majeure partie des cas la norme ne possède qu'un effet *d'indice* ou un effet de *limitation*. Ce qui signifie que le texte de norme ne fournit que des indications permettant d'apprécier une *compatibilité* de la décision finale avec le texte. Pour la majeure partie des cas le texte de norme ne fait que diriger et limiter les possibilités légitimes de concrétisation du droit, il ne les détermine pas. L'effet de *signal* définit le statut du texte de norme par rapport à la réalité. Il caractérise le rapport entre les concepts juridiques figurant dans le texte de norme et les éléments de la réalité concrète qui sont censés leur correspondre.

La méthode de Friedrich Müller conteste donc radicalement la conception ontologico-réaliste du langage qui imprègne le paradigme panlégiste, qui considère que l'interprétation du texte – même appréhendé par le juge avec un décalage historique – permet de reconstituer fidèlement l'intention passée du législateur et de "l'appliquer" au cas concret et présent. Pour cette méthode les concepts du texte de norme ne sont que des "signaux" ou des bornes permettant d'appréhender les situations concrètes qui leur correspondent dans la réalité. La coïncidence automatique et parfaite de la catégorie juridique textuelle avec la réalité est abandonnée au profit du travail d'élaboration du *champ normatif* et du *programme normatif*, travail au sein duquel la séparation droit-réalité est abolie.

Au regard de cette analyse qui s'oppose radicalement au panlégisme, l'attribution d'une faible portée normative au texte des principes juridiques doit être comprise comme une simple manifestation de la confusion entre la norme et le texte de norme. Le principe juridique n'est donc pas une norme spécifique, qui serait frappée d'une quelconque faiblesse structurelle mais une norme dont le *texte* comporte des caractéristiques particulières, qui proviennent simplement d'un très faible effet d'indice. Or, au sein de la théorie structurante du droit cette spécificité textuelle n'est absolument pas un obstacle au déroulement de la concrétisation de la norme.

C – Le programme normatif.

Le programme normatif est extrait par le décideur du "traitement de l'ensemble des données linguistiques"¹⁰⁶⁵, il représente l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues¹⁰⁶⁶ et correspond à ce que l'interprétation traditionnelle qualifie de "commandement juridique". Il est formulé à partir du texte de norme grâce à une interprétation d'ensemble, et à partir de tous les "points de contacts de la norme avec la réalité sociale"¹⁰⁶⁷. Il détermine la portion de réalité sociale qui *doit faire*

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, page 190.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, page 45.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, page 354.

partie de la norme à titre d'élément co-constitutif¹⁰⁶⁸. Il peut donc être défini comme la somme des données linguistiques normativement pertinentes pour le cas d'espèce.

D – Le champ normatif.

À ce stade le décideur dispose des données de l'espèce, des textes de normes, du champ factuel de ces textes de normes (les faits qu'ils mentionnent) et du champ d'espèce (la sélection des données du champ factuel qui sont utiles pour résoudre le cas d'espèce). À l'aide du programme normatif il choisit à partir du champ factuel des textes de norme qu'il a jugé pertinents et des données de l'espèce la quantité des faits co-normatifs pour la solution de l'espèce ou "champ normatif"¹⁰⁶⁹. Le champ normatif regroupe donc la quantité des données réelles qui sont utilisées pour contribuer à fonder la décision, il s'agit de la somme des faits tirés du champ factuel dont le décideur peut justifier, à la lumière du programme normatif, qu'ils sont compatibles avec ce programme et essentiels à la solution de l'affaire concrète, d'où leur dimension que Müller qualifie de co-normative¹⁰⁷⁰. À ce titre le champ normatif ne doit pas être confondu avec les "faits" en tant que ceux-ci seraient extérieurs à la norme, il s'agit d'un élément constitutif de la structure de la prescription juridique elle-même¹⁰⁷¹. Cette notion de champ normatif signifie que les faits ne doivent pas être "sans sélection" transformés en facteurs co-déterminants de la décision finale. En outre, le champ normatif n'est rien qui soit matériellement donné à l'avance et qu'il s'agirait de reconstruire, de découvrir ou de révéler "correctement" comme dans le cadre de la tradition panlégiste.

Le propre des principes juridiques est d'être dotés de champs normatifs factuellement très riches. Selon la conception panlégiste ils possèdent un texte de norme extrêmement vague et ne semblent pas justifier d'un champ normatif qui pourrait être factuellement déterminable. En général on a donc recours pour les appliquer selon cette conception à d'autres normes sur la base desquelles seront appréciés les aspects factuels offerts par le cas d'espèce par préférence aux critères trop abstraits posés par le principe.

E – La norme juridique.

Le premier élément à prendre en compte dans la définition de la norme juridique selon Friedrich Müller est sa non antériorité par rapport au cas d'espèce qu'elle permet de solutionner. De la même manière, la solution de ce cas d'espèce ne doit pas être considérée comme une particularisation d'une

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, page 192.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, page 45.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, page 106-107.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, page 195.

norme juridique donnée et générale¹⁰⁷², mais comme la production d'une norme juridique à l'aide du texte de norme constituant son matériau de départ. Elle se compose de la réunion du programme normatif (données linguistiques) et du champ normatif (données réelles). Elle est formulée de manière abstraite et générale¹⁰⁷³, ce qui la distingue de la dernière étape du processus de concrétisation du droit, la norme décision, qui elle en revanche vise la résolution du cas d'espèce et fournit le terme du processus de génération de la normativité.

Pour obtenir la *norme juridique* le décideur ne se contente pas de subsumer ou d'appliquer un commandement donné à l'avance, ni d'interpréter le texte. Cette norme, qui n'est pas la ré-exécution d'évaluations législatives préexistantes¹⁰⁷⁴, est donc une création opérée par le décideur à l'aide de tous les éléments dont il dispose : texte de norme, programme normatif, champ normatif. La norme juridique doit être considérée comme une étape intermédiaire du processus de concrétisation qui aboutit ensuite à la "norme décision" concernant directement le cas concret.

F – La norme décision.

Il s'agit de l'individualisation de la norme juridique, le dispositif du jugement. Il est accompli sous forme de conclusion par rapport aux étapes précédentes, mais ne correspond pas à une subsumption¹⁰⁷⁵. La norme-décision correspond à la norme juridique individualisée à partir du cas particulier en vue de sa solution, elle doit pouvoir être imputée à la norme juridique¹⁰⁷⁶. C'est la norme décision qui fournit le point de contact entre le droit et la réalité sociale qu'il modifie. L'apport essentiel de cette méthode est de considérer que la normativité n'échoit pas au texte de norme mais à un processus d'ensemble. Aucune des données de départ du travail juridique n'y est considérée comme normative. Seuls les résultats : la norme juridique, comme résultat intermédiaire formulé en termes généraux, et la norme décision, en tant que détermination du cas individuel, sont considérés comme pleinement normatifs.

Conclusion du titre premier

Le principe juridique écrit nécessite donc de la part du juge qui l'utilise comme outil de justification de ses décisions une prise de distance avec le modèle panlégiste et la déduction syllogistique qui font du

¹⁰⁷² "Selon l'opinion dominante (...), la norme juridique préalablement donnée en tant que telle doit être rendue plus concrète, c'est à dire plus étroite et plus précise, pour le cas d'espèce ; elle doit être 'concrétisée' de l'universel au particulier, du général à l'individuel. (...). Les écoles antipositivistes se distinguent du positivisme légaliste classique par le fait qu'elles envisagent la nécessité d'une intervention active du juriste", *Ibid.*, page 221.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, page 46.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, page 222.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, page 46.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, page 193.

texte le centre de gravité de la normativité. Il s'agit à bien des égards d'une véritable "émancipation" de son rôle que le juge se doit d'accepter, puisqu'en abordant les principes juridiques écrits dans l'optique de la codétermination de la norme, il est conduit à adopter une méthode de décision qui estompe la séparation entre le droit et le fait, et qui l'amène à considérer que la normativité est un processus dans lequel il prend une part active voire créative, et non plus simplement comme un transcripateur mécanique. Il ne tient qu'à lui d'exploiter le pari qu'effectuent les rédacteurs du texte des principes en lui proposant simplement des norme pré-déterminées qui peuvent être exploitées dans des situations bien plus variées et évolutives que de simples règles fixes.

Or, la manière dont les principes du droit de l'environnement ont été utilisés par le juge témoignent de sa difficulté à se défaire d'une forme de tropisme textuel qui le conduit à ne pas s'éloigner du modèle du juge transcripateur. Dans les faits, le sort réservé aux principes environnementaux par le juge administratif est strictement identique à celui de tous les principes écrits que les requérants mobilisent devant lui, et s'exprime par des formes plus ou moins subtiles de déni de leur juridicité.

Titre deuxième

La réception d'une notion émancipatrice par le juge.

La manière dont le juge français a intégré la notion de principe juridique écrit au sein des techniques de justification de ses décisions est, comme pour l'apparition de cette catégorie normative dans le droit écrit, largement empirique. Au niveau constitutionnel le principe juridique écrit est incontestablement, depuis les décisions qui ont intégré le Préambule de 1946 et la Déclaration de 1789 parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, la norme de base, très largement représentée au sein d'un corpus qui vient d'être considérablement étendu avec la Charte de l'environnement de mars 2005. Ces principes font dans ce contexte l'objet de raisonnements de plus en plus poussés, faisant notamment une large part à la pesée conciliatrice et à l'interprétation. C'est à partir de ces normes que le juge justifie ses décisions d'invalidation ou ses déclarations de conformité des lois à la Constitution, et c'est à ce niveau que les méthodes sont les plus abouties, ce qui atteste d'ailleurs de la pleine capacité de ces principes à constituer des moyens de justification des décisions.

En revanche dans le contentieux administratif l'aisance méthodologique du juge est bien moindre. Si leur utilisation y est réelle, à côté de celle des principes non écrits, elle demeure très hétérogène dans ses formes, très imprévisible pour les requérants, et s'apparente surtout à une "rhétorique" jurisprudentielle. Tantôt le principe écrit est utilisé comme élément incontestable de la légalité à même de justifier une décision, mais alors un examen approfondi révèle que ce principe est en réalité souvent une règle, c'est à dire qu'il ne possède pas les attributs isolés plus haut, notamment en termes de saturation de standards et de notions à contenu variable. Tantôt, et dans la majeure partie des cas, il est rejeté comme insuffisamment précis pour remplir cette fonction justificative. Le paradoxe veut en effet qu'un principe juridique écrit, même très précisément formulé dans une loi ou un code, soit moins aisément appliqué dans le cadre du contrôle de légalité par le juge qu'un principe général du droit administratif non écrit, et de valeur simplement supra-décrétale et infra-législative. L'indétermination des principes juridiques écrits, dont argue volontiers le juge pour justifier leur inapplicabilité, semble en fait n'être qu'un argument de façade qui masque des considérations beaucoup plus profondes en termes de séparation des pouvoirs, et de partage du pouvoir normatif entre le juge et le législateur, et qui confirme l'emprise d'un panlégisme au nom duquel le *texte* est considéré comme le centre de gravité du droit. Ce paradoxe n'est d'ailleurs rendu que plus apparent par le fait de l'opposition méthodologique entre le juge constitutionnel, grand utilisateur de principes, et le juge administratif qui demeure beaucoup plus réticent à leur égard.

Comme dans la première partie, consacrée à leur dimension textuelle, c'est un travail de comparaison des principes juridiques du droit de l'environnement avec d'autres champs du droit qui sera réalisé ici, et qui permettra de repérer d'éventuels traits de spécificité dans le domaine de l'utilisation des principes juridiques écrits à des fins justificatives. Il faudra donc dans un premier temps constituer un référentiel comparatif à partir de l'usage de ces principes dans d'autres domaines que l'environnement, dans les pratiques du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de légalité

(**Chapitre I**). Puis analyser en profondeur l'usage des principes environnementaux dans ces domaines, sachant que le contrôle de constitutionnalité ne peut être pour l'instant abordé que sous l'angle prospectif, faute de jurisprudence environnementale (**Chapitre II**). Ces pré-requis permettront ensuite dans un titre troisième de dégager, par comparaison, d'éventuels traits de spécificité.

Chapitre I – La notion de principe juridique écrit dans la justification des décisions juridictionnelles : constitution d'un référentiel comparatif.

Si le principe écrit est utilisé à la fois par le juge administratif et par le juge constitutionnel, c'est de manière radicalement différente. Le juge constitutionnel s'est parfaitement adapté aux normes de référence de son travail de contrôle, incarnées par des principes juridiques écrits de nature variable avec lesquels il jongle pour censurer des lois qui ne leur seraient pas conformes. Même si l'intégration des valeurs environnementales dans la Constitution s'est effectuée sans emprunter les catégories de principes constitutionnels existantes, il est fort probable que le Conseil les intègre à sa méthodologie sans souffrir de leur généralité, puisque celle-ci semble largement comparable à celle des principes existants (**Section 1**). Pour le juge administratif en revanche, si les principes écrits sont utilisés de plus en plus massivement, c'est dans un cadre dénué de toute rigueur méthodologique et qui s'apparente surtout à une forme de rhétorique jurisprudentielle (**Section 2**).

Section 1 – L'intégration des principes écrits dans les syllogismes constitutionnels est une réalité éprouvée.

Le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas directement une affaire de faits. Se situant au sommet de la hiérarchie des normes cette technique n'a pas à apprécier directement de la constitutionnalité d'un comportement par rapport à une norme, mais de celle d'une norme (la loi), par rapport à une autre norme (la Constitution). Cette nécessité de *confronter des catégories juridiques entre elles et non par rapport à des faits* explique sans conteste l'aisance qu'a développé le Conseil constitutionnel pour raisonner sur la base de l'appareil de principes écrits qui gamissent le bloc de constitutionnalité. La Constitution étant une norme à la fois très générale et très solennelle, elle est composée largement de principes juridiques écrits qui constituent donc l'essentiel des normes de référence mobilisables par le juge. L'intérêt méthodologique de ce contrôle en termes d'intégration des principes écrits dans la justification des décisions juridictionnelles est double. En premier lieu il révèle les techniques facilitant l'appréciation de la conformité des dispositions précises d'une loi par rapport à des principes juridiques écrits (§ 1). Et en second lieu il renseigne sur l'un des aspects méthodologiques essentiels des principes juridiques écrits qui réside dans la possibilité pour le législateur – et donc pour le juge qui le contrôle – de les concilier entre eux lorsqu'une disposition, au nom du respect d'un principe, porte atteinte à un autre principe qui lui est opposé (§ 2).

§ 1 – Le rapport entre la loi et le principe constitutionnel écrit : une relation facilitée par un travail d'interprétation homogénéisante.

Nombre des normes à la lueur desquelles le Conseil constitutionnel examine les lois avant leur promulgation possèdent les caractéristiques formelles du principe juridique écrit : généralité, concision, présence de standards et de notions à contenu variable. L'examen de la constitutionnalité des lois, selon les usages de la notion de *conformité* par le Conseil constitutionnel, s'opère donc très souvent par la comparaison des dispositions légales avec des principes juridiques écrits. Ce fut notamment le cas à chaque fois qu'ont été utilisés comme prémisse majeure les "Principes particulièrement nécessaires à notre temps" du Préambule 1946. C'est lors de la décision "liberté d'association" du 16 juillet 1971¹⁰⁷⁷ que le Conseil a intégré ces principes écrits au bloc de constitutionnalité en les faisant accéder au statut de normes de référence. Mais c'est avec la décision "Interruption volontaire de grossesse" du 15 janvier 1975 que l'un des "Principes particulièrement nécessaires à notre temps" du Préambule de 1946 a été appliqué pour la première fois. Le Conseil constitutionnel jugea dans cette décision "qu'aucune des dérogations prévues par cette loi (...) ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel la Nation reconnaît à l'enfant la protection de la santé"¹⁰⁷⁸. Comme cela a pu être analysé, la déclaration de conformité qui est prononcée dans cette décision n'est possible qu'au prix d'une interprétation du concept "d'enfant" comme excluant l'embryon, le principe en cause n'assurant pas une protection dès la conception¹⁰⁷⁹. Cette interprétation demeure implicite mais fait partie intégrante du raisonnement qui permet l'utilisation du principe écrit, sachant que celui qui était en cause ne comportait ni de standards prédictifs du type "grave" "important" ou "proportionné" ni de notions à contenu variable particulièrement vagues, et ne présentait donc pas de difficultés particulières d'interprétation, ce qui n'est pas toujours le cas. Cette première utilisation d'un "Principe particulièrement nécessaire à notre temps" dévoile une pratique qui va se révéler constante par la suite : la corrélation méthodologique entre l'usage d'un principe juridique écrit pour justifier une décision et la pratique interprétative (B). À la suite de cette décision treize des dix huit "principes particulièrement nécessaires à notre temps" ont été appliqués par le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises. Certes, très peu d'entre eux ont donné lieu à des invalidations¹⁰⁸⁰, mais cela ne fait que confirmer un trait dominant de l'utilisation justificative des principes juridiques écrits que l'on retrouve également au niveau législatif et au niveau des principes environnementaux ; il tient peut-être à l'hyper-généralité de ces normes de ne pas fréquemment donner lieu à des situations de non conformité criantes (A).

¹⁰⁷⁷ Ibid., pages 238 à 256.

¹⁰⁷⁸ Cité par L. FAVOREU et L. PHILIP, Ibid., page 321.

¹⁰⁷⁹ Ibid., page 321.

¹⁰⁸⁰ Pour un relevé complet de l'utilisation de ces principes voir L. FAVOREU et L. PHILIP, Ibid., page 324.

A – Le principe constitutionnel écrit et la notion de conformité.

La confrontation de la loi déferée avec le principe constitutionnel écrit s'opère sous l'égide de la notion de "conformité". Mais ce rapport de conformité entre l'acte contrôlé et la Constitution supporte plusieurs degrés qui sont évidemment tributaires du niveau de précision de la norme de référence. Les constitutionnalistes les plus autorisés distinguent usuellement trois degrés d'appréciation des relations entre la loi et la Constitution : la compatibilité, la conformité stricte et la conformité à la lettre¹⁰⁸¹. Notons que le seul terme utilisé par la Constitution pour définir la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est celui de "conformité", et que les nuances et variantes qui y ont été apportées sont le fruit de la jurisprudence et de la doctrine.

La conformité *stricte* a pu être définie comme ce qui n'est pas contraire aux dispositions contenues dans le corps même de la loi fondamentale¹⁰⁸², ou comme la reproduction par la norme contrôlée du schéma ou du "modèle" contenu dans la norme de référence¹⁰⁸³. Sur le plan de la logique juridique, le rapport de conformité ne signifie pas nécessairement que la norme inférieure doive être la copie conforme de la norme supérieure, tout dépend du degré de précision de la norme supérieure mais en général il est admis que le rapport de conformité se résume le plus souvent à une obligation de non contradiction¹⁰⁸⁴. Ainsi en matière de conformité à un principe la marge de manœuvre du juge est-elle assez large, ce qui conduit ce dernier à ne sanctionner que les cas de non conformité manifestes et criantes dans la mesure où les textes laissent une certaine marge de manœuvre au législateur.

C'est donc l'invalidation qui est à même de renseigner le plus justement sur ce qu'il faut entendre par la notion de "conformité à un principe". Les quatre décisions du Conseil ayant invalidé une loi pour cause de non respect d'un principe particulièrement nécessaire à notre temps fournissent de précieux renseignements sur le raisonnement développé par le juge pour confronter une disposition législative à un principe écrit.

B – La nécessaire homogénéisation des normes à confronter.

La méthode du Conseil constitutionnel pour confronter les dispositions litigieuses d'une loi qui lui est déferée avec un principe constitutionnel consiste à confronter non le *texte* des normes en cause mais les *interprétations* qu'il en a préalablement livrées. La confrontation du principe avec l'article de loi

¹⁰⁸¹ Voir L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", *op. cit.*, page 986.

¹⁰⁸² *Ibid.*, page 250.

¹⁰⁸³ "C'est ainsi que, dans la décision des 17, 18 et 24 juin, il déclare non conforme l'article 31-5 du règlement au motif que cette disposition qui limite le temps de parole des ministres à cinq minutes ne découle pas de l'article 31 de la Constitution, dont aucune disposition ne prévoit expressément cette possibilité de limitation : la règle n'était pas incompatible avec la règle supérieure (...) mais elle ne pouvait prendre appui sur aucune autorisation contenue dans l'article 31", L. FAVOREU et L. PHILIP, *ibid.*, page 42..

¹⁰⁸⁴ Voir dans ce sens R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, *op. cit.*, page 968.

contesté par les auteurs de la saisine n'en est que plus aisée, puisque l'écart opposant la norme de référence (très générale) avec la norme contrôlée (très précise) est ainsi amenuisé, par le biais d'une homogénéisation entre les deux termes de la comparaison. Celle-ci tend à donner au principe une précision qui soit à même de le rendre comparable avec la loi déferée, et conduit le juge à en donner une interprétation parfois très détaillée.

La première décision invalidant les dispositions d'une loi contraires à un "principe particulièrement nécessaire à notre temps" concernait le droit de grève¹⁰⁸⁵. Ce dernier est mentionné à l'alinéa 7 du Préambule de 1946 qui précise que "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", et fut invoqué contre la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail. La première étape du raisonnement du Conseil consiste à interpréter l'alinéa 7 du Préambule de 1946, en précisant "qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays". L'activisme interprétatif du juge est ici patent et le contraste très élevé entre un principe au texte relativement laconique, bien que ne comprenant pas de standards prédictifs, et le résultat de son éclaircissement comme habilitation du législateur à opérer une balance entre le droit de grève entendu comme moyen de défense des intérêts professionnels et l'une des facettes de l'intérêt général qu'est la continuité du service public. Le juge combine ici l'interprétation génétique, en invoquant la volonté des constituants, et l'interprétation systémique qui met ces dispositions en relation avec d'autres impératifs constitutionnels avec lesquels elle doit être conciliée. Par ce préalable, le juge se constitue une prémisse majeure pour son raisonnement qui est bien plus riche que le texte de départ. Dans les termes de Friedrich Müller le résultat de cette interprétation s'apparente au "programme normatif", qui extrait du texte toutes les ressources qu'il est possible d'en tirer. Ce préalable interprétatif, débouchant ensuite sur une "norme juridique" dont le texte n'est qu'un élément de départ, permet plus facilement d'aboutir à une déclaration de non conformité. En effet, le Conseil constitutionnel expose ensuite la prémisse mineure de son raisonnement qui est constituée par la première phrase du paragraphe III de la loi

¹⁰⁸⁵ Voir la décision du Conseil constitutionnel n°79-105 DC, notamment les considérants n°s 5 et 6, Légifrance, Jurisprudence constitutionnelle, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

déférée : "lorsque les personnels des sociétés nationales de programme de télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonctions pour assurer la continuité des éléments du service nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10". La confrontation de la norme déférée avec la norme de référence, qui conduit le Conseil constitutionnel à déclarer la non conformité s'opère selon un raisonnement centré sur les conditions de la limitation du droit de grève et leurs justifications. Le Conseil précise en effet que par la disposition déférée "le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés". Ainsi, selon le juge, la loi porte une atteinte au droit de grève qui n'est pas justifiée par la défense de la continuité du service public mais par "l'exécution d'un service normal" et "l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10 de la loi du 7 août 1974". C'est donc au nom d'un objectif, implicitement assigné par l'alinéa 7 du Préambule de 1946 au législateur, de conciliation entre les principes constitutionnels du droit de grève et de la continuité du service public que le Conseil invalide les termes précités du paragraphe III de l'article 26 de la loi déférée.

La seconde invalidation d'une loi pour violation de principes particulièrement nécessaires à notre temps concernait les alinéa 4 et 10 du Préambule de 1946 concernant respectivement le droit d'asile et l'obligation faite à la nation d'assurer à l'individu et à la famille les conditions de leur développement¹⁰⁸⁶. Pour le principe du droit d'asile, qui précise que "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République", le conseil précise d'abord en vertu de la jurisprudence du cliquet¹⁰⁸⁷ que "si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle", pour ajouter ensuite en précisant le sens du principe que "le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que sous réserve de la conciliation de cette

¹⁰⁸⁶ Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC, notamment les considérants n°s 69 à 74, et n°s 81 à 86, Légifrance, Jurisprudence constitutionnelle, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁰⁸⁷ Voir L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., page 585, et M. A. COHENDET "Droit constitutionnel", op. cit., page 63.

exigence avec la sauvegarde de l'ordre public, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel". Ces précisions étant faites le Conseil peut ensuite confronter cette interprétation de l'alinéa 4 du Préambule de 1946 avec les articles litigieux de la loi déférée. Ici encore, c'est un souci d'homogénéisation des normes confrontées qui préside à son raisonnement, qui analyse ensuite la norme litigieuse en précisant que "l'article 31 bis de l'ordonnance précitée énumère quatre cas dans lesquels l'admission au séjour d'un demandeur d'asile peut être refusée ; que le premier cas, visé au 1° de cet article, concerne l'examen d'une demande d'asile qui «relève de la compétence d'un autre Etat» (...) ; que cet article dispose par ailleurs que lorsque l'admission au séjour a été refusée dans ce cas, le demandeur d'asile ne peut saisir l'office français de protection des réfugiés et apatrides d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié". Le résultat de la confrontation de ces normes ainsi précisées fait clairement apparaître la non conformité, exprimée en ces termes par le juge : "en privant ainsi les étrangers concernés de faire valoir leur droit, le législateur a méconnu les principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; qu'ainsi, dès lors qu'ils comportent cette restriction, les mots «pour l'un des motifs visés aux 2° à 4° du présent article» qui figurent au dernier alinéa de l'article 31 bis de l'ordonnance sont contraires à la Constitution".

L'application de l'alinéa 10 du Préambule de 1946 dans la même décision reconduit cette méthode qui consiste à rendre les deux termes de la comparaison à peu près homogènes, de manière à ce que la non conformité puisse être précisément démontrée et justifiée. Le Conseil précise donc la manière dont il faut entendre "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" en matière de droit au regroupement familial en affirmant "qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit". Le Conseil argue ensuite de la généralité de ce droit pour déclarer non conformes les restrictions contenues dans la loi : "considérant en quatrième lieu que l'exclusion de tout regroupement familial au bénéfice des étrangers qui au moment où ils formulent leur demande résident en France en qualité d'étudiant n'est pas justifiée, au regard du caractère général que le Préambule de la Constitution de 1946 confère au droit au regroupement familial, par une différence par rapport à la situation des autres demandeurs potentiels ; que par suite l'alinéa aux termes duquel «Les étrangers séjournant en France sous le couvert d'un titre de séjour

portant la mention *étudiant* ne peuvent bénéficier du regroupement familial» est contraire à la Constitution".

Ces exemples confirment s'il en était besoin la dimension interprétative évidente de la mission d'un juge amené à raisonner sur la base de principes juridiques écrits, d'abord dans le but d'homogénéiser les normes à confronter pour éviter que la trop grande généralité du principe empêche toute appréciation d'une éventuelle non conformité, et ensuite parce que les ressources purement textuelles de ces principes sont relativement pauvres en dehors d'une interrogation de leur contexte génétique, systémique ou d'une interprétation téléologique. La théorie structurante du droit de Friedrich Müller constitue ici une grille de lecture pertinente puisque le juge constitutionnel ne contrôle pas la loi déferée par rapport au texte du principe particulièrement nécessaire à notre temps, mais par rapport à la "norme juridique" qu'il constitue préalablement à partir de ce texte en utilisant les ressources interprétatives pour produire le "programme normatif" et le "champ normatif". La "norme décision", ultime étape du processus, étant constituée par la décision de non conformité.

§ 2 – Le rapport entre les différents principes constitutionnels écrits : une application cumulative qui permet de concilier des principes antinomiques.

La Constitution et les textes qui lui sont rattachés offre un système de normes qui n'a pas grand chose à voir avec celui des règles conditionnelles applicables mécaniquement, et qui permet de rattacher son fonctionnement à la théorie développée par Ronald Dworkin au sujet des principes juridiques (A). Le contrôle de cette conciliation entre principes par le législateur s'opérant par le recours aux concepts d'erreur manifeste d'appréciation et de proportionnalité (B).

A – L'intérêt des principes constitutionnels écrits : un système de normes pondérables et d'application cumulative.

Dans le cadre de son analyse des principes juridiques, Ronald Dworkin attribue à ces derniers la spécificité de pouvoir s'appliquer par pondération et donc de se combiner entre eux sans que – à la différence des règles – l'application de l'un puisse exclure celle d'un autre¹⁰⁸⁸. Le principe ne fait que

¹⁰⁸⁸ Cette propriété est également attribuée aux principes par Robert Alexy : "Les règles sont des normes qui, continuellement, ne peuvent qu'être exécutées ou non exécutées. Lorsqu'une règle est en vigueur, il est alors commandé de faire ce qu'elle exige, ni plus ni moins. Par opposition les principes sont des impératifs d'optimisation qui sont caractérisés par le fait qu'ils peuvent être réalisés à des degrés divers et que la mesure exigée de leur exécution [...] dépend entre autres des possibilités juridiques. Le champ des possibilités juridiques étant délimité par des principes contraires", R. ALEXY : "Die Logische Analyse juristischer Entscheidungen", in *Archiv für Rechts und sozial philosophie*, Beiheft, N.F. 14, 1980, p 75 et s., cité par F. MÜLLER : "Le discours de la méthode juridique", traduction d'Olivier JOUANJAN, PUF, Léviathan, Paris, 1996, page 154.

"donner une raison d'aller dans un sens", "ne possédant pas de conséquences juridiques en découlant automatiquement lorsque les conditions sont remplies", là où une règle s'applique sur le mode du "tout ou rien"¹⁰⁸⁹. Ce trait distinctif, qui tient en partie à la structure formelle de ces normes dont les conditions et le dispositif ne sont pas assez discriminants pour exiger une application exclusive, justifie qu'un principe puisse n'être appliqué que partiellement pour satisfaire à un autre principe de même niveau avec lequel il doit être concilié. Sur le plan des techniques de raisonnement du Conseil constitutionnel français cette caractéristique, qui débouche sur la conciliation de principes constitutionnels, découle du fait que ceux-ci ne sont pas formellement ou matériellement hiérarchisés entre eux¹⁰⁹⁰ et qu'une solution guidée par le concept de validité, du type "invalidation de la norme inférieure non conforme à la norme supérieure" est impossible, sauf à admettre la thèse de la supra-constitutionnalité. Par conséquent, lorsque le législateur adopte une loi, il est conduit à porter atteinte à certains principes pour en privilégier d'autres, sans que soit encouru, pour ce seul fait, le risque de la non conformité. Ainsi par exemple le droit de propriété doit ainsi supporter les atténuations liées au principe de protection de la santé, et le droit de grève doit être concilié avec la continuité du service public.

B – Le contrôle de la conciliation des principes : erreur manifeste et proportionnalité.

Dans sa tâche d'élaboration des lois le législateur est le premier à devoir assumer le caractère pondérable et relatif des principes écrits qui forment le bloc de constitutionnalité. Aucun des principes constitutionnels n'ayant une valeur absolue¹⁰⁹¹, le respect de la Constitution par la loi est une affaire de compromis, une loi qui met nouvellement en œuvre un principe dans un domaine donné étant parfois amenée pour ce faire à porter atteinte à un autre principe. Un recensement exhaustif des antinomies constitutionnelles¹⁰⁹² n'est pas nécessaire ici pour comprendre que l'exercice d'une liberté peut empiéter plus ou moins fortement sur une valeur protégée ou sur l'exercice d'une autre liberté. Le Conseil a donc développé une méthode de contrôle de la conciliation opérée par le législateur¹⁰⁹³ entre les principes potentiellement contradictoires de la Constitution. Plusieurs décisions voient le

¹⁰⁸⁹ R. DWORKIN : "Prendre les droits au sérieux", op. cit., page 82.

¹⁰⁹⁰ Voir sur ce point l'argumentation décisive de G. DRAGO : "La conciliation entre principes constitutionnels", DALLOZ, chronique, 1991, page 265, et de G. VEDEL : "La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le bloc de constitutionnalité", in G. VEDEL (dir.) : "La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence", PUF, Paris, 1989, page 56.

¹⁰⁹¹ D. ROUSSEAU : "Droit du contentieux constitutionnel", 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001, page 127.

¹⁰⁹² Voir infra, page 394, pour la recherche des antinomies potentielles entre les principes constitutionnels du droit de l'environnement et les principes existants dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

¹⁰⁹³ Prérogative reconnue au législateur en vertu d'une interprétation de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 par le Conseil constitutionnel selon laquelle "en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré", voir la décision du conseil constitutionnel n° 85-187 DC, "État d'urgence en Nouvelle Calédonie", 25 janvier 1985, Recueil page 43, Considérant n° 3.

développement de cette technique interprétative¹⁰⁹⁴ qui consiste à apprécier *in concreto*, à la lueur de chaque loi contrôlée, la manière dont deux principes antagoniques peuvent être conciliés. Cette méthode consiste d'abord à explorer toutes les possibilités de réduction de l'antagonisme¹⁰⁹⁵ (application cumulative, champs d'application différents, actualisation de la norme ancienne), puis le cas échéant à organiser la modularité des sacrifices¹⁰⁹⁶ qu'il est conduit à imposer au cas par cas à certains principes au nom du respect d'un autre.

Ainsi dans la décision du 23 novembre 1977 "Liberté d'enseignement et de conscience"¹⁰⁹⁷, le Conseil constitutionnel concilie dans le cadre du contrôle d'une loi relative à la liberté de l'enseignement un "Principe fondamental reconnu par les lois de la République", la liberté de l'enseignement, avec l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'alinéa 5 du Préambule de 1946 dont il tire un principe de liberté de conscience. Cette conciliation entre principes lui permet de déclarer conforme à la Constitution l'article premier de la loi déferée selon lequel "les maîtres auxquels est confiée la mission d'enseigner dans un établissement privé lié à l'État par contrat d'association sont tenus de respecter le caractère propre de cet établissement". Pour le Conseil cet article ne constitue qu'une expression de la "liberté d'enseignement" qu'il consacre comme "principe fondamental des lois de la République" rappelé à l'article 91 de la loi de finances du 31 mars 1931, et qui permet l'existence d'un enseignement privé parallèlement à celle d'un enseignement public, sans que puisse y être opposé l'alinéa 13 du Préambule de 1946. Mais l'expression de ce principe dans l'article premier de la loi déferée, imposant le respect du caractère propre de l'établissement, ne saurait aller jusqu'à empiéter sur la liberté de conscience des maîtres en les contraignant à renoncer à leurs croyances et à leurs opinions. En d'autres termes l'expression d'un principe est ici tempérée par celle d'un autre grâce à une application simultanée qui se traduit par une forme de pesée des intérêts. D'un côté le principe de liberté de l'enseignement se prolonge par l'obligation pour les maîtres de respecter les spécificités de l'enseignement privé, c'est à dire – comme le Conseil le précisera dans une décision ultérieure¹⁰⁹⁸ – par l'observation d'un devoir de réserve dans leur enseignement. C'est ici une valeur de pluralisme des enseignements qui est sous tendue par le raisonnement. Mais d'un autre côté, ce devoir de réserve qui est à même de maintenir une différence entre l'enseignement public et privé, ne saurait aller jusqu'à empiéter sur la liberté de conscience et d'opinion des maîtres.

Dans une décision du 29 janvier 1983 relative aux perquisitions fiscales le Conseil utilise également cette méthode de conciliation à propos de l'article 89 de la loi de finances pour 1984 permettant à des agents de l'administration fiscale de procéder à des saisies et perquisitions. Après avoir rappelé le

¹⁰⁹⁴ Interprétative en effet, puisque comme le dit Guillaume DRAGO les critères de validité permettant habituellement de résoudre les conflits de normes hiérarchisées entre elles sont ici inopérants, voir **G. DRAGO** : "La conciliation entre principes constitutionnels", op. cit., page 265.

¹⁰⁹⁵ Ibid., page 266.

¹⁰⁹⁶ Voir **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", Montchrestien, Paris, 2001, page 127.

¹⁰⁹⁷ Décision du Conseil constitutionnel n°77-87 DC, *in* **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., page 342 et s.

¹⁰⁹⁸ n°84-185 DC, paragraphe 11.

principe de la nécessité de l'impôt formulé par l'article 13 de la Déclaration de 1789, et le principe de la liberté individuelle dont la garde est confiée à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution de 1958, le Conseil précise que la liberté individuelle ne peut justifier la fraude fiscale et en entraver la légitime répression¹⁰⁹⁹. Ainsi pose-t-il la possibilité d'une application combinée des principes en cause en regard des dispositions plus précises de la loi déferée. C'est sur le terrain des modalités de leur application que le Conseil va affiner son raisonnement, en précisant notamment que si les opérations visées par l'article 89 de la loi sont justifiées par le principe de nécessité de l'impôt, le principe de liberté individuelle doit y apporter des tempéraments. Ainsi reprochera-t-il à la loi de ne pas prévoir d'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66, lors des opérations prévues par l'article 89 qui sur ce point n'est pas jugé assez précis.

Les exemples du caractère non absolu des principes constitutionnels sont très nombreux, qui débouchent sur une modulation permanente de leur application combinée¹¹⁰⁰, voire sur une conciliation entre les deux significations d'un même principe¹¹⁰¹. Comme le constatent la plupart des constitutionnalistes cette mise en balance s'opère sous l'égide d'un "principe directeur de proportionnalité" donnant lieu à un contrôle par le Conseil de "l'erreur manifeste" commise par le législateur dans l'appréciation discrétionnaire¹¹⁰² des sacrifices imposés à un principe au nom d'un autre¹¹⁰³. Il y a lieu de noter également que les sacrifices ne sont aucunement toujours supportés par les mêmes principes et qu'ils varient pour un même principe selon les circonstances du contrôle, ce qui interdit de tirer de cette pratique une quelconque hiérarchisation¹¹⁰⁴.

L'intérêt méthodologique de cette technique d'interprétation et de mise en balance des principes constitutionnels est, comme on va le voir maintenant, sans commune mesure avec celui des pratiques empiriques qui sont mises en œuvre par le juge administratif lorsqu'il examine la conformité d'une disposition réglementaire par rapport à un principe législatif écrit.

¹⁰⁹⁹ Décision reproduite par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** in "Les grandes décisions du conseil constitutionnel", op. cit., page 557.

¹¹⁰⁰ Voir pour un recensement des principes en conflit **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", op. cit., pages 127 à 129.

¹¹⁰¹ Voir à ce titre l'exemple soulevé par Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX au sujet du droit au travail de chacun qui peut être limité pour permettre son exercice par le plus grand nombre dans le cadre de la loi sur la réduction du temps de travail, **B. MATHIEU** et **M. VERPEAUX** : "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", LGDJ, Paris, 2002, page 474.

¹¹⁰² Selon la formule prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, dite "Interruption volontaire de grossesse", où il précise en effet que "l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement", citée par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** in "Les grandes décisions du conseil constitutionnel", op. cit., page 304.

¹¹⁰³ Sur les liens entre ces deux techniques de contrôle voir **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Les grandes décisions du conseil constitutionnel", op. cit., page 642.

¹¹⁰⁴ **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", op. cit., page 129.

Section 2 – Le principe juridique écrit dans la jurisprudence administrative : une réalité terminologique mais non juridique.

Si l'on s'en tient à un constat terminologique, c'est à dire à la réponse d'un moteur de recherche jurisprudentiel interrogé sur les occurrences du mot *principe* ou *principe de*, la notion de principe législatif écrit apparaît, sous des formes diverses, comme une notion très usitée du juge administratif français (§ 1). Mais passé ce constat d'une banalisation de l'usage de la notion, qui renseigne en réalité très peu sur sa nature, il faut se rendre à l'évidence d'un très grand vide conceptuel. D'une part en effet ces principes sont évoqués de manière très hétérogène, en faisant une large place à des variations sémantiques peu compatibles avec l'édification d'un régime juridique clair (§ 2). D'autre part ils ne renvoient à aucune réalité juridique spécifique, ce d'autant plus que le juge qualifie souvent de "principe" des normes qui n'ont pas été qualifiées comme telles par le législateur, voire des normes qui possèdent en réalité les caractéristiques formelles des règles (§ 3). Les principes qui vont être évoqués ici ne correspondent donc que très rarement à ceux qui ont été disposés dans les codes législatifs et qui ont été étudiés sous l'angle textuel en première partie. Au final, il faut donc admettre qu'ils ont une utilité justificative assez faible (§ 4).

§ 1 – Un constat : le juge administratif intègre des principes juridiques écrits soulevés par les requérants dans les normes de référence du contrôle de légalité.

C'est sous l'effet de la sollicitation des requérants que le juge administratif s'est trouvé contraint d'examiner le moyen de la violation d'un principe écrit par un acte qui lui était déféré. Sur le simple plan du constat quantitatif il y a lieu de noter que l'intégration de ce type de normes au contrôle de légalité est non seulement récente et répandue, mais qu'elle est sujette à une certaine expansion (A). Sur un plan qualitatif il faut constater qu'elle n'est pas circonscrite à une branche du droit donnée, qu'elle concerne tantôt des principes législatifs, tantôt des principes de valeur constitutionnels (B), et qu'elle voit émerger des principes qui ne sont pas toujours ceux qui ont été qualifiés comme tels par le législateur (C).

A – Une pratique récente mais qui tend à s'amplifier.

Il faut attendre les années quatre vingt pour voir apparaître des principes juridiques écrits de niveau législatif dans les considérants de certaines décisions. Ainsi est invoqué dans un arrêt du Conseil d'État "Lezzerio" du 27 juin 1986¹¹⁰⁵ le "principe du droit à la pratique sportive pour tous", figurant à l'article

¹¹⁰⁵ N° 73596, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

1^{er} de la loi du 16 juillet 1984, contre une décision de la Fédération française des sports de glace interdisant la participation aux compétitions de hockey sur glace d'équipe mixtes. De même qu'un "principe législatif selon lequel le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une position statutaire et réglementaire", est examiné par le Conseil d'État dans un arrêt "Charpentier" du 30 septembre 1987¹¹⁰⁶ où sa violation était invoquée à tort contre un décret. Mais c'est surtout durant les années quatre vingt dix que le qualificatif de "principe" est de plus en plus massivement invoqué dans le cadre du contentieux pour excès de pouvoir, et pour désigner des normes législatives écrites. Ainsi dans un arrêt du Conseil d'État "Syndicat national des cadres hospitaliers"¹¹⁰⁷ du 18 octobre 1991 est reconnue l'existence d'un "principe d'accès des fonctionnaires territoriaux à la fonction publique de l'État" issu de l'article 14 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Dans un arrêt du Conseil d'État "Union départementale des syndicats Force ouvrière (Saint-Pierre-et-Miquelon)", du 29 novembre 1993¹¹⁰⁸ est invoqué le "principe de parité sociale globale avec la métropole" posé par l'article 1^{er} de la loi n° 86-1383 du 31 décembre 1986 relative au développement des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte ; le juge en interprétera le sens pour dénier qu'il puisse être utilement invoqué contre le décret attaqué.

Vers la fin des années quatre vingt dix et le début des années deux mille la prolifération des principes législatifs énoncés dans les textes récents conduit tout naturellement à leur invocation exponentielle dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Loin de les ignorer les juridictions administratives examinent le bien fondé des moyens dont ils constituent le fondement, précisant tantôt que les principes en cause ont été respectés, tantôt qu'ils ont été méconnus par les textes déférés. Ainsi un arrêt du Conseil d'État "Comité académique de l'enseignement catholique des Pays de Loire" du 13 mars 2002¹¹⁰⁹ annule pour violation du "principe de parité posé par l'article 21 de la loi du 20 juillet 1992", la décision implicite par laquelle le ministre de l'éducation nationale a rejeté la demande des requérants tendant à l'extension aux maîtres contractuels ou agréés exerçant la fonction de directeur d'établissement d'enseignement privé du premier degré sous contrat du bénéfice de la décharge de service de quatre jours dont bénéficient leurs homologues de l'enseignement public. Dans une décision "Société Rezéenne de l'automobile" du 29 décembre 2000¹¹¹⁰ la Cour administrative d'appel de Nantes confirme, pour non respect du "principe législatif selon lequel l'activité de contrôle technique automobile doit s'exercer dans des locaux n'accueillant pas des activités de réparation ou de commerce automobile" figurant à l'article L. 323-1 du Code de la route, l'annulation de la décision du préfet de la région Pays de la Loire, préfet de Loire-Atlantique, du 17 octobre 1994 agréant au profit du réseau de

¹¹⁰⁶ N° 73168, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁰⁷ N° 59787, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁰⁸ N° 107329, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁰⁹ N° 220217, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹¹⁰ N° 97NT02226 et 97NT02294, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

contrôle Véritas Auto l'installation auxiliaire de contrôle technique automobile sise dans les locaux de la société rézéenne de l'automobile.

Cet usage de plus en plus fréquent se confirme et s'accroît dans la période contemporaine, attestant d'un véritable engouement du juge pour le concept de principe. Ainsi dans un arrêt "Fédération FNSEA PTT" du 24 mars 2004¹¹¹¹ le Conseil d'État se livre au contrôle de la légalité de l'arrêté du 9 juillet 2001 déterminant la liste des éléments à prendre en compte dans l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de France Télécom, au regard du "principe selon lequel le grade est distinct de l'emploi et constitue le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent" figurant à l'article 12 de la Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 ; à cette occasion le Conseil entre dans le détail de l'application du principe en précisant que l'arrêté contesté en fait une exacte application, "en permettant aux détenteurs du pouvoir de nomination de distinguer parmi les agents qui ont vocation à occuper un emploi ceux qui seront le mieux à même de donner satisfaction à ce poste".

Pour éviter de prolonger indéfiniment cette liste d'exemples on notera simplement qu'en 2004, et en se basant sur la base de données jurisprudentielles Légifrance, 26 décisions de Cours administratives d'appel et du Conseil d'État ont eu à se prononcer au regard d'un principe juridique écrit de niveau législatif invoqué par les requérants. Ce chiffre était de 9 en 2003, de 7 en 2002, de 4 en 2001, et décroît ainsi progressivement jusqu'à se maintenir autour de 3 ou 4 décisions par an depuis le début de l'apparition du phénomène dans les années quatre vingt.

Le constat qui doit être tiré de cette analyse rapide est que le juge administratif français est tout à fait à même de procéder au contrôle de légalité d'un acte administratif au regard de principes écrits de valeur législative, et que la notion de principe n'est pas *a priori* incompatible avec le raisonnement qui sous-tend ce contrôle. Il faut ajouter par surcroît que ce constat n'est pas propre à un champ donné du droit, et qu'il conduit parfois le juge administratif à utiliser dans le contrôle de légalité des principes juridiques écrits de valeur constitutionnelle.

B – Une pratique qui concerne de nombreux champs et niveaux du droit.

L'usage des principes législatifs dans le contentieux répond à la stimulation des requérants et dépend donc de leur connaissance des principes écrits mobilisables et de l'accueil que leur réserve le juge. Pourtant force est de constater que de nombreux champs du droit sont concernés et que cette pratique ne semble pas posséder de domaine de prédilection. Ainsi ces principes législatifs écrits sont autant issus du domaine de la fonction publique (sanctions, durée d'affectation, garanties statutaires,

¹¹¹¹ N° 238157, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

mobilité...), du transport (droit au transport) et de l'enseignement (financement des écoles privées), que du sport (droit à la pratique sportive), du contrôle technique automobile, de l'habitat social, du travail (parité) ou de la santé (responsabilité du médecin). Certes la masse de contentieux où ces principes sont invoqués par les requérants favorise quantitativement certains domaines comme celui de la fonction publique, mais dans l'ensemble il est impossible de déceler un lien entre un champ du droit et l'usage juridictionnel de principes législatifs écrits.

Il y a lieu d'ajouter ici que depuis leur inscription dans la loi Barnier du 2 février 1995 les quatre principes du droit de l'environnement ont été invoqués et examinés dans une soixantaine d'arrêts¹¹¹², ce qui rapporté au nombre de principes invoqués – tous secteurs confondus – dans d'autres domaines du droit, donne à penser que ces principes ont fait l'objet d'une utilisation contentieuse très importante, certainement liée au fait que ces principes soient bien connus des requérants et notamment des requérants associatifs¹¹¹³.

Un autre constat doit être opéré ici sur le plan de la hiérarchie des normes, qui montre que les juridictions administratives appliquent parfois dans le cadre du contrôle de légalité des principes constitutionnels, communautaires ou de droit européen. Ainsi dans un arrêt "Mouvement marnais pour le planning familial" du 20 janvier 2004¹¹¹⁴, la Cour administrative d'appel de Nancy examine une délibération de la Ville de Reims au regard du "principe d'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes pour un même travail" issu de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne. De même dans un arrêt du 25 janvier 2004 "Mariannick X", la Cour administrative d'appel de Paris examine une décision de rejet de changement de patronyme au regard du principe de non discrimination de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹¹⁵. Enfin dans une décision "Mr et Mme Gourdon" du 18 juin 2002¹¹¹⁶, le Tribunal administratif de Nice fonde sur le "principe de gratuité de l'enseignement", qui figure à la fois dans l'article 13 du préambule de la Constitution de 1946 et dans l'article L. 132-1 du Code de l'éducation, l'annulation d'une décision du maire demandant une contribution aux frais d'entretien et de fonctionnement de l'école aux parents des élèves fréquentant une maternelle publique.

Le raisonnement à partir d'un principe écrit n'est donc pas exclu de la pratique des juridictions administratives. Il est même des cas où le juge utilise des principes qui n'avaient pas été formellement identifiés comme tels par le législateur.

¹¹¹² Cours administratives d'appel et Conseil d'État, source Légifrance, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹¹³ Voir sur ce point la réponse au questionnaire réalisé par le Ministère de l'écologie et du développement durable dans le cadre de la préparation de la Charte de l'environnement, qui montrait que les principes législatifs du droit de l'environnement étaient dans l'ensemble considérés comme clairs et bien connus par la société civile, voir *infra* page 367.

¹¹¹⁴ N° 99NC00725, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹¹⁵ N° 02PA01474, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹¹⁶ N° 00-2397, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

C – Des principes très variés et souvent qualifiés comme tels par le juge.

Le recensement des principes juridiques écrits de valeur législative utilisés par le juge n'aurait pas d'intérêt s'il ne montrait que ces derniers sont extrêmement variables quant à leurs qualités formelles et rédactionnelles, ce dans le but de les comparer avec les principes écrits du droit de l'environnement. Si la figure du principe formellement identifié par une loi est plutôt rare, en dehors du cas des principes du code de l'environnement dont on a constaté plus haut les indéniables qualités rédactionnelles, celle du principe constitué par le juge à partir d'une disposition législative non nécessairement très solennelle est beaucoup plus fréquente. L'usage du vocable "principe" par le juge vise donc des normes très variables. Ainsi l'on peut noter parmi les très nombreux principes législatifs dont la violation a été dénoncée par des requérants le "*principe de codification à droit constant*"¹¹¹⁷ issu de l'article 1^{er} de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999¹¹¹⁸, le "*principe de remise en concurrence effective de la délégation de service public*"¹¹¹⁹ issu de la loi du 29 janvier 1993, le "*principe de la liberté de prescription du médecin, et de liberté de choix de son médecin par le malade*"¹¹²⁰ issu de l'article 9 du Code de déontologie médicale et de l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale, le "*principe de participation des fonctionnaires*"¹¹²¹, issu de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983¹¹²², le "*principe de la conservation, de l'amélioration et de l'accroissement des ressources en eau*"¹¹²³, posé par la loi du 16 décembre 1964 selon l'interprétation qu'en donne le juge à la suite des requérants puisque ce principe n'y est pas explicitement formulé, le "*principe de parité*"¹¹²⁴ posé par l'article 21 de la loi du 20 juillet 1992¹¹²⁵, le "*principe de mobilité entre les fonctions publiques*"¹¹²⁶ posé par l'article 14 de la loi du 13 juillet 1983 mais non cité par le juge, le "*principe de l'indépendance du commissaire aux comptes*"¹¹²⁷ issu de l'article L.822-10 du Code de commerce¹¹²⁸, le "*principe*

¹¹¹⁷ Voir Conseil d'État "Mme Tirapolsky", 25 mars 2002, N°224221, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹¹⁸ "Les dispositions modifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit".

¹¹¹⁹ Voir Cour administrative d'appel de Marseille, "Mme Danièle X", 13 janvier 2004, N° 99MA02005, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²⁰ Voir Conseil d'État, Mr Alexis Ouendeno", 30 janvier 2002, N°203328, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²¹ Voir Conseil d'État, Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts et autres", 21 avril 2000, N°199638, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²² "Les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière".

¹¹²³ Voir Cour administrative d'appel de Nancy, "Société anonyme PEC-RHIN", 5 juin 2003, N° 99NC01043, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²⁴ Voir Conseil d'État, "Comité académique de l'enseignement catholique des Pays de Loire", 13 mars 2002, N°220217,

¹¹²⁵ "les maîtres liés à l'Etat par agrément ou par contrat qui exercent la fonction de directeur d'un établissement privé du premier degré sous contrat bénéficient de décharges de service dans les mêmes conditions que les directeurs des écoles publiques".

¹¹²⁶ Voir Cour administrative d'appel de Lyon, Mme Faria, 2 octobre 2001, N° 98LY01527, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²⁷ Voir Conseil d'État, "Caisse de garantie des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises", 27 octobre 2000, N° 210838, N°211816, N°211927, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹²⁸ "Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance"

d'homogénéité"¹¹²⁹ posé par l'article 6 de la loi n° 90-669 du 30 juillet 1990¹¹³⁰, le "*principe de parité sociale globale avec la métropole*"¹¹³¹ issu de l'article 1 de la loi n° 86-1383 du 31 décembre 1986¹¹³², le "*principe du droit à la pratique sportive pour tous*"¹¹³³, posé selon le juge par l'article 1 de la loi du 16 juillet 1984 ce qui constitue une interprétation d'un texte s'apparentant plutôt à un objectif législatif¹¹³⁴, le "*principe législatif selon lequel l'activité de contrôle technique automobile doit s'exercer dans des locaux n'accueillant pas des activités de réparation ou de commerce automobile*"¹¹³⁵ figurant à l'article L.323-1 du Code de la route¹¹³⁶, le "*principe de cohésion sociale*"¹¹³⁷ tiré de l'article 1 de la loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville¹¹³⁸. Le qualificatif de principe a même été employé pour désigner une norme réglementaire, il s'agissait du "*principe d'interdiction de la détention d'armes de première et de quatrième catégorie*"¹¹³⁹ issu de l'article 15 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions.

Cet inventaire révèle une première série de traits caractéristiques de l'utilisation juridictionnelle du principe juridique écrit. Tout d'abord l'usage du terme "principe" ne recouvre que rarement une qualification ayant été préalablement donnée par le législateur. Dans la plupart des cas le juge qualifie de "principe" une norme qui n'a été qualifiée ainsi par personne d'autre que lui, si ce ne sont les requérants. C'est ainsi qu'exceptés certains des quatre principes du droit de l'environnement, très peu des normes placées en exergue des Codes où elles sont qualifiées de "principes généraux" par les codifications à droit constant sont examinées par le juge et/ou soulevées par les requérants. Autrement dit le juge administratif ne se sent pas lié par les qualifications du législateur ou du codificateur et soit s'accorde la prérogative de qualifier de "principe" les normes de son choix, soit reprend à son compte la qualification qui a été opérée dans les moyens développés par les requérants.

¹¹²⁹ Voir Cour administrative d'appel de Nancy, "Commune de Saint Quentin", 6 juillet 1993, N° 92NC00751, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹³⁰ "Un secteur d'évaluation regroupe les communes ou parties de communes qui, dans le département, présentent un marché locatif homogène

¹¹³¹ Voir Conseil d'État, "Union départementale des syndicats Force ouvrière (Saint Pierre et Miquelon)", 29 novembre 1993, N° 107329, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹³² "L'effort de la Nation en faveur des départements d'outre-mer, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Mayotte tend au développement économique, à l'emploi des jeunes, à la mobilité des populations entre ces collectivités et la métropole, à la réalisation en cinq ans, dans les conditions fixées par la présente loi, de la parité sociale globale avec la métropole".

¹¹³³ Voir Conseil d'État, "Lezzerio", 27 juin 1986, N° 73596, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹³⁴ "Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale. Elles contribuent également à la santé. Leur promotion et leur développement sont d'intérêt général".

¹¹³⁵ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, "Société rézéenne de l'automobile", 29 décembre 2000, N° 97NT02226, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹³⁶ "Les fonctions de contrôleur ainsi que les autres fonctions exercées dans les organismes susvisés sont exclusives de toute autre activité exercée dans la réparation ou le commerce automobile"

¹¹³⁷ Voir Conseil d'État, "Commune de Gennevilliers", 22 novembre 2002, N° 229192, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹³⁸ "Afin de mettre en œuvre le droit à la ville, les communes, les autres collectivités territoriales et leurs groupements, l'Etat et leurs établissements publics assurent à tous les habitants des villes des conditions de vie et d'habitat favorisant la cohésion sociale et de nature à éviter ou à faire disparaître les phénomènes de ségrégation. Cette politique doit permettre d'insérer chaque quartier dans la ville et d'assurer dans chaque agglomération la coexistence des diverses catégories sociales".

¹¹³⁹ Voir Conseil d'État, "Société nouvelle Brexex", 25 mars 2002, N°204779, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

De surcroît, les qualifications retenues par le juge sont variables dans leur forme et ne semblent pas faire état d'une volonté de consolider le statut d'une catégorie juridique "principe législatif écrit" à part entière.

§ 2 – L'hétérogénéité des qualifications employées par le juge.

Le juge administratif désigne les principes écrits qu'il examine ou dont il reprend la qualification proposée par les requérants au moyen de formulations très diverses et non justifiées par des différences de fond. Autrement dit, la notion de principe législatif écrit telle qu'utilisée par le juge demeure livrée à un certain empirisme dont il est impossible de tirer des éléments de construction d'une nouvelle catégorie juridique qui serait à même par exemple de venir concurrencer celle des "principes généraux du droit" non écrits. Ainsi le juge parle-t-il à leur sujet de "principes" (A), de "principes législatifs" (B), de "principes posés par la loi" (C), de "principes énoncés par la loi" (D) ou de "principes directeurs" (E).

A – Les "principes".

La notion de "*principe*" est la terminologie la plus simple utilisée par le juge. Dans la plupart des arrêts analysés elle désigne des principes de valeur législative dont le juge ne précise pas toujours l'origine textuelle, comme pour le cas du *principe de l'égalité proportionnelle des valeurs locatives*¹¹⁴⁰. Il s'agit plus rarement de normes constitutionnelles appliquées dans le contrôle de la légalité de l'acte déféré au juge, comme c'est le cas par exemple pour le *principe d'égalité devant les charges publiques*¹¹⁴¹, ou le *principe de proportionnalité des sanctions à la gravité des comportements*¹¹⁴². Parfois il s'agit de normes d'origine communautaire comme par exemple le *principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins*¹¹⁴³. Il y a lieu de noter également que certains usages du mot "principe", comme la dichotomie "principe-exception", l'expression "en principe", la notion de principe au sens de "disposition générale" opposée à des "dispositions particulières" et la notion de "principe général du droit" ont été écartés de l'analyse comme ne correspondant pas au concept de "principe juridique écrit" qui désigne (de manière heuristique dans ces lignes) une norme distincte de la "règle juridique écrite".

¹¹⁴⁰ Voir Cour administrative d'appel de Douai, "Société civile immobilière du bassin creillois", 20 janvier 2004, 99DA00076, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴¹ Voir Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Mr Jean-Marie X", 10 février 2004, N° 99BX01587, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴² Voir Cour administrative d'appel de Marseille, "SARL revêtement et peinture du midi", 20 janvier 2004, N° 00MA00011, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴³ Voir Conseil d'État, "Mr Alain X", 21 janvier 2004, N° 252091, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

B – Les "principes législatifs".

La notion de "*principe législatif*", plus descriptive, est beaucoup plus rare dans la terminologie du juge. Elle est utilisée au sujet du *principe législatif selon lequel l'activité de contrôle technique automobile doit s'exercer dans des locaux n'accueillant pas des activités de réparation ou de commerce automobile*¹¹⁴⁴, qui vise l'article L. 323-1 du Code de la route, ainsi que dans le cas du *principe législatif selon lequel le fonctionnaire est vis à vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire*¹¹⁴⁵.

C – Les "principes posés par la loi".

Le "*principe posé par la loi*" est la formule la plus massivement utilisée pour désigner des principes figurant dans des lois puisqu'une trentaine d'arrêts et de décisions l'utilisent sur la période analysée. Mais elle ne désigne pas toujours un principe au sens de norme générale et solennelle, il s'agit parfois pour le juge de faire référence au couple "principe exception" en précisant qu'une loi a posé tel principe pour analyser ensuite l'exception apportée par l'acte contesté devant lui. Ainsi dans un arrêt du 16 mars 1992 "Union nationale des intérêts aquatiques et piscicoles"¹¹⁴⁶, le Conseil d'État précise que "le principe d'une autorisation préalable à toute introduction d'espèces non représentées dans les eaux visées au titre II du code rural a été posé par la loi ; que le décret attaqué, qui se borne à définir les conditions dans lesquelles cette autorisation est délivrée, n'a pas méconnu le champ d'application de la loi". Dans d'autres hypothèses la formule vise au contraire un véritable principe, ainsi dans l'arrêt du 13 mars 2002 "Comité académique de l'enseignement catholique des Pays de Loire"¹¹⁴⁷, le Conseil d'État constate que "c'est en méconnaissance du *principe de parité* posé par la loi précitée et devenu définitivement applicable à compter du 1er septembre 1996, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le ministre a refusé de faire droit à la demande, dont les requérants l'avaient saisi le 20 octobre 1999, tendant à ce que cette mesure réglementaire soit étendue aux directeurs d'écoles de l'enseignement privé ; que les requérants sont donc fondés à demander l'annulation de ce refus".

La formule peut donc viser à la fois une norme à laquelle peuvent être apportées des exceptions, et une norme identifiée comme principe au sein d'un texte législatif.

¹¹⁴⁴ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, N° 97NT02226 précité.

¹¹⁴⁵ Voir Conseil d'État, "Michel Charpentier", 30 septembre 1987, N° 73168, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴⁶ N° 75565, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴⁷ Précité.

D – Les "principes énoncés par la loi".

Variante sémantique de la formule précédente, le "*principe énoncé par la loi*" concerne le même type de normes et n'apparaît qu'une dizaine de fois dans les arrêts et décisions analysées. On trouve par exemple un *principe d'interdiction du recrutement de personnel non titulaire dans la fonction publique territoriale*¹¹⁴⁸ énoncé par l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984, un *principe de cohésion sociale*¹¹⁴⁹ énoncé par l'article premier de la loi n°91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, ainsi qu'un *principe de transparence des GAEC*¹¹⁵⁰ énoncé par la loi du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole. Rien ne distingue *a priori* ces principes de ceux qui sont "posés" par la loi, et l'on se trouve ici dans le registre des variations sémantiques superficielles.

E – Les "principes directeurs".

Alors qu'elle a connu un très grand succès théorique la notion de "*principe directeur*" reste à peu près étrangère au vocabulaire du juge administratif français qui ne l'a jamais utilisée de son propre chef pour désigner des normes législatives. Ce dernier ne l'emploie que lorsque le législateur l'a lui-même utilisée dans un texte pour désigner des normes spécifiques. Tel est le cas de la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 qui a utilisé cette expression pour fixer les compétences de l'État sur l'île en matière de droit du travail ou de droits réels et fonciers. L'on retrouve donc tout naturellement cette formule dans la jurisprudence assez abondante à laquelle ce texte a donné lieu¹¹⁵¹.

§ 3 – Le "principe législatif écrit" : une figure de rhétorique plus qu'une catégorie juridique pour le juge administratif.

Cette notion de "principe" telle qu'utilisée par les requérants et par le juge désigne donc des normes de degré et de nature différents. De surcroît, leurs qualités formelles sont extrêmement variables et ne dessinent pas une catégorie juridique invariable. Les principes désignent des réalités normatives trop divergentes, et les variations sémantiques opérées par le juge ne révèlent pas de différences de fond quant à la réalité des normes désignées. Non seulement les qualificatifs utilisés par le juge pour désigner ces principes sont interchangeables (A), mais il n'existe pas de lien entre la volonté du législateur

¹¹⁴⁸ Voir Cour administrative d'appel de Marseille, 9 mars 2004, N° 00MA01937, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁴⁹ Voir Conseil d'État, "Commune de Gennevilliers", 22 novembre 2002, N° 229192, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁵⁰ Voir Cour administrative de Douai, "EARL Les Tilleuls", 12 février 2004, N° 01DA00980, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁵¹ Voir par exemple Conseil d'État, "Société SDG Continent", 28 juillet 1995, N° 168607, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

d'établir un principe et son utilisation par le juge (B). En outre très souvent, un examen plus poussé révèle que les principes en question s'apparentent en réalité à des règles, ce qui confirme que le juge fait un usage essentiellement rhétorique de la notion (C).

A – La substituabilité des qualifications utilisées par le juge pour désigner des principes.

Il n'existe pas de distinction matérielle ou formelle décelable et constante entre les "*principes*", les "*principes posés par la loi*", les "*principes énoncés par la loi*", les "*principes législatifs*" et les "*principes directeurs*". Rien n'est en ces matières comparable à la formule "*principe général du droit applicable même en l'absence de texte*" qui est quasi invariablement utilisée par le juge administratif lorsqu'il intègre dans la majeure de son raisonnement des principes généraux du droit administratif. La terminologie chamarrée qui prospère sur le terrain des principes législatifs écrits ne renvoie à aucune construction de cette sorte, à aucune distinction de forme qui permettrait d'augurer de la mise en place d'une théorie en voie de consolidation. Le choix de telle ou telle terminologie pour désigner les principes législatifs intégrés par le juge au contrôle de légalité semble livré à l'empirisme le plus débridé. Le plus souvent le juge ne faisant qu'utiliser la formulation proposée par les requérants sans la rattacher à une "catégorie mère" qui permettrait de structurer la matière.

La comparaison de différents principes parés des qualificatifs recensés ci-dessus révèle s'il en était besoin que ces derniers sont interchangeables et ne renvoient ni à une hiérarchie, ni à des nuances de forme, ni à leur position sectorielle ou générale dans le champ de la légalité. Ainsi le "*principe*" de participation des fonctionnaires qui dispose que "les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière", est-il strictement comparable au "*principe de parité*" posé par la loi du 31 décembre 1959 qui dispose que "les maîtres liés à l'Etat par agrément ou par contrat qui exercent la fonction de directeur d'un établissement privé du premier degré sous contrat bénéficient de décharges de service dans les mêmes conditions que les directeurs des écoles publiques". De même le "*principe de codification à droit constant*" figurant à l'article premier de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 et qui précise que "Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit" est-il *a priori* tout à fait comparable dans sa forme au "*Principe législatif selon lequel l'activité de contrôle technique automobile doit s'exercer dans des locaux n'accueillant pas des activités de réparation ou de commerce automobile*" qui précise à l'article L. 323-1 du Code de la route que "Les fonctions de

contrôleur ainsi que les autres fonctions exercées dans les organismes susvisés sont exclusives de toute autre activité exercée dans la réparation ou le commerce automobile".

Les variations qui prospèrent sur le terrain jurisprudentiel autour de la notion de principe sont donc purement sémantiques et ne recouvrent aucune réalité juridique.

B – L'absence de correspondance entre les principes posés par le législateur et ceux utilisés par le juge.

Il faut également témoigner d'un autre constat révélé par la comparaison entre les principes utilisés dans les arrêts et décisions du juge administratif et ceux qui ont été recensés dans les codes analysés en première partie. Il n'existe pas de lien entre les principes utilisés par le juge et les principes législatifs figurant dans ces codes. Ainsi parmi la masse des arrêts et décisions analysés l'on ne trouve aucun des très nombreux principes figurant dans les titres premiers des codes sous la dénomination de "principes généraux" ou de "principes fondamentaux". En d'autres termes le concept de principe écrit ne recouvre pas la même réalité pour le législateur, pour le codificateur et pour le juge. Certes l'on a vu plus haut que la plupart des "principes législatifs écrits" n'avaient pas été qualifiés ainsi par le législateur mais par le *codificateur* qui, dans le cadre des circulaires relatives à la codification à droit constant, est tenu de faire figurer en ouverture des codes les "principes qui gouvernent la législation du domaine"¹¹⁵². Le juge reste donc totalement insensible à ces normes qui reçoivent une onction *a posteriori*, là où le législateur avait souvent simplement entendu énoncer des objectifs législatifs ou des directives, ou préciser ses motivations¹¹⁵³. Les principes évoqués par le juge sont donc à chercher à une autre source, en général dans le corps même des textes de loi dont ils constituent des dispositions essentielles, parfois même en tant que *règles juridiques*.

C – Des normes qui ne correspondent pas à la définition logique des principes mais à celle des règles.

Si les normes inaugurales des codes ne sont pas utilisées en tant que principes par le juge administratif, c'est parce que ce dernier leur préfère des normes plus précises, qu'il qualifie de principes alors qu'il s'agit en réalité de règles. La plupart des normes de niveau législatif qualifiées de "principe" par le juge ne possèdent pas en effet les caractéristiques logiques du principe juridique écrit. Alors que cette notion se définit comme une norme saturée de standards, comportant des notions à contenu variable à

¹¹⁵² Voir supra page 131.

¹¹⁵³ Il faut rappeler comme il a été vu plus haut que tel n'est pas le cas des principes du code de l'environnement, qui ont été qualifiés de principes par le législateur lui-même avant d'avoir été regroupés sous le titre "principes généraux", ce qui est sans doute une des raisons de leur succès jurisprudentiel.

la fois dans les conditions et dans le dispositif, nombre des principes évoqués ci-dessus n'en contiennent aucun. Certains d'entre eux sont même extrêmement précis, comme par exemple le *principe d'interdiction du recrutement de personnel non titulaire dans la fonction publique territoriale* qui précise d'une manière qui le fait s'approcher d'une règle que "Les collectivités et établissements mentionnés à l'article 2 ne peuvent recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents que pour assurer le remplacement momentané de titulaires autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité ou d'un congé parental, ou de l'accomplissement du service national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux, ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par la présente loi"¹¹⁵⁴. La formulation ne comporte aucun standard et aucune notion à contenu variable. Tel est également, pour s'en tenir à ces deux exemples, le cas du *principe d'indépendance des commissaires aux comptes* figurant à l'article L. 822-10 du code de commerce qui précise que "Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance".

Le juge considère donc la notion de principe comme une norme d'application générale au sein d'une matière, et non comme une norme dotée de caractéristiques formelles particulières. De surcroît l'efficacité de ces normes comme moyens d'annulation reste très relative.

§ 4 – La faible utilité justificative des principes écrits dans la décision du juge.

Le bilan de l'efficacité juridique des principes écrits invoqués devant le juge administratif reste très modeste, et le nombre d'actes annulés au motif qu'ils violent un principe est extrêmement faible. Dans la plupart des hypothèses le juge déclare laconiquement que l'acte en cause ne portait pas atteinte au principe invoqué (A) ou dénie sa portée juridique ou son intégration dans les normes de référence du contrôle de légalité (B). Beaucoup plus rarement il lui arrive d'annuler un acte pour violation du principe considéré (C).

A – Un constat très fréquent : "l'acte attaqué n'a pas méconnu le principe invoqué".

Le nombre d'arrêts ou de décisions prononçant l'annulation d'un acte au motif de la violation d'un principe législatif écrit se comptent sur les doigts d'une main. Dans la très grande majorité des cas, si le juge accepte la qualification de principe proposée par les requérants en la reprenant volontiers à son compte, c'est pour affirmer aussitôt qu'il a été respecté par l'acte en cause. Le raisonnement qui le conduit à cette solution est en général assez clair. Ainsi dans un arrêt "Tirapolsky" du 25 mars 2002¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ Article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

¹¹⁵⁵ N°224221, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

le Conseil d'État précise après l'avoir citée pour comparaison "qu'en codifiant la première phrase de l'article 15 de la loi du 27 février 1880 à l'article L.951-4, l'ordonnance attaquée n'a pas méconnu le principe de la codification à droit constant". De même dans une décision "Société anonyme Pec Rhin" la Cour d'appel de Nancy, pour démontrer que le *Principe de la conservation, de l'amélioration et de l'accroissement des ressources en eau* posé par la loi du 16 décembre 1964 a été respecté par la délibération attaquée, précise que "le régime d'estimation forfaitaire prévu à l'article 11 de la délibération n° 89-42 modifié est calculée en fonction du volume prélevé au cours de l'année civile et, ainsi, n'incite pas les redevables à consommer plus d'eau ; qu'en conséquence et au regard de ces éléments, la société Pec-Rhin n'est pas fondée à soutenir que lesdites délibérations méconnaîtraient le principe d'égalité devant les charges publiques, ni celui de la conservation, de l'amélioration et de l'accroissement des ressources en eau, posé par la loi du 16 décembre 1964". Le juge se lance parfois dans une analyse assez approfondie des termes du principe en cause pour vérifier qu'il a bien été respecté, ainsi dans l'arrêt "Fédération FNSEA PTT" du 24 mars 2004 le Conseil d'État examine très précisément le respect du *principe de la fonction publique selon lequel le grade est distinct de l'emploi* en mentionnant que "le décret attaqué dispose, dans son article premier, qu'une liste des éléments qui entrent en compte dans l'appréciation de la valeur professionnelle est établie par type d'emplois ; que cette disposition, que le syndicat requérant critique au nom du principe énoncé à l'article 12 de la loi du 12 juillet 1983, selon lequel le grade est distinct de l'emploi et constitue le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent, fait une exacte application de ce principe, en permettant aux détenteurs du pouvoir de nomination de distinguer parmi les agents qui ont vocation à occuper un emploi ceux qui seront le mieux à même de donner satisfaction à ce poste".

Plus rarement le juge répond aux requérants qui invoquent un principe législatif écrit que ce dernier ne possède pas une valeur juridique à même de le faire figurer parmi les normes de référence du contrôle de légalité.

B – Une formule de disqualification : "ces dispositions n'impliquent pas par elles mêmes".

Lorsqu'il ne répond pas aux requérants que le principe qu'ils invoquent a été respecté par l'acte attaqué, le juge a en réserve une série de techniques "disqualifiantes" qui écartent les principes invoqués en déniaient leur portée juridique. Ces techniques sont au nombre de trois et se traduisent par l'emploi de formules récurrentes apparaissant à plusieurs reprises dans les considérants du Conseil d'État. La première consiste à dénier l'autonomie du principe en cause. En général juste après avoir cité les dispositions de ce principe il fait précéder son raisonnement de la formule "ces dispositions n'impliquent pas par elles mêmes" précisant de la sorte qu'elles ne font pas partie des éléments de la légalité que l'acte attaqué devait prendre en compte. Sans dénigrer sa réalité ou son existence cette formule prive le

principe de ses éventuels effets juridiques. Ainsi dans l'arrêt "Union des syndicats CGT de la caisse des dépôts et autres" du 21 avril 2000¹¹⁵⁶, le Conseil d'État utilise cette formule au sujet du *principe de participation des fonctionnaires*. Après avoir cité le principe tiré de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983¹¹⁵⁷ *in extenso*, il précise que ces dispositions se bornent à poser le principe de participation dans la fonction publique et *n'imposent par elles-mêmes* aucune modalité particulière de consultation des organismes de participation créés par la loi et les décrets, sur un texte déterminé ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce qu'en vertu desdites dispositions, le conseil supérieur de la fonction publique de l'État aurait dû être consulté sur le décret attaqué ne peut qu'être écarté". La seconde technique est utilisée dans le même but. Le juge précise que les principes invoqués par les requérants ne sont pas opposables à l'Administration en tant que tels, mais que seules les dispositions législatives plus précises qui les mettent en œuvre font partie des normes de référence du contrôle de légalité. Ainsi, aux requérants qui invoquent le *principe du droit au transport* précisant à l'article 2 de la loi du 30 décembre 1982 que "le droit au transport comprend le droit pour les usagers d'être informés sur les moyens qui leur sont offerts et sur les modalités de leur utilisation", le Conseil d'État répond dans un arrêt "Aquitaine Alternatives" du 21 juin 1996¹¹⁵⁸ que ce principe "est mis en œuvre par les autres dispositions de la loi et de ses textes d'application ; que seules ces dernières sont susceptibles d'être utilement invoquées au soutien d'un recours pour excès de pouvoir". Enfin une troisième technique consiste à prendre en défaut l'argumentation des requérants qui se contentent très souvent d'invoquer la violation d'un principe sans détailler suffisamment leur argumentation. Dans cette hypothèse le juge leur reproche leur imprécision dans l'explication des raisons pour lesquelles l'acte contesté viole tel ou tel principe. Ainsi dans une décision de la Cour administrative d'appel de Paris du 29 janvier 2004¹¹⁵⁹ au sujet du principe de non discrimination de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge oppose à la requérante qu'elle "n'établit pas en quoi la décision critiquée méconnaîtrait le principe de non-discrimination posé à l'article 14 de cette même convention".

L'objet de ces disqualifications vise le plus souvent la *généralité* du principe et dénie donc ces normes dans ce qui fait leur essence même, c'est à dire leur applicabilité à l'ensemble d'un champ juridique donné. Dans les deux premiers cas cités en exemple c'est la dimension générale du principe qui est contestée par le juge, soit qu'il la considère comme non porteuse d'effets juridiques pour un domaine précis qui en relève pourtant *a priori*, soit qu'il juge que ces effets juridiques doivent être relayés par des normes plus précises. Cette technique a été, comme on va le voir plus loin, très utilisée dans la jurisprudence relative aux principes du droit de l'environnement.

¹¹⁵⁶ N° 199638, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁵⁷ "Les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière..."

¹¹⁵⁸ N° 127155, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁵⁹ N° 02PA01474, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Parfois l'invocation du non respect d'un principe législatif écrit par un requérant porte ses fruits et conduit à l'annulation de l'acte attaqué, cette hypothèse est rarissime mais elle mérite que l'on s'y attarde.

C – Une hypothèse rarissime : "l'acte a méconnu le principe invoqué".

Quelques rares décisions ont vu l'invocation d'un principe conduire à l'annulation de l'acte attaqué. Il s'agit dans les quelques cas recensés du même principe de parité posé par l'article 88 loi 84-53 du 26 janvier 84 et qui précise que "L'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale ou le conseil d'administration d'un établissement public local fixe, par ailleurs, les régimes indemnitaires dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'Etat". Comme on a pu le dire plus haut ce principe, de par l'absence de standards et de notions à contenu variable en son sein, s'apparente plutôt à une règle, ce qui fait sans doute partie des raisons de son succès jurisprudentiel. Ainsi dans la décision "Commune de Générac" du 27 mai 2003¹¹⁶⁰ la Cour Administrative d'Appel de Marseille annule un arrêté municipal fixant une indemnité d'exercice de mission pour certains de ses agents au motif que la commune "a ainsi fixé un montant de référence supérieur à celui institué par l'arrêté ministériel susmentionné en méconnaissance du principe de parité posé par l'article 88 précité de la loi du 26 janvier 1984". De même dans un arrêt "Comité académique de l'enseignement catholique des pays de Loire" du 13 mars 2002¹¹⁶¹ le Conseil d'État précise que "c'est en méconnaissance du principe de parité posé par la loi précitée et devenu définitivement applicable à compter du 1er septembre 1996, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le ministre a refusé de faire droit à la demande, dont les requérants l'avaient saisi le 20 octobre 1999, tendant à ce que cette mesure réglementaire soit étendue aux directeurs d'écoles de l'enseignement privé ; que les requérants sont donc fondés à demander l'annulation de ce refus". Même si elles sont rares, et si elles concernent un principe libellé à la façon d'une règle, ces occurrences ont pour mérite de montrer que l'annulation d'un acte pour violation d'un principe législatif est possible.

L'enseignement à tirer de cette analyse est que la généralité des principes écrits n'est pas un atout favorable à leur succès jurisprudentiel. Ce constat est d'autant plus paradoxal que le juge n'hésite pas à appliquer des "principes généraux du droit" non écrits qui sont souvent bien plus vagues et laconiques que des principes juridiques écrits. Il semble donc bien que la problématique des principes écrits en jurisprudence soit marquée par l'enjeu de la maîtrise des sources du droit. Le principe doit rester en effet une ressource non écrite mobilisable par le juge en cas d'imprécision ou de lacune des textes, dès lors qu'elle a été "fixée" par le législateur elle perd cette fonction et se métamorphose en texte

¹¹⁶⁰ N° 99MA00808, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹¹⁶¹ N° 220217, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

imparfait qui perd toute utilité justificative. L'étude de l'utilisation des principes du droit de l'environnement en jurisprudence confirme en partie cette analyse.

Chapitre II – Les principes du droit de l'environnement dans la motivation des décisions juridictionnelles.

L'analyse de l'utilisation des principes du droit de l'environnement dans la jurisprudence intervient à un moment crucial de leur histoire. Ces principes ayant été le premier mars 2005 constitutionnalisés sous la forme d'une Charte constitutionnelle placée sur le même plan que la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, leur usage par le juge administratif en tant que principes législatifs fait désormais partie de l'histoire (**Section 3**), et leur usage par le juge constitutionnel et les tribunaux ordinaires en tant que normes constitutionnelles doit être appréhendé pour l'instant par une analyse prospective (**Section 4**). Avant de se livrer à ces deux approches il faudra livrer ces principes à deux analyses préalables. Dans un premier temps, et ce de manière à mieux cerner les conditions de leur utilisation contentieuse, il faudra observer la manière dont ils sont mobilisés, en amont de la jurisprudence, dans la motivation de certaines décisions administratives (**Section 1**). Ensuite, de la même manière qu'on les avait dans la première partie confrontés aux différentes catégories de principes écrits, il faudra identifier ces principes par rapport aux normes jurisprudentielles existantes afin de vérifier s'ils peuvent ou non y être assimilés (**Section 2**).

Section 1 – En amont du contentieux : l'usage des principes environnementaux dans la motivation des décisions administratives.

Deux types de décisions peuvent donner lieu à un contentieux impliquant les principes environnementaux¹¹⁶². Les premières sont celles qui ont été adoptées en violation supposée d'un principe, et dont la légalité est contestée par les requérants pour ce motif. Dans cette première hypothèse, et comme on le verra plus loin, la violation des principes est soulevée comme moyen par les requérants et le cas échéant examinée par le juge. Les secondes concernent des décisions administratives qui sont fondées à titre principal ou accessoire sur l'un des principes, et dont la légalité est contestée. Ces dernières présentent un grand intérêt puisqu'elles donnent accès aux décisions administratives dont les visas font une place, plus ou moins explicite et motivée, aux principes environnementaux. Comme le montrera l'analyse ci-après l'usage des principes dans la motivation des décisions administratives a surtout concerné le principe de précaution¹¹⁶³, et a surtout été illustrée dans

¹¹⁶² Voir au sujet du principe de précaution la distinction élaborée par **C. CANS** et **J. FERRU** entre les mesures "permissives" et les mesures "restrictives" in "Les méandres du principe de précaution rectifiés par le juge administratif", *Droit de l'environnement*, juillet-août 2001, n°90, page 182.

¹¹⁶³ L'une des raisons de ce succès résidant dans la forte demande sociale qui pèse sur les élus locaux notamment en matière d'OGM et de téléphonie mobile, voir sur ce point **F. G. TRÉBULLE** : "OGM : une illustration de la mise en œuvre du principe de précaution", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, 10/2004, notamment page 13.

le contexte des collectivités locales et plus précisément des pouvoirs de police du maire¹¹⁶⁴. Si dans ce contexte très ponctuel mais ayant donné lieu à des développements assez abondants¹¹⁶⁵, les principes – et surtout le principe de précaution – apparaissent comme un moyen de plus en plus *courant* de motivation de décisions (§ 1), ils apparaissent surtout comme un moyen *concurrenté* et *non autonome* (§ 2), ce que leur constitutionnalisation devrait peut-être contribuer à faire évoluer (§ 3).

§ 1 – L'exemple du principe de précaution dans la motivation des décisions de police municipale.

Après une période d'observation prudente, durant laquelle ce sont les conseils municipaux qui ont adopté – en toute illégalité¹¹⁶⁶ – des mesures de police puis des vœux fondées sur le principe de précaution, certains maires ont adopté sur ce fondement des mesures de police dans des domaines où la présence d'incertitudes empêchait le recours à la simple prévention. Ainsi furent adoptés des arrêtés municipaux s'opposant à la culture d'organismes génétiquement modifiés en plein champ, à l'implantation de relais de téléphonie mobile mais également à l'utilisation de certains produits phytosanitaires ou au stockage de farines animales¹¹⁶⁷. Ce succès (A), qui a complètement évincé les autres principes environnementaux dont le rôle dans la prise de décisions administratives est resté beaucoup plus discret (B), permet de tester la capacité de ces principes juridiques écrits à fonder un acte de police administrative.

A – Le succès médiatique et juridique du principe de précaution.

Même si une certaine omniprésence médiatique du principe de précaution peut contribuer à expliquer son utilisation massive dans le contexte local, force est de constater que les deux domaines où il a été le plus massivement utilisé comme élément de motivation d'une mesure de police, à savoir les relais de téléphonie mobile (1) et la culture en plein champ d'organismes génétiquement modifiés (2), correspondent parfaitement à ses conditions et à son champ d'application.

¹¹⁶⁴ Les développements de cette section 1 se baseront essentiellement sur le cas des arrêtés "anti-OGM" et des arrêtés concernant les relais de téléphonie mobile.

¹¹⁶⁵ Certains commentateurs ayant relevé par exemple pour le seul département des Deux-Sèvres l'adoption de soixante cinq arrêtés concernant l'interdiction des OGM fondés, entre autres, sur le principe de précaution, voir M.-L. LAMBERT-HABIB : "Décentralisation constitutionnelle et environnement", RJE 1/2004, page 26.

¹¹⁶⁶ Voir Tribunal administratif de Rennes, ordonnance du 10 août 2001, "Préfet d'Ile et Vilaine c/ Chasnet sur Illet, n° 012190 ; et Tribunal administratif de Nice, ordonnance du 4 octobre 2001, Préfet du Var c/Commune de Cuers, n° 013523.

¹¹⁶⁷ Voir C. HERMON : : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", *Droit de l'environnement* n°121, 9/2004, page 164.

1 – Les arrêtés s'opposant à l'implantation de relais de téléphonie mobile.

Face à l'importance de la demande sociale et à l'inquiétude suscitée par l'implantation de relais de téléphonie mobile à proximité de certains lieux de vie, notamment des crèches et des écoles, de nombreux maires ont tenté de s'y opposer en adoptant des mesures de police interdisant leur implantation sur une partie du territoire de leur commune. Certains d'entre eux ont été jusqu'à prendre des mesures d'interdiction de l'usage des téléphones portables eu mêmes dans certains lieux du territoire communal. Adoptées à la fois pour protéger la santé des administrés et pour se prémunir d'une mise en cause éventuelle et différée de leur responsabilité¹¹⁶⁸, ces arrêtés se sont basés essentiellement sur le principe de précaution.

Ainsi par exemple, un arrêté du maire de Dijon du 3 juillet 2001¹¹⁶⁹ interdit toute implantation d'antennes relais de téléphonie mobile dans un rayon de 100 mètres autour des établissements scolaires du premier et du second degré ainsi que les établissements périscolaires, les crèches, les jardins d'enfants, les établissements hospitaliers et les résidences de personnes âgées. Se fondant sur l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales cet arrêté, adopté au titre des pouvoirs de police du maire, est motivé notamment par le principe de précaution, en précisant que "les champs électromagnétiques des antennes relais de téléphonie mobile peuvent avoir des effets biologiques sur l'organisme humain, et spécialement à l'égard de certaines catégories de population" et que "dans l'attente de conclusions définitives des experts scientifiques et de dispositions légales et réglementaires à venir, il y a lieu d'appliquer le principe de précaution". Cet arrêté comportait en outre une limitation dans le temps et une condition suspensive en cas d'intervention d'une réglementation nouvelle.

De même, un arrêté du maire de Mouans-Sartoux daté du 7 juin 2001 interdit l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile dans un rayon de 100 mètres autour des crèches, haltes garderies, établissements scolaires ou recevant un public mineur, des hôpitaux et des maisons de retraite¹¹⁷⁰. La motivation de l'arrêté est exclusivement fondée sur le principe de précaution puisqu'elle précise "qu'à défaut d'indications précises et nationales pouvant lever le doute quant à la dangerosité sur la santé susceptible d'être générée par les équipements de radiotéléphonie, [...] il y a lieu de se prévaloir d'un principe de précaution notamment dans le cadre de la protection des populations sensibles mouansoises telles que les enfants et les personnes âgées".

Allant encore plus loin dans la mise en œuvre du principe, mais sans le faire figurer expressément parmi ses motivations, un arrêté du maire de Narbonne en date du 12 mars 2002 interdisait l'usage des téléphones cellulaires dans les établissements scolaires maternelles et élémentaires communaux. Ne visant pas expressément le principe de précaution de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, cet

¹¹⁶⁸ Voir **M. DEGUERGUE** : "La responsabilité administrative et le principe de précaution", *RJE* 2000, numéro spécial : "Le principe de précaution", page 112.

¹¹⁶⁹ Disponible sur le site <http://www.priartem.com/html/dijon.html>

¹¹⁷⁰ Disponible sur le site <http://www.agirpourenvironnement.org/campagnes/electrolettreuverte16.htm>

arrêté mentionne la recommandation du Conseil de l'Union européenne du 12 juillet 1999, qui se réfère à une approche de précaution, et propose des limites d'exposition pour le public¹¹⁷¹.

2 – Les arrêtés s'opposant à la culture d'organismes génétiquement modifiés.

Les risques relatifs à la dissémination des organismes génétiquement modifiés sont admis comme constituant un cas d'application non contestable du principe de précaution¹¹⁷². Recevant l'appui de nombreuses régions et départements, certains maires, répondant à une demande sociale émanant notamment des agriculteurs biologiques, ont donc motivé l'adoption d'arrêtés interdisant la mise en culture d'organismes génétiquement modifiés sur le territoire de leur commune en visant le principe de précaution¹¹⁷³. Certains de ces arrêtés ont été inspirés d'arrêtés-types¹¹⁷⁴ qui préconisaient l'utilisation du principe de précaution dans les visas et comme motif de l'adoption d'une mesure de police municipale.

Ainsi un arrêté du maire de Bax en date du 18 mai 2004 vise-t-il, entre autres, l'article L. 110-I-II-I° du code de l'environnement qui énonce le principe de précaution pour interdire pendant un an les essais en plein champ de plantes génétiquement modifiées, ce dans un rayon de trois kilomètres autour de certaines parcelles délimitées par référence au cadastre¹¹⁷⁵. De même un arrêté du maire de Champniers vise le même article du code pour interdire le même type de cultures pour un an sur les zones NB et NC du plan d'occupation des sols de la commune¹¹⁷⁶. En l'occurrence, c'est pour parer au risque de pollution génétique vers des cultures conventionnelles ou biologiques que ces arrêtés, très inégalement motivés, ont été adoptés.

¹¹⁷¹ Recommandation du Conseil du 12 juillet 1999, relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques, *JOCE* n° L 199 du 30 juillet 1999, page 59.

¹¹⁷² Voir par exemple dans ce sens F.G. TRÉBULLE : "Il est [...] à peu près établi que leur neutralité totale ne peut être soutenue. Les OGM posent des difficultés car les incertitudes portent sur des risques dont les effets redoutés pourraient bien être irréversibles. On se trouve donc en présence d'une situation répondant aux strictes exigences de mise en œuvre du principe de précaution. La diffusion des OGM est d'autant plus délicate que l'on en retrouve des traces dans les cultures traditionnelles situées au voisinage des zones d'utilisation de plantes transgéniques", F. G. TRÉBULLE : "OGM : Une illustration de la mise en œuvre du principe de précaution", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°10/2004, page 10. Voir également M. SADDIER : "Avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi constitutionnelle (n°992) relatif à la Charte constitutionnelle de l'environnement", op. cit., page 93.

¹¹⁷³ Voir G. DUPONT : "Les mille maires qui veulent interdire les OGM", *Le Monde*, 24 janvier 2003, page 13.

¹¹⁷⁴ Voir notamment les modèles d'arrêté proposés sur les sites suivants : http://www.monde-solidaire.org/spip/article.php3?id_article=1708 ; http://www.cap21.net/infos.php?page=modele_arrete_ogm.txt

¹¹⁷⁵ Arrêté d'interdiction d'essais de et de culture d'organismes génétiquement modifiés en plein champ, Le maire de la commune de Bax, 18 mai 2004, http://mairiebax.free.fr/pv/2004/arrete_18_mai_2004.htm

¹¹⁷⁶ Arrêté municipal interdisant les cultures d'OGM sur la commune, n° 2003/58, Maire de Champniers, 2 juin 2003, http://www.mairie-champniers.fr/spip/article.php3?id_article=119

B – Les raisons de la présence plus discrète des autres principes.

Tous les principes du droit de l'environnement n'ont pas une visée préventive et anticipative à même de justifier leur usage dans le cadre de la police administrative (1). La dimension curative du principe pollueur-payeur ou de réparation des dommages, et la dimension procédurale du principe de participation ne les prédisposent pas à devenir des moyens de motivation des mesures de police (2).

1 – Une consubstantialité entre les principes de prévention et de précaution et la nature de la police administrative ?

Les raisons du succès du principe de précaution tiennent précisément à ce qu'il est mobilisable dans des situations qui jusque là ne faisaient pas l'objet d'un encadrement juridique. La dimension généralement préventive de la police administrative¹¹⁷⁷ suppose des risques certains et qui par définition peuvent être mesurés de manière à ce que la mesure de police y soit proportionnée. Le principe de précaution permet quant à lui au titulaire des pouvoirs de police administrative de prendre des mesures face à l'éventualité d'un risque incertain de trouble à l'ordre public. Face aux essais d'organismes génétiquement modifiés et aux antennes relais de téléphonie mobile la prévention n'est pas adaptée puisque le risque n'est pas certain. La dimension intrinsèquement préventive de la police administrative trouve ici une limite face à des risques de dommages qui, en termes de logique juridique, ne peuvent être subsumés sous la catégorie "prévention", à travers les mailles de laquelle ils s'échappent. Le principe de prévention se trouve en effet impliqué dans toutes les situations où une mesure de police administrative entend prévenir un risque certain et probabilisable de trouble à l'ordre public. Il est donc appliqué implicitement par le biais de ces mesures sans que leurs motivations ou leurs visés ne soient tenus de le préciser ; la dimension préventive est propre au régime de la police administrative lui-même. Un simple constat sémantique permet de s'en assurer, puisque l'article L. 2212-2-5° du code général des collectivités territoriales mentionne au titre de la police municipale "le soin de prévenir, par des précautions convenables [...] les pollutions de toute nature". Le glissement vers une "police de précaution" est simplement dû à l'évolution de l'objet des mesures de police et surtout à l'évolution de la nature des risques et des troubles à l'ordre public auxquels elles sont censées répondre. Vue sous cet angle, la précaution n'est qu'une radicalisation de l'approche préventive en matière de risques. Ainsi par exemple dans l'arrêté du maire de Bax mentionné ci-dessus, le titulaire des pouvoirs de police prend soin dans ses motivations de préciser que c'est un risque de dissémination des OGM vers les cultures conventionnelles, et le caractère irréversible de la pollution engendrée par celle-ci, qui sont à l'origine de la mesure de police adoptée¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ Voir V. TCHEN : "Police administrative", *Jurisclasseur administratif*, fasc. 200, page 3.

¹¹⁷⁸ "Considérant que la plantation en plein champ d'organismes génétiquement modifiés risque de provoquer

2 – Les principes de participation et du pollueur-payeur n'ont pas pour objet l'appréhension d'un risque.

Les deux autres principes du droit de l'environnement ne sont en revanche pas dotés de cette dimension préventive qui leur permettrait d'être mobilisables dans le cadre de la police administrative. Le principe pollueur-payeur possède principalement une dimension curative, sa finalité préventive n'étant qu'indirecte, puisque ce principe est conçu essentiellement pour fonctionner après la réalisation d'un dommage ou d'une pollution. Quant au principe de participation, c'est un principe procédural qui est difficilement mobilisable dans le cadre de la sauvegarde de l'ordre public.

§ 2 – Le principe de précaution est un moyen de motivation non autonome et concurrence.

Si les mesures de police doivent avoir pour but la sauvegarde de l'ordre public et du célèbre triptyque qui en délimite les contours, elles doivent également répondre à certaines conditions dégagées par la jurisprudence, et qui doivent être remplies même dans le cas d'une situation de fait appelant une démarche de précaution. La place du principe de précaution dans la motivation des actes de police administrative doit donc se fondre dans la théorie générale des ces actes de police, et ne manifeste aucunement l'émergence d'un régime spécifique qui se substituerait au régime classique (A). De plus, le principe de précaution apparaît comme un motif concurrence par certaines spécificités de la police administrative, dont la nature demeure essentiellement préventive (B).

A – Le principe de précaution n'est pas un fondement suffisant pour l'adoption d'une mesure de police municipale.

La légalité d'une mesure de police dépend de l'appréciation de ses motifs par rapport à certains critères posés par le juge administratif. Pour ne pas être considérée comme illégale, une mesure de police fondée sur le principe de précaution doit impérativement respecter ces conditions auxquelles le principe ne peut aucunement se substituer comme un source de motivation autonome.

Rien ne s'oppose en théorie à ce qu'un maire utilise un principe écrit comme moyen de motivation d'un acte de police administrative. Certes, le Conseil d'État juge que la motivation d'un acte de police doit être sérieuse, précise et non abstraite¹¹⁷⁹. Mais il entend par là que l'autorité administrative doit préciser les conditions de fait ayant conduit à l'adoption de la mesure. Ainsi par exemple un arrêté

une pollution génétique susceptible de mettre en cause les cultures traditionnelles mais aussi labellisées et surtout biologiques dans lesquelles la présence d'OGM est interdite, Considérant que la pollution génétique irréversible aurait pour conséquence le bouleversement de la biodiversité", Arrêté d'interdiction d'essais de et de culture d'organismes génétiquement modifiés en plein champ, Le maire de la commune de Bax, 18 mai 2004, op. cit.

¹¹⁷⁹ R. CHAPUS : "Droit administratif général", op. cit., page 1108.

préfectoral imposant la fermeture d'un camping pour cause de risque d'inondation ne peut-il se contenter de viser un plan d'exposition aux risques, mais doit en outre préciser que les périodes de fermetures imposées correspondent à celles où les inondations sont les plus fréquentes sur la zone concernée¹¹⁸⁰. Même si les "faits juridiques" du principe de précaution sont – par définition s'agissant d'un principe – relativement indéterminés¹¹⁸¹, il suffit en théorie que le maire soit très précis sur les circonstances locales, que la mesure soit la moins contraignante possible pour faire face au trouble, et qu'elle soit proportionnée aux intérêts en cause pour être légale. D'ailleurs, les décisions qui ont sanctionné les arrêtés adoptés par certains maires pour s'opposer à la culture d'organismes génétiquement modifiés ou à l'implantation d'antennes relais de téléphonie mobile en déniaient explicitement au principe de précaution la possibilité de servir de motivation à une mesure de police administrative ont été plutôt rares¹¹⁸². Dans la plupart des espèces concernées, c'est le non respect des conditions générales de légalité des mesures de police qui a déterminé l'annulation des arrêtés. Ainsi, certains d'entre eux furent-ils annulés pour incompétence du maire dans un domaine régi par une police spéciale¹¹⁸³ excluant toute mesure de police générale complémentaire plus rigoureuse¹¹⁸⁴, et en l'absence d'un péril imminent justifiant l'action du maire dans le cadre d'une police spéciale exclusive¹¹⁸⁵, ou parce qu'ils édictaient "une mesure générale et absolue qui n'est pas proportionnée au risque

¹¹⁸⁰ Voir Cour administrative d'appel de Marseille, 15 septembre 1998, "*Société loisir 2000, Fédération de l'hôtellerie de plein air du Languedoc-Roussillon*", *RFDA* 1999, page 1252, note **J. BOURDON**.

¹¹⁸¹ Selon la source juridique retenue il s'agit de "l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances techniques et scientifiques du moment" sur un "risque de dommage grave et irréversible à l'environnement" pour l'article L. 110-1-II 1°, ou de la "réalisation [...] incertaine en l'état des connaissances scientifiques [...] d'un dommage grave et irréversible [à] l'environnement" selon l'article 5 de la Charte de l'environnement du premier mars 2005, *op. cit.* Il faut relever toutefois que la formule de l'alinéa 5 de l'article L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales qui, même si elle est complétée par une liste indicative (définition en extension) des éléments qui peuvent faire l'objet de "précautions convenables" dans le cadre des pouvoirs de police du maire, est beaucoup moins précise que le principe de précaution.

¹¹⁸² Voir par exemple Tribunal administratif de Nice, 17 décembre 2002, "*Société Orange France S.A., Société française de radiotéléphonie, Société Bouygues c/ Commune de Biot*", cité par **C. HERMON** : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", *Droit de l'environnement* n°121, 9/2004, page 169.

¹¹⁸³ Voir par exemple Tribunal administratif de Rennes, Ordonnance de référé, 10 août 2001, n°012190, et Tribunal administratif de Caen, 26 février 2002, "*Préfet de Région Basse Normandie et Préfet du Calvados c/ Commune de Vaulx-sur-Seulles*" cités par **F. G. TRÉBULLE** : "OGM : Une illustration de la mise en œuvre du principe de précaution", *op. cit.*, page 13.

¹¹⁸⁴ Contrairement au principe dégagé en cas de concurrence entre police générale du maire et police générale du préfet dans l'arrêt du Conseil d'État du 18 avril 1902, "*Commune de Nérès-les-bains*", reproduit in **M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOVLVÉ, B. GENEVOIS** : "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", *op. cit.*, page 61, selon lequel "si l'article 99 [de la loi du 5 avril 1884] autorise le préfet à faire des règlements de police municipale pour toutes les communes du département ou pour plusieurs d'entre elles, aucune disposition n'interdit au maire d'une commune de prendre sur le même objet et pour sa commune, par des motifs propres à cette localité, des mesures plus rigoureuses", et étendu au conflit entre police spéciale et police générale par l'arrêt du Conseil d'État du 22 mars 1935, "*Société Narbonne*", Recueil page 379. Voir sur le cas particulier des polices spéciales environnementales la remarque d'Y. Jégouzo : "[...] s'il est exact qu'en règle générale l'existence d'une police spéciale n'a pas pour effet de priver totalement le maire de ses pouvoirs de police générale et lui permet, lorsque les circonstances locales l'exigent, de préciser voire d'aggraver les restrictions qui résultent de la police spéciale [...] il n'en est généralement pas de même s'agissant des nombreuses polices spéciales de l'environnement. Celles-ci ont généralement pour conséquence d'exclure toute mesure de police générale complémentaire, qu'elle soit permissive ou restrictive", **Y. JÉGOUZO**, note sous Tribunal administratif de Poitiers, Ordonnance de référé, 22 octobre 2002, "*Préfet des Deux-Sèvres c/ Commune d'Ardin*", n°021677, *AJDA* 2002, page 1353.

¹¹⁸⁵ "Considérant que [...] les articles L. 2212-2 et L. 2212-4 du Code général des collectivités territoriales n'autorisent pas le maire, hors le cas de péril imminent, à s'immiscer dans l'exercice de la police spéciale des installations classées", Tribunal administratif de Chalons-en-Champagne, 13 juin 2001, Commune de Somsois, reproduit à la *RJE* n°2/2002, note **R. SCHNEIDER**, page 219.

allégué"¹¹⁸⁶, ou encore parce constituant une "mesure qui excède, par sa généralité dans le temps et dans l'espace, les pouvoirs de l'autorité de police municipale"¹¹⁸⁷. De même, l'imprécision de la mesure de police est un facteur justifiant son annulation, comme par exemple dans l'arrêt du Tribunal administratif de Limoges du 27 mars 2003 où le juge précise que "le maire, pour justifier l'usage de ses pouvoirs de police municipale, ne produit pas d'éléments permettant de déterminer l'importance, l'étendue, la localisation et le type de cultures qui seraient menacées sur le territoire de la commune"¹¹⁸⁸.

Pourtant, même si "les arrêtés municipaux [...] n'auraient sans doute pas été annulés si les interdictions édictées avaient été plus restreintes dans le temps et dans l'espace"¹¹⁸⁹, il faut noter une certaine difficulté du principe de précaution à s'affirmer face à une "culture de la prévention" qui imprègne l'ensemble de la police administrative, et qui se manifeste dans la résistance du juge à son égard. Les conditions de légalité des mesures de police municipale générales, en exigeant la démonstration de l'existence d'un péril réel et imminent, semblent réfractaires à un glissement vers une police de la précaution.

B – Le principe de précaution est un fondement concurrencé par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales et par la dimension préventive de la police administrative.

La lecture des arrêts et décisions ayant annulé des "arrêtés de précaution", loin de consacrer même implicitement l'émergence d'une "police de la précaution" qui permettrait à ses titulaires d'agir face à une menace *potentielle* de trouble à l'ordre public caractérisée par des risques incertains, semble au contraire illustrer la prégnance d'un "paradigme préventif", qui porte ombrage à l'usage du principe de précaution en matière de police administrative¹¹⁹⁰.

Si de rares décisions ont affirmé explicitement que "le principe de précaution ne saurait fonder une mesure de police générale"¹¹⁹¹, c'est surtout en précisant que "les pouvoirs de police générale [...] ne peuvent être exercés que pour prévenir des risques établis", ou que "le maire, qui justifie son arrêté par un risque potentiel de pollution qui ne serait pas pris en compte à ce jour, a pris une mesure qui excède [...] les pouvoirs de prévention qu'il tient de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales"¹¹⁹², que le juge a dessiné les contours d'une forme d'incompatibilité structurelle entre

¹¹⁸⁶ Tribunal administratif de Limoges, 27 mars 2003, "*Préfet de l'Indre c/ Commune de Coings*", cité par C. HERMON : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", *Droit de l'environnement* n°121, 9/2004, page 170.

¹¹⁸⁷ Tribunal administratif de Nancy, 29 février 2000, "*Préfet des Vosges*", cité par C. HERMON, *ibid.*

¹¹⁸⁸ Précité.

¹¹⁸⁹ J. MAKOWIAK : "Le juge administratif face aux arrêtés anti-OGM : de la censure à l'ouverture", *RJE* n°4/2004, page 393.

¹¹⁹⁰ "La distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution et prévention", P. KOURILSKY et G. VINEY : "Le principe de précaution", *op. cit.*, page 18.

¹¹⁹¹ Tribunal administratif de Nice, 17 décembre 2002, décision précitée.

¹¹⁹² Tribunal administratif de Nancy, 29 février 2000, décision précitée.

l'usage du principe de précaution et les pouvoirs de police du maire. En effet, le glissement de la motivation des actes de police de la prévention vers la précaution ne semble pas être un fait admis par le juge, qui sanctionne systématiquement les maires fondant leurs mesures d'interdiction sur des "risques potentiels liés à la culture d'OGM" et ne démontrant pas "l'existence d'un risque *avéré* de pollution génétique des cultures existantes par les cultures d'OGM sur son territoire"¹¹⁹³, ce qui revient, comme le souligne Carole Hermon, "à exclure l'application du principe de précaution dans le cadre de la police municipale puisque ledit principe a justement vocation à intervenir avant que l'existence du risque ne soit établie"¹¹⁹⁴. Les troubles à l'ordre public motivant l'adoption des mesures de police ne seraient donc pas susceptibles d'être constitués par des risques incertains, en dépit du caractère évolutif et relativement souple du tryptique dont il est constitué¹¹⁹⁵. C'est paradoxalement cette dimension préventive de la police municipale qui empêche l'étirement du concept de trouble à l'ordre public dans le sens de la prise en compte des risques potentiels, ce qui ne constitue pourtant qu'une radicalisation de l'approche préventive. Il faut donc en déduire l'impossibilité – au regard en tous cas de ces quelques décisions qui demeurent nettement sur la réserve – d'interpréter téléologiquement l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, qui mentionne la notion de "précautions convenables" pour prévenir les "pollutions de toute nature", à la lueur du principe de précaution du code de l'environnement ou de l'article 5 de la Charte de l'environnement. Or cette disposition pourrait être assez aisément considérée comme une déclinaison environnementale des pouvoirs de police générale du maire, d'autant plus qu'elle a précisément été introduite par la loi du 7 janvier 1983 concernant la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État¹¹⁹⁶. En conséquence, une relecture téléologique de cette disposition à la lueur du principe de précaution constitutionnalisé depuis le premier mars 2005, qui permettrait de fonder une police de la précaution concernant les risques potentiels, ne paraît pas totalement incongrue au regard notamment du caractère évolutif de la notion d'ordre public.

§ 3 – Les effets de la constitutionnalisation du principe sur la motivation des décisions de police administrative.

Si le principe de précaution devient à partir du premier mars 2005 un principe constitutionnel, ce qui devrait contribuer à unifier le contentieux relatif à son usage en matière de police municipale (A), son contenu a été profondément modifié par la rédaction de la Charte, ce qui pourrait contribuer à

¹¹⁹³ Tribunal administratif de Limoges, 27 mars 2003, décision précitée.

¹¹⁹⁴ C. HERMON : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", op. cit., page 169. Voir également le constat de P. BECHMANN et V. MANSUY : "Le principe de précaution conduit à prendre des mesures avant même que le danger ne soit connu et relié aux faits par un lien de causalité", *Jurisclasseur environnement*, fascicule 125, n°7, page 3.

¹¹⁹⁵ Voir sur ce point les développements de J. MAKOWIAK dans l'article précité, spécialement pages 398 et suivantes.

¹¹⁹⁶ M. PRIEUR : "Droit de l'environnement", op. cit., page 483.

remettre en cause les avancées jurisprudentielles des tribunaux et cours administratives d'appel dans un sens plus restrictif (B).

A – Un principe dont la valeur juridique est désormais fixée.

Si la valeur simplement législative du principe de précaution pouvait constituer un obstacle à la reconnaissance de son utilisation par l'autorité de police municipale dans le cadre de la gestion des troubles potentiels ou "incertains" à l'ordre public, la Charte de l'environnement rendra plus difficile le déni du juge à son égard. C'est donc essentiellement en termes de légitimité que la Charte de l'environnement renforcera le principe de précaution que le Conseil d'État, à la différence des tribunaux et cours administratives d'appel, se refuse à appliquer pleinement comme une norme susceptible de justifier une mesure de police municipale.

B – Un principe dont le contenu est modifié au regard du concours entre police générale et spéciale.

Comme on l'a montré plus haut la rédaction du principe de précaution s'est trouvée profondément modifiée dans le cadre de sa constitutionnalisation par le biais de la Charte de l'environnement. Parmi les modifications qui vont certainement affecter le contentieux de la police administrative se trouve la mention qui précise que les autorités publiques appliquent le principe de précaution "dans leurs domaines d'attributions", ce qui ne manquera pas d'avoir des conséquences dans le cadre des conflits entre polices générales et spéciales. Cette formule commande-t-elle de lire sous un angle nouveau les jurisprudences du Conseil d'État qui permettaient jusque là l'adoption par le maire de mesures de police plus sévères que celles adoptées par une autre autorité de police spéciale, dans le cas où les circonstances locales – devant être dûment explicitées – le justifiaient ?¹¹⁹⁷ Faut-il désormais entendre depuis l'adoption de la Charte le 1^{er} mars 2005 que le principe de précaution, invocable par le maire "dans ses domaines d'attributions" ne peut plus servir de fondement à une mesure de police générale qui viendrait compléter ou renforcer une mesure de police spéciale adoptée par le préfet ou par un ministre ? Le constat de l'abondance des polices administratives spéciales en matière d'environnement et celui de la cohérence du territoire communal pour la mise en œuvre de certaines politiques environnementales¹¹⁹⁸ pourrait donc nourrir le premier des paradoxes de la version constitutionnelle du principe de précaution, en forme de confiscation comme instrument de police locale environnementale pour les maires.

¹¹⁹⁷ Solution qui fut appliquée au contexte des organismes génétiquement modifiés par la décision du Tribunal administratif de Nancy, 2 mars 2004, "Préfet des vosges", Jurisclasseur environnement, fascicule 125, n°76, page 2.

¹¹⁹⁸ Voir sur ce point C. HERMON : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", op. cit., page 164.

L'interprétation de cette disposition sera opérée par le juge ordinaire puisque le contrôle de légalité d'un acte de police administrative fondé sur le principe de précaution devient, à partir du premier mars 2005, un contrôle de constitutionnalité. Rien n'empêche le juge de considérer que l'adaptation ou le renforcement des mesures de police spéciales adoptées au niveau national par des mesures de police générale locales, justifiées par des circonstances particulières, fait précisément partie des "domaines d'attribution" du maire, ce qui serait d'ailleurs assez conforme à une certaine forme de subsidiarité environnementale. Mais une interprétation génétique de cette disposition, dont les débats attestent qu'elle répondait précisément au cas des organismes génétiquement modifiés¹¹⁹⁹, réserverait sans doute une solution différente. Lors de la discussion de l'amendement au sein de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, le terme "attributions" était rapproché du concept de "compétences" au sens étroit du terme, c'est à dire des prérogatives attribuées aux maires par les textes législatifs, au premier rang desquels le code général des collectivités territoriales¹²⁰⁰. Or, si l'attribution des compétences de police spéciales est opérée par voie législative, les situations de conflits entre police spéciale et générale, et notamment les principes de non concurrence et de non confusion, sont réglées quant à elles par la jurisprudence administrative¹²⁰¹. De plus, et comme le dit René Chapus "il est rare que [la concurrence entre police spéciale et police générale] soit exclue par les textes (...), et que seule la police spéciale puisse être exercée"¹²⁰². Ainsi la portée de cette disposition, dans le cadre de l'usage du principe de précaution par les maires en matière de police administrative générale, dépend de son assimilation à la notion de "compétence", qui exclura les domaines où une police spéciale existe en faveur d'une autre autorité que le maire. Si en revanche, à notre sens, c'est la notion "d'attribution" qui prévaut, alors il faut considérer que la possibilité pour le maire d'adopter des mesures de police générale justifiées par le contexte local ou par l'urgence – comme c'est le cas en matière d'installations classées – fait partie de ses "attributions", telles que déterminées notamment par la jurisprudence. Inversement, il faut également noter qu'elle permet aussi d'empêcher que le défaut de précaution ne soit utilisé pour engager la responsabilité du maire dans un domaine où il n'est pas compétent¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ Voir l'exposé sommaire de l'amendement n°47, déposé à l'Assemblée nationale par **M. SADDIER** et **P. OLLIER**, qui a introduit cette formule dans le principe de précaution : "Ainsi, un maire ne pourra pas interdire par arrêté que soient pratiquées des cultures d'organismes génétiquement modifiés dans un champ situé sur le territoire de sa commune, cette compétence étant exclusivement ministérielle", <http://recherche.assemblee-nationale.fr/>, document amdt-charte-41-70.pdf

¹²⁰⁰ **M. SADDIER**, avis précité, page 98.

¹²⁰¹ Voir notamment la jurisprudence "*Société des films Lutetia et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*", Conseil d'État, 18 décembre 1959, in **M. LONG**, **P. WEIL**, **G. BRAIBANT**, **P. DELVOLVÉ**, **B. GENEVOIS** : "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", op. cit., page 528.

¹²⁰² **R. CHAPUS** : "Droit administratif général", op. cit., page 709.

¹²⁰³ Voir dans ce sens **V. MANSUY** : "Le principe de précaution : un principe en quête de méthodologie ?", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°6/2004, page 7.

Section 2 – L'identification des principes du droit de l'environnement par rapport aux normes jurisprudentielles existantes.

Avant leur constitutionnalisation en mars 2005 les principes du droit de l'environnement ont fait l'objet de sollicitations jurisprudentielles tendant à les faire entrer au sein des catégories de principes non écrits ou des standards de jugement. Qu'elles aient été portées au plan constitutionnel (§ 1), ou administratif (§ 2), toutes ces tentatives ont échoué et ces principes sont restés livrés, par défaut, à leur statut minimal de principes juridiques écrits.

§ 1 – Les principes du droit de l'environnement et les normes jurisprudentielles constitutionnelles.

Le juge constitutionnel a de plus en plus fréquemment recouru à la création de normes jurisprudentielles basées sur une interprétation des textes existants. Participant d'une "lecture actualisante du référentiel normatif"¹²⁰⁴ cette technique a conduit à la mise en place de nouvelles catégories de normes avec lesquelles il s'agira ici de confronter les principes du droit de l'environnement, en montrant que ces derniers ne sont ni des "exigences", "règles" ou "principes" à valeur constitutionnelle (A), ni des "objectifs à valeur constitutionnelle" (B).

A – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "exigences", "règles" ou "principes" à valeur constitutionnelle.

La question de savoir si les principes généraux du droit de l'environnement "méritent" matériellement une telle consécration jurisprudentielle ne fait pas l'objet de doutes puisque ces principes sont issus du droit international et ont été consacrés au niveau constitutionnel par d'autres États. Mais toujours est-il qu'à ce jour aucune décision du Conseil n'a érigé l'un des quatre principes du droit de l'environnement au rang de "principe", "exigence" ou "objectif" à valeur constitutionnelle. L'intégration des valeurs environnementales dans la Constitution s'est opérée par voie de révision constitutionnelle en 2005 et non par voie prétorienne.

Une question rétrospective mérite pourtant d'être posée, qui concerne les dispositions de la Constitution auxquelles ces principes auraient pu se rattacher, selon la formule rituelle "il découle de l'article (...) du Préambule de la Constitution un principe à valeur constitutionnelle de...", et compte tenu du fait que le développement de ces principes témoigne de la part de la Haute juridiction d'un souci primordial de rattachement aux textes. Or, force est de constater que mis à part l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui protège le droit de propriété, son article

¹²⁰⁴ S. DYENS , É. SALÈS : "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?", op. cit., page 280.

4 qui définit la liberté comme ce qui consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, et surtout le principe II du préambule de la Constitution de 1946 qui garantit la "protection de la santé"¹²⁰⁵, les dispositions qui auraient pu servir de support à la consécration des principes environnementaux sont peu nombreuses¹²⁰⁶. Cette absence d'ancrage textuel constituait un obstacle à la constitutionnalisation jurisprudentielle des principes¹²⁰⁷ puisque le Conseil constitutionnel tient à justifier très scrupuleusement le rattachement des principes qu'il utilise ou fabrique dans ses décisions¹²⁰⁸.

Pourtant, il y a lieu de s'interroger sur la marge de manœuvre ouverte par cette opération déductive¹²⁰⁹, "interprétation constructive qui dissimule pudiquement l'arbitraire du juge"¹²¹⁰ dont on a pu dire parfois qu'elle conduisait à l'émergence de "principes introuvables, à géométrie variable, au contenu élastique et aux effets aléatoires"¹²¹¹. Doit-on considérer qu'il aurait été possible d'inférer des normes écrites du bloc de constitutionnalité, normes au demeurant très floues¹²¹², la série des quatre principes environnementaux du Code de l'environnement ? Les textes constitutionnels qui servent de référence au contrôle de constitutionnalité ont été rédigés durant des périodes bien antérieures au développement du souci environnemental, et dont certaines témoignent de l'emprise de paradigmes qui lui sont radicalement étrangers¹²¹³. Les ressources de l'herméneutique juridique, de la téléologie ou de l'interprétation génétique ne seraient sans doute pas parvenues à trouver le chemin d'un

¹²⁰⁵ En vertu d'une interprétation téléologique, Jean UNTERMAIER considère dans un article de 1978 que ce principe "se réfère implicitement au droit de l'homme à l'environnement", car "les 'conditions nécessaires au développement' doivent être appréciées en fonction de l'époque et des caractéristiques de la société considérée. Or il est aujourd'hui incontestable que ces conditions ne sont plus exclusivement d'ordre matériel ou financier, mais comportent aussi la possibilité de vivre dans un environnement convenable", **J. UNTERMAIER** : "Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques", *RJE* n°4/1978, page 339.

¹²⁰⁶ "Il est clair que le principe de précaution, comme du reste aucun principe du droit de l'environnement, ne pouvait être dégagé directement d'aucune disposition textuelle de la Constitution de 1958 et son Préambule ni d'aucun principe fondamental reconnu par les lois de la République", **C. EOCHÉ-DUVAL** : "Le principe de précaution et le juge constitutionnel français : la décision IVG du 27 juin 2001", *Droit de l'environnement* n°92, octobre 2001, page 234.

¹²⁰⁷ Voir pour l'expression d'une opinion différente au sujet de la consécration d'un droit de l'homme à un environnement sain **M. A. COHENDET** : "Les textes et principes constitutionnels qui peuvent être utilisés par le juge pour consacrer ce droit de l'homme sont si nombreux et concordants qu'il n'a guère que l'embarras du choix", in "Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et écologiquement équilibré", **SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT** : "Vingt ans de protection de la nature. Hommage au Professeur Michel Despax", PULIM, Limoges, 1996, page 285.

¹²⁰⁸ **G. VEDEL** précisait pour justifier "qu'il n'y a pas de principes généraux du droit au sens du droit administratif que le Conseil constitutionnel puisse invoquer comme source du droit" que "(...)le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre les dangers du gouvernement des juges, ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel", in "La Cour de cassation et la Constitution de la République", Colloque des 9 et 10 décembre 1994, Rapport de synthèse, PUAM, p 287 (première citation), et "Le précédent judiciaire en droit français", *RIDC* n°6/1984, page 283 (seconde citation).

¹²⁰⁹ Voir notamment **F. MODERNE** : "Cette volonté de retour aux textes, cette quête de la source écrite, qui peut tourner selon certains à l'obsession textuelle (...) ne sont elles pas parfois quelque peu artificielles ?", in "Actualité des principes généraux du droit", *RFDA* n°3/1998, page 504.

¹²¹⁰ **D. LOSCHAK** : "Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?", *Pouvoirs* n° 13, 1980, page 37.

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² "Il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue déjà à l'époque comme un simple rappel du droit naturel, le Préambule de la Constitution de 1946, qui est le fruit d'un compromis politique, ou ces fameuses *lois de la République* dont on ne sait au juste ce qu'elles recouvrent ni ce qui, en elles, est fondamental, donc immuable, et ce qui ne l'est pas", **D. LOSCHAK**, *Ibid.*, p 36.

¹²¹³ Voir notamment pour les textes issus de la Révolution française la notion de "nature objet" développée par **F. OST** : "À l'ordre ancien du monde, calqué sur une harmonie écologique conforme aux visées de Dieu, mais bientôt assimilé aux injustices d'une société de castes et de privilèges, se substitue peu à peu un ordre atomisé et dynamique fondé sur le partage et la circulation des héritages. Au centre de ce système, le droit subjectif de propriété compris comme pouvoir personnel d'agir", in "La nature hors la loi", La découverte, Textes à l'appui, Série écologie et société, Paris, 1995, page 52.

rattachement constitutionnel pour les principes environnementaux. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà reconnu son incapacité à contrôler les dispositions prises par le législateur dans certaines matières très techniques¹²¹⁴.

Mais on comprendra mieux les obstacles qui s'opposaient à une constitutionnalisation prétorienne des principes environnementaux sous forme de "principes" objectifs" ou "exigences" à valeur constitutionnelle" en étudiant le cas du principe de précaution.

B – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des objectifs à valeur constitutionnelle : l'exemple du principe de précaution.

C'est la dimension téléologique de ces objectifs à valeur constitutionnelle qui a incité la doctrine à tenter d'y intégrer le principe de précaution, en le rattachant à l'article 4 de la Déclaration de 1789 consacré à la liberté¹²¹⁵ ou aux alinéas 10 et 11 du Préambule de la constitution de 1946¹²¹⁶. Selon Christophe Eoche-Duval "si la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, elle implique pour son titulaire de prendre dans l'exercice de cette liberté les mesures de précaution qui s'imposent pour s'assurer de ne pas nuire à l'environnement, la santé ou la sécurité d'autrui, dont il doit pouvoir jouir librement"¹²¹⁷. Dans cette optique le principe de précaution serait venu contrebalancer la liberté d'entreprendre au titre des limites consubstantielles à l'exercice de toute liberté, conformément aux fonctions des objectifs à valeur constitutionnelle qui ont été définis davantage comme des normes de conciliation que comme des normes de contrôle¹²¹⁸. Telle fut également la position des 60 sénateurs auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel du 16 juin 2001 contre la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception qui reprirent à leur compte cette analyse¹²¹⁹. Ces derniers précisèrent laconiquement que "le principe de précaution, ainsi que l'admettent certains auteurs de

¹²¹⁴ Voir par exemple la décision n° 94-343-344 DC, dite "Bioéthique", du 27 juillet 1994, notamment le considérant n° 10 : "Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur", Recueil page 100. La formule est de nouveau employée mot pour mot dans le considérant n° 4 de la décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, dite "IVG II", JO du 7 juillet 2001, page 10828.

¹²¹⁵ "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi".

¹²¹⁶ Voir par exemple **P. KOURILSKY** et **G. VINEY** : "Le principe de précaution", Rapport au Premier ministre, Odile Jacob, Paris, 2000, page 126, note 193 ; **C. EOCHE-DUVAL**, note sous CE, 28 juillet 2000, *Droit de l'environnement* n° 86, page 48 ; voir également **L. BAGHESTANI-PERREY** : "Dans cette optique, le principe de précaution pourrait s'apparenter à un objectif de valeur constitutionnelle s'il trouvait application dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qu'il participe à la protection de la santé et de la sécurité des personnes qui est exigée par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958", in "La valeur juridique du principe de précaution", *RJE* n° spécial "Le principe de précaution", 2000, page 23.

¹²¹⁷ **C. EOCHE-DUVAL** : "Le principe de précaution et le juge constitutionnel français : la décision IVG du 27 juin 2001", *op. cit.*, page 234.

¹²¹⁸ Voir dans ce sens **B. FAURE**, "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", *op. cit.*, page 63.

¹²¹⁹ JO n°156 du 7 juillet 2001, page 10830 et s.

doctrine, a valeur d'un objectif à valeur constitutionnelle qui se dégage de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen"¹²²⁰ ; ils l'appliquaient ensuite, selon un raisonnement contesté par le gouvernement dans son avis sur la saisine¹²²¹, à l'allongement à douze semaines du délai légal d'interruption de grossesse¹²²². Mais la réponse donnée par le Conseil constitutionnel est aussi laconique qu'impénétrable, puisque selon lui et "contrairement à ce qu'affirment les requérants, le principe de précaution ne constitue pas un objectif à valeur constitutionnelle"¹²²³.

L'absence d'une théorie interprétative bornant la mesure dans laquelle les textes constitutionnels sont étirables par le juge rend l'évaluation de ce refus – qui à rigoureusement parler concerne le champ de la santé publique et non celui de l'environnement – difficile. Le premier constat – l'absence de la notion d'environnement dans la Constitution avant le premier mars 2005 – et l'absence corrélative des notions portées par les quatre principes législatifs de la loi dite "Barnier" du 2 février 1995, tout au moins sous une forme explicite, était de nature à hypothéquer très lourdement les possibilités de recours à la voie interprétative pour constitutionnaliser les principes législatifs du droit de l'environnement. En effet, la plupart des objectifs à valeur constitutionnelle dégagés par la Haute juridiction ont pour fonction de venir préciser la notion contenue dans un principe formulé très généralement pour l'appliquer à une situation plus concrète. Ainsi en est-il du "pluralisme des courants d'expression socio-culturels", du "pluralisme des quotidiens d'information politique et générale" et de la "transparence financière des entreprises de presse", tous trois déduits de l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui précise que "la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi". Comme le précise Bertrand Faure cet article était conçu initialement pour des individus "émetteurs", titulaires d'un droit de communiquer leurs pensées et leurs opinions, alors que les objectifs qu'en déduit le Conseil sont davantage tournés vers le public "récepteur" au profit desquels le pluralisme est une garantie de la qualité de l'information¹²²⁴. L'élasticité des textes peut-elle permettre un tel renversement de perspective ? Chacune de ces deux optiques vise à protéger le sujet de droit de l'exercice d'un pouvoir, l'absolutisme royal dans la version originelle du principe, et la concentration des grands groupes de presse dans sa version "actualisée".

¹²²⁰ Ibid., point 1.4.

¹²²¹ "En second lieu, on chercherait en vain dans les principes constitutionnels déduits du préambule, un principe de précaution qui pourrait faire obstacle à ce que le législateur adopte des dispositions comme celles qui sont en cause ici. En réalité, les auteurs du recours entendent, par ce biais, inviter le Conseil constitutionnel à introduire, dans cette matière, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation", *in* "Observations du gouvernement sur le recours dirigé contre la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception", 15 juin 2001, J.O. n°156 du 7 juillet 2001, page 10832.

¹²²² "Il appert que l'absence de consensus médical sur l'allongement à douze semaines du délai légal d'interruption de grossesse que l'absence de certitude scientifique sur l'assimilation à une personne humaine à part entière d'un fœtus âgé de quatorze semaines d'aménorrhée, viable et exempt d'anomalies ou d'affections incurables ou irréversibles, auraient dû conduire le législateur, compte tenu des connaissances de la science du moment, à ne pas allonger le délai légal de l'interruption volontaire de grossesse, pour prévenir des dommages graves et irréversibles portés aux principes du respect de tout être humain dès le commencement de la vie et de protection de la santé de la mère", Ibid.

¹²²³ Décision du Conseil constitutionnel n° 2001-446 DC, JO du 7 juillet 2001, page 10828, considérant n°6.

¹²²⁴ B. FAURE : "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", op. cit., page 58.

L'interprétation est donc finaliste, et résume le principe à un double contenu matériel qui devient intemporel : la liberté d'expression, et la protection de la partie faible. Or ces deux éléments fondamentaux se retrouvent dans chacune des versions de l'article 11 actualisées par la lecture téléologique du Conseil constitutionnel sous la forme d'objectifs à valeur constitutionnelle, qui ne font que les transposer à des domaines plus précis que sont la presse politique et générale et le financement des entreprises de presse. Il s'agit donc de ce que l'on pourrait appeler un "développement fonctionnel du concept en regard des objectifs du législateur [*ici du constituant*], ce qui entraîne non pas une modification du mode d'expression législatif [*constitutionnel*] d'un droit mais correspond davantage à l'extension du champ de la régulation juridique à un nombre plus grand et plus précis de situations de fait dans la sphère d'activités concernée"¹²²⁵. En d'autres termes, le concept de la norme source doit se retrouver dans la norme qui en est déduite, simplement appliqué à une hypothèse nouvelle. Or, on aurait eu la plus grande difficulté avant la révision de mars 2005 à isoler au sein du bloc de constitutionnalité les quatre concepts portés par les principes environnementaux : précaution, prévention, participation et pollueur-payeur, d'autant plus que la notion d'environnement en était elle-même absente.

Pour ce qui est du principe de précaution au sujet duquel le Conseil constitutionnel s'est prononcé négativement, la jonction avec l'article 4 de la Déclaration de 1789 semblait n'être possible qu'au prix d'un raisonnement hardi. Sa justification procédait d'un renversement de perspective – mais l'on a vu que la découverte de certains objectifs constitutionnels était à ce prix – qui consistait à tracer un lien entre les "nuisances à autrui" et les "nuisances à l'environnement". La dimension exclusivement politique ou sociale de l'article 4 résulte de la philosophie des Lumières qui construit une théorie du contrat social "contre nature", qui mettait cette dernière "hors la loi". La réintégration de l'environnement au sein de cette relation procède, on l'a vu, davantage de la "stipulation pour autrui" que du "contrat naturel". Pourtant ce raisonnement était possible, au prix d'une lecture téléologique de l'article 4 qui aurait conduit à préciser que la lutte contre les atteintes à l'environnement, justifiant le recours à la précaution ou à la prévention, sont constitutives de ces "bornes qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits". Les nuisances à l'environnement constituant des sources d'entrave à l'exercice des "droits naturels de chaque homme", l'atteinte à autrui étant simplement ici conçue comme une atteinte indirecte au sens où porter atteinte à l'environnement c'est, à plus ou moins long terme, porter atteinte à autrui.

Le rattachement des principes environnementaux à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme était donc possible mais nécessitait de la part du Conseil constitutionnel un "saut interprétatif" puisqu'il y a ici un écart plus grand que celui qui sépare une notion de tous ses champs d'application

¹²²⁵ D. L. DEMERS : "Les concepts flous, l'interprétation constructiviste et la modélisation", in C. THOMASSET et D. BOURCIER (dir.) : "Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine", Bruylant, Bruxelles, 1997, page 231.

potentiels, y compris ceux qui ne sont pas prévisibles au moment de la rédaction de la norme, ou que celui qui sépare la compréhension et l'extension d'un concept. On ne pourrait trouver dans la définition politique de la liberté un concept dont les notions de précaution, prévention, participation et, *a fortiori*, pollueur-payeur, seraient des extensions ou des formes actualisées. À bien des égards, et comme cela a pu être montré, ces principes constituent autant de ruptures épistémologiques¹²²⁶ qui créent une coupure herméneutique pour le juge trop soucieux de les rattacher à des textes issus de configurations intellectuelles antérieures à la révolution industrielle. C'est bien ici en effet la réintégration de la nature dans la notion politique de liberté qui fait obstacle à un tel rattachement. L'adoption de la Charte de l'environnement en 2003 n'en apparaît rétrospectivement que plus justifiée.

Un autre ancrage envisageable, qui n'a pas fait l'objet de sollicitations contentieuses mais qui a pourtant l'avantage d'être plus récent, désignait un texte issu cette fois du Préambule de 1946 dont il constitue un "principe particulièrement nécessaire à notre temps". Il s'agit de l'alinéa I I, véritable credo de l'État providence, qui précise que la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement, et garantit la protection de la santé, le repos et les loisirs. Tous ces éléments pouvaient venir constituer un faisceau d'indices qui aurait désigné l'environnement comme dénominateur commun et aurait pu constituer un autre point d'attache pour un objectif constitutionnel qui aurait repris le contenu des principes. Cet alinéa a d'ailleurs été déjà utilisé par la Haute juridiction, combiné avec le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation", tiré du Préambule de la Constitution de 1946, pour faire émerger un objectif à valeur constitutionnelle assurant la "possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent"¹²²⁷. Dans cette hypothèse le droit au logement découle de la protection accordée à l'individu et à la famille par le biais des notions de "moyens convenables d'existence", de "conditions nécessaires à leur développement" ou de "sécurité matérielle" qui figurent dans l'article considéré du Préambule de 1946. L'application de ces notions au domaine de l'habitat ne procède pas de la "divination", et aurait tout à fait pu fournir un modèle interprétatif pour une utilisation de la "protection de la santé" ou de la garantie du "repos et des loisirs" pour tracer le lien entre les textes de la Constitution et un objectif à valeur constitutionnelle de précaution ou de prévention des atteintes à l'environnement. Les deux autres principes environnementaux auraient en revanche trouvé plus difficilement un ancrage textuel à même de les faire accéder à ce statut, bien que le principe pollueur-payeur soit une simple transposition environnementale de la logique synallagmatique qui inspire l'article 1382 du code civil.

¹²²⁶ **N. de SADELEER** : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement", op. cit., page 39.

¹²²⁷ Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 94-359 DC : "Considérant qu'il résulte de ces principes que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle", Recueil page 176, JO du 21 janvier 1995, page 1166, considérants n°5,6,7.

Mais ces cas de figures restaient largement hypothétiques et subordonnés à la capacité du juge à mobiliser la ressource textuelle dans une perspective téléologique, la technique utilisée par le juge administratif pour la "découverte" des principes généraux du droit, plus nettement affranchie de la référence textuelle ou qui se base sur un rattachement beaucoup plus diffus, aurait offert une opportunité plus aisément envisageable. Malheureusement la pratique des principes généraux du droit n'a pas de réel équivalent au sein de la juridiction constitutionnelle¹²²⁸ où le centralisme textuel reste de rigueur, et la consécration des principes environnementaux comme principes généraux du droit administratif n'offrirait pour eux, comme on va le voir, qu'un intérêt très relatif.

§ 2 – Les principes du droit de l'environnement et les normes jurisprudentielles administratives.

Les principes du code de l'environnement ne sont, pour l'instant, ni des principes généraux du droit administratif (A), ni des standards juridictionnels (B).

A – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des principes généraux du droit administratif.

L'opposition entre le "principes généraux du droit administratif", qui bénéficient selon René Chapus d'une "appellation contrôlée"¹²²⁹, et les principes généraux du droit de l'environnement illustre parfaitement le caractère artificiel des distinctions catégorielles opérées entre les principes. En effet, en tout premier lieu ces deux catégories sont séparées par la figure du juge, organe créateur des "principes généraux du droit" applicables même sans texte, là où les principes environnementaux sont rédigés par le législateur et possèdent donc un support textuel explicite. Or, parmi les arguments invoqués par le juge ou la doctrine pour faire apparaître l'utilisation des principes généraux du droit administratif comme un acte d'application et non comme un acte de création du droit (ou comme un acte de connaissance et non comme un acte de volonté), se trouve la célèbre théorie de l'induction amplifiante selon laquelle ces principes seraient simplement induits de dispositions convergentes du droit positif au sein duquel ils résideraient en quelque sorte à l'état latent. Le juge serait simplement responsable non de la "création" mais de la "découverte" des principes qui lui pré-existeraient au sein de l'ordre juridique¹²³⁰. À mesure que la tâche du juge s'amenuise et se ramène à cette sorte de faculté instituante, consistant à énoncer

¹²²⁸ "Surtout, pour une grande majorité de la doctrine, les PFLR ne doivent pas être confondus avec les principes généraux du droit auxquels a recours le Conseil d'État. Ces deux catégories diffèrent à la fois quant à leur valeur juridique et quant à leur origine formelle.(...). Si les principes généraux du droit sont une catégorie juridique créée par le Conseil d'État et peuvent être appliqués 'même en l'absence de texte', les PFLR au contraire se relieraient doublement à des textes : celui du préambule, ceux des lois de la République' ", V. CHAMPEIL-DESPLATS : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", op. cit., page 82.

¹²²⁹ R. CHAPUS : "Droit administratif général", op. cit., page 84

¹²³⁰ Voir B. GENEVOIS : "Principes généraux du droit", Encyclopédie DALLOZ, Contentieux administratif, Paris, 2000, page 9.

un principe qui ne lui doit absolument pas sa création, on perçoit donc de moins en moins bien ce qui sépare réellement les principes généraux du droit des principes environnementaux si ce n'est le fait que ces derniers ne sont pas implicites mais explicites¹²³¹ ou exprimés *en actes* et non simplement *en puissance* dans l'ordre juridique. Seule cette opération de découverte, apparentée à une labellisation *a posteriori*, sépare donc finalement un "principe général du droit administratif" d'un principe général écrit. Cet écart est d'autant plus critiquable que la portée juridique des principes généraux du droit administratif, supra-décrétale et infra législative¹²³², est inférieure à celle d'une disposition législative, qu'elle soit exprimée sous forme de règle ou sous forme de principe.

En outre, il n'est pas contestable que les principes du code de l'environnement peuvent largement être considérés comme résultant de dispositions convergentes du droit positif. Ainsi en est-il par exemple des textes relatifs à l'étude d'impact, aux installations classées et à la protection de la nature vis à vis du principe de prévention qui en opère la synthèse conceptuelle en même temps qu'il en constitue le commun dénominateur. Pourtant ces principes, parce qu'ils sont "écrits", ne constituent pas à proprement parler des "principes généraux du droit". On peut se demander d'ailleurs quelle serait l'utilité pour le juge administratif d'une telle consécration, qui apparaîtrait comme superfétatoire, puisqu'à la différence de la plupart des hypothèses de "découverte" des principes généraux du droit administratif il n'existe pas ici de lacune ou d'antinomie du droit à combler par l'induction d'une norme circonstancielle qui viendrait fournir une prémisse majeure de substitution¹²³³. Il suffit au juge d'intégrer les principes environnementaux dans le contrôle de légalité pour parvenir au même résultat à moindre frais, et puisque de toute façon le principe général du droit, en tant que "formulation de règles contenues implicitement dans tout un ensemble législatif, (...) puise sa force dans la loi elle-même"¹²³⁴. Mais un étrange paradoxe, que l'on a déjà évoqué plus haut en étudiant l'usage du principe écrit dans la jurisprudence administrative, veut que le juge administratif semble avoir beaucoup moins de difficultés à élaborer des principes généraux du droit qu'à mettre en œuvre ceux qui sont formulés par le législateur. Les principes législatifs environnementaux témoignent donc d'une singulière bizarrerie : ils constituent des normes législatives de portée supérieure aux principes généraux du droit, mais sont

¹²³¹ Pour reprendre une distinction établie par J. WROBLESKI : "Principes du droit", in A. J. ARNAUD : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", op. cit., page 475.

¹²³² Selon la formule de R. CHAPUS : "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", DALLOZ 1966, Chronique, page 99, et "Droit administratif général", op. cit., page 99 ; voir également L. FAVOREU à propos de l'arrêt "Moussa Koné", qui confronte une convention internationale, supérieure à la loi aux termes de l'article 55 de la Constitution, avec un PFLR et non avec un principe général du droit qui n'a qu'une valeur infra législative (Conseil d'État, Assemblée, 3 juillet 1996) : "Il est acquis désormais que les principes généraux du droit ne résistent ni aux lois ni aux traités, à la différence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", in "Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", RFDA n°5/1996, page 883.

¹²³³ Sur le rôle des principes généraux du droit dans la résolution des antinomies voir C. HUBERLANT : "Antinomies et recours aux principes généraux", in C. PERELMAN (dir.) : "Les antinomies en droit", Travaux du Centre national de recherches logiques, Bruylant, Bruxelles, 1965, page 204 et s.

¹²³⁴ J. L. BERGEL : "Théorie générale du droit", 3^{ème} édition, Méthodes du droit, DALLOZ, Paris, 1998, page 89.

pourtant moins bien appliqués par le juge administratif, comme en témoigne la jurisprudence qui leur est relative.

Est-ce à dire que les deux types de principes se distinguent par des caractéristiques formelles ? La comparaison est ardue puisque les principes généraux du droit administratif, non écrits, sont réduits le plus souvent à des formules très laconiques limitées souvent à quelques concepts. Le principe de "respect des droits de la défense" possède des contours conceptuels bien plus flous que le principe de précaution qui, comme on l'a vu plus haut, prend la forme d'une définition légale qui est finalement très précise comparée à bien des principes généraux du droit administratif. Cette situation trouverait sans doute une issue si d'aventure un "principe général du droit" venait à entrer en contradiction avec l'un des quatre principes du droit de l'environnement, puisque la primauté de la loi imposerait normalement les principes législatifs écrits sur les principes jurisprudentiels¹²³⁵. En outre, les principes généraux du droit sont des normes générales, constitutives du droit commun, et les principes environnementaux des normes sectorielles, constitutives d'un droit spécial applicable prioritairement¹²³⁶.

Ainsi, l'espace juridique au sein duquel prospèrent les "principes généraux du droit" semble être un éther bien subtil puisque ces derniers peuvent être "en suspension dans l'esprit du droit"¹²³⁷ mais ne doivent pas y être écrits par le législateur, faute de quoi ils sont ravalés au rang beaucoup moins noble de "déclarations de principes qui diffusent les imprécisions philosophiques dans le domaine de la précision technique et distillent l'incertitude lorsqu'il faut rechercher la sécurité juridique"¹²³⁸. Davantage qu'une différence formelle, c'est donc bien un partage organique de la fonction normative qui semble séparer les principes environnementaux écrits des "principes généraux du droit administratif" ; l'enjeu qui est ici sous jacent est tout simplement l'espace de liberté du juge par rapport au texte. Au législateur le soin d'édicter des dispositions précises, et au juge le soin de "découvrir" des principes qui le cas échéant en combleront les lacunes ou en résoudront les antinomies. Le paradigme légicentriste révèle ici toute sa force, car le législateur qui désirerait lui-même combler *ex ante* ses propres lacunes en édictant des principes, c'est à dire en préparant le travail juridictionnel qui n'aurait plus ainsi à mener lui-même leur découverte inductive, les verrait condamnés à l'indifférence du juge. C'est parce qu'ils traduisent l'acceptation de son imperfection par le législateur lui-même que les principes législatifs sont accusés d'un déficit de juridicité quand les principes généraux du droit administratif, qui poursuivent exactement le même objectif de comblement des lacunes mais qui sont quant à eux "découverts" par le Conseil

¹²³⁵ "Mais en droit français la norme est avant tout la loi (...).Celui-ci [le juge] n'est pas libre de créer ou de rejeter tels ou tels principes généraux", J. L. BERGEL : "Théorie générale du droit", *op. cit.*, page 90.

¹²³⁶ "Il semble, par ailleurs, qu'entre les principes généraux, le postulat selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales permette de régler les interférences. Ainsi les principes limités à certaines matières spéciales s'appliqueraient de préférence aux principes généraux dont le domaine est plus vaste", *Ibid.*, page 100.

¹²³⁷ Selon une formule de Jean CARBONNIER : "La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes généraux. Mais elles ne les ont pas créées. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tels que semblaient leur révéler certains textes fragmentaires", *in* J. CARBONNIER : "Droit civil. Introduction", Thémis droit privé, PUF, Paris, 1995, page 215.

¹²³⁸ J. L. BERGEL : "Théorie générale du droit", *op. cit.*, page 92.

d'État et qui servent le paradigme légicentriste de la perfection de la loi, puisque censés y être implicitement contenus, sont considérés pleinement comme des normes de référence du contrôle de légalité¹²³⁹.

Pourtant il a été noté que l'existence d'un rattachement textuel ou d'un "précédent législatif" était favorable à la découverte de nouveaux principes généraux du droit par le juge administratif¹²⁴⁰. Peut-être que la formule liminaire de l'article L. 110-I-II, du code de l'environnement, stipulant que les lois "définissent la portée" des principes généraux du droit de l'environnement, les grève d'une réserve que les anglo-saxons qualifieraient de *self restraint*, et qui les cantonne au rang des objectifs législatifs dénués de toute portée juridique en suscitant la méfiance du juge administratif.

Il faut donc se résoudre à un constat réaliste : les principes environnementaux ne peuvent être définis autrement que par leur origine organique, comme des principes écrits de rang législatif ou constitutionnel. L'absence de correspondance entre la *volonté clarifiante du législateur* et la *volonté palliative du juge*, déterminations qui servent pourtant le même paradigme et qui les conduisent tous deux à l'élaboration de principes juridiques, empêche que les principes législatifs écrits soient rattachés à la catégorie des principes généraux du droit administratif.

B – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "standards jurisprudentiels".

Certains standards juridiques n'ont pas une origine textuelle mais sont le fruit d'une création conceptuelle du juge, qui les utilise dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs. C'est parfois d'ailleurs après avoir été expérimentés par le juge comme standards jurisprudentiels que certains d'entre eux sont codifiés par le législateur et acquièrent un statut écrit¹²⁴¹. Ainsi des notions très courantes comme celles de "délai raisonnable", "d'entretien normal", "d'erreur manifeste", de "circonstances exceptionnelles" ou de "clauses exorbitantes"¹²⁴², ne doivent rien aux textes mais font partie des standards jurisprudentiels qui nourrissent les méthodes de raisonnement du juge administratif, et servent en général les mêmes objectifs d'assouplissement des textes que les standards écrits¹²⁴³.

¹²³⁹ L'œuvre législative opérée par le Conseil d'État est analysée comme une de ses spécificités par Bruno Latour : "Alors que, partout ailleurs, il faut que le raisonnement du juge puisse faire comme s'il se bornait à appliquer une règle à un cas d'espèce ou, dans les cas les plus épineux, à modifier la seule interprétation d'un texte auquel on ne doit en aucun cas toucher, les séances d'instruction du Conseil permettent de rencontrer assez souvent une situation passionnante où le juge devient législateur. *Filius et pater legis*, auraient dit les anciens légistes", B. LATOUR in "La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État", Armand Colin, La Découverte, Paris, 2002, page 180.

¹²⁴⁰ "Symétriquement, le refus de dégager de nouveaux principes généraux a souvent eu pour origine le défaut de précédent législatif allant dans le sens de la solution sollicitée par la requête", J. M. BELORGEY : "La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'État français", *La Revue administrative*, n°4/1999, numéro spécial, "Les juridictions administratives dans le monde", page 86.

¹²⁴¹ S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980, page 110.

¹²⁴² Voir la liste établie par Stéphane Rials in "Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980, page 37.

¹²⁴³ "Tantôt, il améliore et assouplit les règles légales, tantôt, il se sert de la terminologie même du législateur, tantôt, enfin, il fait œuvre créatrice, il innove". [...] À de nombreuses reprises, le juge, devant les

La question de l'intégration des principes du code de l'environnement au sein de cette notion ne se pose pas pour tous ces principes mais essentiellement pour le principe de précaution, qui a parfois été rattaché au standard de "prudence"¹²⁴⁴. S'il n'y a pas de doutes sur l'antériorité de ce standard dans le vocabulaire du juge administratif par rapport au "principe" de précaution qu'il n'utilise expressément que depuis 1995, il est toutefois permis de s'interroger sur sa parenté avec certaines formules utilisées par le juge qui font référence à des "mesures de précaution" ou aux "précautions qui s'imposent" en matière de santé publique notamment. Il est vraisemblable que la notion de "prudence" et celle de "précaution" ont baigné la culture juridique avant que ne soit formulé explicitement le principe de précaution. Mais la confusion qui est parfois établie entre les deux ne résiste pas à l'examen de la jurisprudence administrative.

Section 3 – Les principes du droit de l'environnement dans la jurisprudence administrative.

Nombre de rédacteurs de la Charte de l'environnement de mars 2005 se sont accordés pour affirmer que les principes du droit de l'environnement de la loi "Barnier" du 2 février 1995 avaient reçu une mise en application dans le cadre de la jurisprudence administrative. Force est de constater que si celle-ci est réelle, elle est surtout très mesurée¹²⁴⁵ et très déséquilibrée, c'est à dire ne considérant pas ces principes comme un véritable corpus (§ 1), qu'elle est très insuffisante sur le plan des apports méthodologiques (§ 2), et qu'elle révèle les très faibles effets des principes environnementaux sur la décision du juge (§ 3). Au final, les principes environnementaux paient donc un très lourd tribut à une généralité formelle qui constitue pourtant leur spécificité en tant que principes (§ 4).

§ 1 – Un succès jurisprudentiel indéniable mais déséquilibré : les principes du droit de l'environnement n'ont pas été considérés comme un corpus.

Si le succès quantitatif des principes environnementaux devant les juridictions administrative est réel (A), il laisse apparaître un déséquilibre en faveur du principe de précaution, qui trahit les enjeux surtout symboliques de leur invocation par les requérants et de la réponse du juge (B).

difficultés d'appliquer une notion lui apparaissant trop rigide, n'a pas hésité à introduire des standards. Ainsi la force majeure n'est-elle pas l'événement imprévisible, irrésistible et insurmontable. C'est l'événement 'normalement imprévisible", P. DELEBECQUE : "Les standards dans les droits romano-germaniques", in "Les standards dans les divers systèmes juridiques", op. cit., page 878.

¹²⁴⁴ Voir pour une présentation critique des arguments en faveur de l'assimilation du principe de précaution à un standard K. FOUCHER : "Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique", L'Harmattan, Paris, 2002, note 66 page 29.

¹²⁴⁵ Voir dans ce sens Yves JÉGOUZO : "Le moins qu'on puisse dire est que l'attitude [du juge administratif] a été assez prudente et plutôt que de les utiliser directement pour organiser le droit de l'environnement, il s'en est inspiré pour faire évoluer ses principes jurisprudentiels traditionnels, voire pour en amorcer la construction de nouveaux. Et il n'est pas certain que la constitutionnalisation de ces principes dans la Charte de l'environnement suffise à faire évoluer fondamentalement sa position", Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement", *RJE* octobre 2004, n° spécial : "Le juge administratif et l'environnement", page 27.

A – Le non respect des principes du droit de l'environnement : un moyen massivement soulevé par les requérants.

L'interrogation de la base de données Légifrance fait apparaître, pour le Conseil d'État et les Cours administratives d'appel, une soixantaine d'occurrences pour les quatre principes du droit de l'environnement de la loi Barnier depuis sa promulgation en 1995. Le succès contentieux de ces normes, tout au moins au plan quantitatif de leur invocation par les requérants, est tout à fait significatif puisque les quatre principes environnementaux sont invoqués dans autant d'arrêts et de décisions à eux seuls que l'ensemble des principes législatifs recensés dans les autres champs du droit, et ce sur une période de référence – environ dix ans – beaucoup plus courte. Tout porte donc à croire que ces principes ont bénéficié d'une très forte popularité, ce qui faisait d'ailleurs expressément partie des motifs de leur adoption, puisque le ministre de l'environnement d'alors avait souhaité que ces principes "permettent à la société civile de se saisir de la matière et de la faire vivre"¹²⁴⁶. Cette popularité a du reste été largement vérifiée lors des réponses au questionnaire lancé par le Ministère de l'écologie et du développement durable en octobre 2002 pour préparer le projet de Charte de l'environnement. Les résultats de l'enquête relative à la perception des principes du Code de l'environnement montraient en effet que pour une majorité des acteurs sur les 311 interrogés (soit 32 organisations professionnelles, 90 associations, 26 autorités administratives, 11 juristes, 43 élus et personnalités politiques, 54 experts scientifiques, 6 syndicats et 60 dirigeants d'entreprise) les principes oscillaient entre les jugements "bien connus" et "très bien connus"¹²⁴⁷.

De fait nombre de requérants, essentiellement associatifs, ont sollicité le juge pour qu'il se prononce sur la légalité d'un acte au regard de l'un des quatre principes inauguraux du Code de l'environnement. Ces recours concernent essentiellement des décisions autorisant des rejets, activités et dépôts polluants, et dans une moindre mesure la protection de la nature et l'aménagement du territoire. Les principes sont donc invoqués comme moyen d'annulation d'actes dont le contenu est souvent très technique, ainsi contre l'arrêt d'un Préfet autorisant EDF à effectuer des rejets non radioactifs dans une rivière, contre un décret autorisant l'extension d'une installation nucléaire de base, un arrêté modifiant le catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France ou encore un arrêté relatif aux dates d'ouverture de la chasse aux oiseaux de passage et au gibier d'eau.

L'invocation d'un principe de droit de l'environnement est rarement le seul moyen développé par les requérants, en général elle s'inscrit dans une stratégie contentieuse faisant feu de tout bois et à laquelle le juge ne prend d'ailleurs pas toujours la peine de répondre dans ses considérants. La

¹²⁴⁶ **M. BARNIER** in *Débats parlementaires*, séance du 11 octobre 1994, J.O. Débats, Sénat, n° 72 S. (C.R.), 12 octobre 1994, page 4119.

¹²⁴⁷ Voir Ministère de l'Écologie et du développement durable, Mission Charte, "Contribution des acteurs nationaux, synthèse des réponses au questionnaire", 28 janvier 2003, page 7.

confusion assez fréquente entre les principes de prévention et de précaution est liée à cette tactique parfois teintée d'inconséquence.

B – Un prédilection pour le principe de précaution : les raisons d'un succès.

Le principe de précaution jouit d'une forte popularité chez les requérants (1), notamment associatifs, mais il est également évoqué par le juge dans le but de mobiliser un capital symbolique, ce qui est une marque de son fort rayonnement (2).

1 – La sollicitation du juge par les requérants.

L'engouement pour les principes du code de l'environnement n'a pas été homogène, et dans la moitié des cas il a surtout visé le principe de précaution, suivi du principe pollueur-payeur et du principe de participation dans une moindre mesure. Le principe de prévention n'ayant été que très peu invoqué, bien qu'il soit parfois appliqué sous les traits du principe de précaution. Les domaines où le principe de précaution est invoqué à plus ou moins bon escient sont donc, en tirant profit de cette confusion, extrêmement variés. Ainsi par exemple est il invoqué contre l'annulation de la décision implicite rejetant une demande d'extension du périmètre de protection d'un site d'exploitation souterraine de gypse par explosif¹²⁴⁸, comme moyen d'annulation d'un arrêté préfectoral relatif à la liste des espèces végétales protégées dans une région et n'y inscrivant pas certaines d'entre elles¹²⁴⁹, ou d'un arrêté préfectoral autorisant EDF à effectuer des rejets liquides non radioactifs dans une rivière¹²⁵⁰ et de la décision tacite d'un maire de ne pas s'opposer à des travaux déclarés par une société de radiotéléphonie consistant en l'implantation d'un pylône radio électrique et d'un local technique sur le territoire de la commune¹²⁵¹, ou encore d'un arrêté interministériel déclarant d'utilité publique et urgents les travaux nécessaires à la réalisation d'un itinéraire routier à très grand gabarit¹²⁵².

Les cas d'application du principe par le juge sont rarissimes, et ne concernent pour l'instant que les tribunaux administratifs et quelques cours d'appel. Ainsi pour ne citer que quelques exemples, le tribunal administratif de Strasbourg annule pour méconnaissance de ce principe dans une décision du 22 février 2002 des arrêtés préfectoraux autorisant le stockage de farines animales en raison de risques

¹²⁴⁸ Voir Cour administrative d'appel de Paris, "Association pour la protection de Saint Leu, Taverny, et leur environnement (APSTE)", 24 juin 1999, N° 97PA02200, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁴⁹ Voir Conseil d'État, "Société catalane de botanique et d'écologie végétale et Fédération régionale pour les espaces naturels et l'environnement dans le Languedoc Roussillon", 5 juillet 1999, N° 194 834, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵⁰ Voir Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Association écologie 86 et autres", 12 avril 2001, N° 96BX02023, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵¹ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, 30 juillet 2002, N° 01NT01065, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵² Voir Conseil d'État, "Association pour la protection des intérêts de Cazaubon-Barbotan et autres", 2 juin 2003, N° 249321, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

générés par l'implantation du site en pleine agglomération et à proximité d'un champ de captage d'eau potable¹²⁵³.

L'invocation du principe est parfois déplacée ou abusive, par exemple comme moyen d'annulation d'un arrêté préfectoral fixant les modalités de la lutte contre l'hypodermose bovine¹²⁵⁴, ou contre un arrêté interministériel modifiant le tarif des prestations sanitaires et limitant la prise en charge des seringues à insuline¹²⁵⁵. De même dans le cadre des "précautions qui s'imposent en matière de sécurité routière"¹²⁵⁶. Elle est quelquefois franchement aventureuse comme dans le cas où il fut invoqué comme moyen d'annulation d'une décision du ministre de la défense autorisant les avions militaires américains et britanniques qui accomplissaient des missions en Irak lors de la seconde guerre du Golfe à emprunter l'espace aérien français¹²⁵⁷.

2 – La mobilisation par le juge d'un capital symbolique.

Les considérations juridiques ne sont bien souvent pas les seules à intervenir dans les stratégies contentieuses des requérants. Le principe de précaution est entouré d'une aura médiatique dont le juge lui-même se fait parfois l'écho à sa manière, notamment dans le contentieux des déclarations d'utilité publique. Ainsi dans un arrêt concernant le projet de branche Est du TGV Rhin-Rhône le Conseil d'État mentionne-t-il dans son appréciation de l'utilité publique du projet, et sans mentionner expressément le principe, "qu'eu égard, tant à l'importance de l'opération qu'aux *précautions prises notamment pour préserver les milieux naturels et protéger les réseaux hydrauliques*, les inconvénients inhérents à ce type de projet ne peuvent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt que l'opération présente"¹²⁵⁸. De même, dans un arrêt concernant l'atteinte au paysage par un projet de ligne à haute tension¹²⁵⁹ le juge utilise le principe de précaution à des fins qui sont sans rapport avec les notions contenues dans ce principe en précisant "qu'il ressort des pièces du dossier que l'atteinte aux paysages et aux sites ainsi qu'au patrimoine culturel, à la flore et à la faune ou au cadre de vie et au développement touristique de

¹²⁵³ Tribunal administratif de Strasbourg, 22 février 2002, "Association de défense des intérêts des quartiers centre-est de Strasbourg et autres", N°01-00951, *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2002, note P. TROUILLY ; *RJE* n°2/2002 p 209, Conclusions du Commissaire du gouvernement R. COLLIER.

¹²⁵⁴ Voir Cour administrative d'appel de Douai, 23 octobre 2003, N° 00DA01442, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵⁵ Le juge ayant ici rétorqué que "la confédération requérante ne peut utilement invoquer les dispositions de l'article L. 200-1 du code rural, qui posent un principe de précaution dans le domaine de l'environnement, à l'encontre d'un arrêté interministériel modifiant le tarif des prestations sanitaires", voir Conseil d'État, "Confédération des infirmiers libéraux", 15 mai 2002, N° 232935, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵⁶ Voir Conseil d'État, "Groupement des associations de l'Ouest parisien", 29 avril 2002, cité par P. BECHMANN et V. MANSUY : "Principe de précaution" in *Jurisclasseur environnement*, fasc. 125, mise à jour du 9 avril 2004, n°126.

¹²⁵⁷ Voir Conseil d'État, "Comité contre la guerre en Irak", 10 avril 2003, N° 255905, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵⁸ Voir Conseil d'État, Union fédérale des consommateurs *Que choisir* de la Côte d'or", 2 juin 2003, N°243215, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁵⁹ Voir Conseil d'État, "Association intercommunale Morbihan sous très haute tension", 28 juillet 1999, N°184268, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

la zone intéressée n'est pas, *compte tenu notamment des mesures prises pour la limiter et satisfaire aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du code rural, de nature à retirer à l'ouvrage son caractère d'utilité publique*"¹²⁶⁰.

Les cas d'utilisation du principe à bon escient, qui ne sont essentiellement le fait que des Tribunaux administratifs, ne sont pas non plus exemptes d'un certain retentissement politique ou médiatique. Ainsi par exemple la décision du Tribunal administratif de Marseille du 9 mars 2004 qui, contredisant une série d'arrêts du Conseil d'État considère que "l'intervention du maire au titre de ses pouvoirs de police générale [...] peut être légalement inspirée par le principe de précaution mentionné par l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, applicable en matière de santé publique"¹²⁶¹.

La popularité du principe de précaution semble donc s'être nourrie d'elle même, au grand détriment de la rigueur méthodologique dont sa mise en œuvre aurait eu besoin, notamment dans sa relation de complémentarité avec les trois autres principes de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Le constat peut à bien des égards être étendu à ces autres principes.

§ 2 – Une très faible contribution méthodologique du juge à l'utilisation des principes.

Si comme on l'a vu plus haut les principes du droit de l'environnement ne sont pas des normes conditionnelles mais des "macro-standards", l'on aurait pu s'attendre à ce qu'ils fassent l'objet de précisions méthodologiques de la part du juge habitué de longue date à manipuler les standards présents au sein des lois. Tel n'a pas été le cas et les principes du droit de l'environnement sont restés quasiment dénués de tout renfort méthodologique, ne faisant l'objet que de raisonnements laconiques ou implicites sans analyse *in concreto* de leurs critères de mise en œuvre (A), ni pesée des intérêts législatifs dont ils organisent la conciliation (B). En outre, il est parfois difficile de savoir si le juge applique bel et bien un principe de précaution ou s'il tient un "raisonnement de précaution" (C), de même que parfois ce dernier principe est tout simplement confondu avec le principe de prévention, dont les conditions d'application sont pourtant très nettement différentes (D).

¹²⁶⁰ Voir à propos de cet arrêt le commentaire de Chantal CANS : "...les inconvénients, (et non les risques) de la construction d'une ligne à haute tension, tels qu'ils sont évoqués dans la décision, sont bien connus, et depuis fort longtemps, et ses effets sont certains : atteinte au paysage et à la propriété privée notamment. La légalité d'une DUP de ligne à haute tension ne saurait en conséquence se mesurer à l'aune du principe de précaution" in C. CANS : "Le principe de précaution cité mais pas mis en œuvre", *Droit de l'environnement*, N°72, octobre 1999, page 14.

¹²⁶¹ Tribunal administratif de Marseille, 9 mars 2004, "Société Orange France", N°023527, voir le commentaire de L. BENOÎT : "Principe de précaution téléphonie mobile et pouvoirs de police du maire", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°6/2004, page 26.

A – L'absence d'examen *in concreto* des critères posés par les principes.

Le juge répond très souvent de manière incidente et laconique au moyen soulevé d'une violation des principes du droit de l'environnement, sans se pencher plus avant sur les critères qu'ils posent, ni tenter de faire fonctionner, même par le biais d'un contrôle minimum, les standards qu'ils contiennent. Ainsi dans une quantité d'arrêts assez importante ces principes dont la violation est alléguée par les requérants ne sont évoqués par le juge que d'une manière très expéditive, voire de manière implicite¹²⁶², comme si le fait que les principes ne soient pas des normes conditionnelles les faisait échapper, pour le juge, au statut de norme de référence du contrôle de légalité.

Ainsi par exemple dans une décision de la Cour administrative d'appel de Douai du 8 mars 2000 le moyen tiré d'une violation du principe pollueur-payeur est écarté *in abstracto* par le juge qui mentionne que "Mme B. qui, au demeurant avait entrepris des démarches pour exécuter les mesures préconisées par les différents arrêtés préfectoraux déjà intervenus pour remédier à la pollution provoquée par le site de l'exploitation, doit être regardée comme la détentricice de ladite exploitation, alors même que, comme elle l'affirme, elle n'aurait eu aucun pouvoir de direction ou de contrôle ou un intérêt sur cette exploitation et sans qu'y fasse obstacle le principe pollueur payeur mentionné à l'article L. 200-1 du code rural"¹²⁶³. Il en est de même dans la décision de la Cour administrative d'appel de Douai du 25 septembre 2003 où le juge précise que "le permis de construire a pu, sans méconnaître (...) le principe de précaution mentionné à l'article L. 200-1 du code rural, être délivré sans autre prescriptions particulières que celles qu'il prévoit"¹²⁶⁴. Le juge mentionne parfois la non réalisation du critère d'application d'un principe sans motiver son appréciation, comme dans la décision de la Cour administrative d'appel de Paris "Association pour la protection de Saint Leu, Taverny et leur environnement" où il précise "qu'en l'absence de risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, susceptible d'être imputables à la décision attaquée, celle-ci ne peut être regardée comme ayant méconnu le principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du code rural"¹²⁶⁵. D'autres décisions ont précisé par exclusion ce qui ne pouvait être assimilé à une violation d'un principe. Ainsi la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans une décision "Association écologie 86 et autres" précise que "la méconnaissance du principe de précaution ne saurait provenir, ni du défaut de consultation pour

¹²⁶² Voir par exemple Cour administrative d'appel de Bordeaux, 26 février 2004, "MATE", concernant le contentieux de la responsabilité du fait des lois environnementales, dans le cadre de l'indemnisation des préjudices causés par une espèce protégée, interprété par David Deharbe comme une mise en œuvre du principe pollueur-payeur, D. DEHARBE : "La responsabilité du fait des lois environnementales : l'application inavouée du principe pollueur-payeur", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°7/2004, page 10.

¹²⁶³ Voir Cour administrative d'appel de Douai, "Benchetrit", 8 mars 2000, N°96DA00721, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁶⁴ Voir Cour administrative d'appel de Douai, "Association S.A.V.E.", 25 septembre 2003, N°00DA00657, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁶⁵ Voir Cour administrative d'appel de Paris, "Association pour la protection de Saint Leu, Taverny et de leur environnement", 24 juin 1999, N°97PA02200, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

avis du Conseil supérieur d'hygiène de France qui n'est pas prévue par le décret du 29 mars 1993 régissant l'ensemble de la procédure applicable à l'autorisation attaquée, ni de l'avis défavorable et des recommandations exprimées de la commission d'enquête dans l'hypothèse de la mise en route de deux réacteurs, ni encore de l'existence d'avis réservés ou défavorables de certaines communes et du comité de bassin ; que, par suite, le moyen doit être écarté¹²⁶⁶. La même Cour administrative précisera dans deux autres décisions que le principe de précaution ne peut être invoqué contre certaines décisions, comme par exemple "un arrêté (...) qui se borne à dresser une liste d'espèces nuisibles, (et) ne fait pas courir de dommage graves et irréversibles à l'environnement au sens de l'article premier de la loi du 2 février 1995"¹²⁶⁷.

Certaines décisions ont statué de manière générale en livrant une interprétation des principes ou en précisant leur portée. L'on découvre ainsi au détour d'une décision que "le principe de précaution mentionné à l'article L. 200-1 du code rural (...) n'impose pas que des normes d'application futures soient anticipées"¹²⁶⁸, ou que "le principe pollueur-payeur (...) repris présentement à l'article L. 111-1 du code de l'environnement, n'a eu ni pour objet ni pour effet de modifier le régime applicable aux redevances d'assainissement"¹²⁶⁹. D'autres décisions ont appliqué les critères de leur mise en œuvre en se basant sur les "pièces du dossier", tels le risque de "dommage grave et irréversible" nécessaire au déclenchement du principe de précaution. Ainsi dans une décision du 30 juillet 2002 la Cour administrative d'appel de Nantes précise au sujet de l'implantation d'un pylône radioélectrique que "si M. X..., en raison de la proximité immédiate du pylône en cause du terrain supportant sa maison d'habitation, invoque une méconnaissance, par le maire (...), du principe de précaution au regard des dispositions de l'article 174 du Traité instituant la communauté européenne et de l'article L. 200-1 alors en vigueur du code rural, il ressort des pièces du dossier, notamment, qu'en l'état des connaissances scientifiques et techniques acquises à la date de la décision contestée, l'existence de risques pour la santé du fait de l'émission, par l'installation projetée, d'ondes électromagnétiques, ne reposait pas sur des présomptions suffisantes pour, qu'en l'espèce, ce principe puisse être regardé comme ayant été méconnu"¹²⁷⁰.

Les principes du code de l'environnement n'ont donc fait l'objet d'aucune construction méthodologique par le juge administratif. Leur confrontation avec d'autres principes législatifs, qui aurait

¹²⁶⁶ Voir Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Association écologie 86 et autres", 12 avril 2001, N°96BX02023, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁶⁷ Voir les décisions de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement", 2 décembre 2003, N°99BX01363, et "Fédération départementale des chasseurs des Landes", 13 janvier 2004, N°01BX01784, "Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁶⁸ Voir Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Compagnie générale des matières nucléaires", 5 novembre 1998, N° 98BX01320, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁶⁹ Voir Conseil d'État, "Communauté de communes Artois-Lys", 14 novembre 2001, N° 231740, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁷⁰ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, "Mr X.", 30 juillet 2002, N°01NT01065, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

pu transposer au niveau du contrôle de légalité les méthodes du juge constitutionnel, a été vouée au même sort.

B – L'absence de "pesée des intérêts législatifs" basée sur des principes.

Alors que le Conseil constitutionnel est accoutumé à contrôler des lois qui concilient des principes protégeant des intérêts différents, le juge administratif semble être réticent à transposer cette méthode au plan du contrôle de la légalité des actes administratifs. Très rares en effet sont les décisions rendues par la justice administrative qui concilient les principes environnementaux avec d'autres principes législatifs en vigueur. Lorsqu'une telle confrontation a lieu, elle est toujours implicite, et son examen relève davantage de la sociologie juridique que du commentaire de jurisprudence.

Pourtant il est un domaine où cette pesée des intérêts aurait pu exploiter les quatre principes du droit de l'environnement en tant qu'ils forment une des facettes de "l'intérêt général", il s'agit du contentieux des déclarations d'utilité publique. Dans le cadre du contrôle du bilan qui se déploie dans ce contentieux le juge est amené à peser les différents intérêts publics qui sous-tendent ou sont mis en cause par un projet soumis à déclaration d'utilité publique. Le contrôle de proportionnalité qu'il exerce confronte l'intérêt incarné par une opération déclarée d'utilité publique avec les autres intérêts publics auxquels elle porte atteinte, "ces atteintes ne devant pas être excessives eu égard à l'intérêt qu'elle présente"¹²⁷¹. Seuls quelques arrêts du Conseil d'État témoignent de l'ouverture du contrôle du bilan au principe de précaution¹²⁷².

C – Raisonement ou principe de précaution ?

Une autre raison de la faiblesse des apports méthodologiques du juge à la pratique des principes environnementaux réside dans sa réticence à se saisir du concept même de "principe". La retenue du Conseil d'État dans ce domaine se perçoit dans son maniement du principe de précaution, très souvent appliqué sans être nommé ni même désigné comme un "principe", alors que comme on l'a vu plus haut¹²⁷³ cette qualification a été dûment opérée par le législateur et fait donc elle-même partie de la légalité. Ce cercle de confusion est entretenu dans le cadre du contrôle de proportionnalité exercé lors de l'appréciation de la légalité des déclarations d'utilité publique, pour apprécier l'importance des atteintes à l'intérêt public que constitue la protection des milieux naturels. Ainsi le Conseil d'État

¹²⁷¹ Voir Conseil d'État, 28 mai 1971, "Ville nouvelle Est", Recueil page 409, cité par M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS in "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", DALLOZ, Paris, 2001, page 625.

¹²⁷² "Le Conseil d'État a également jugé que le contrôle du bilan auquel se livre le juge administratif pour juger de l'utilité publique d'une opération devait prendre en compte les mesures prises par l'administration pour satisfaire aux exigences du principe de précaution de l'article L.200-1 du Code rural", Conseil d'État, Rapport Public 2000, Études & Documents n° 51, page 49.

¹²⁷³ Voir supra page 213.

mentionne-t-il dans un arrêt "Association pour la protection des intérêts de Cazaubon, Barbotan et autres", pour justifier de la légalité d'un arrêté interministériel déclarant d'utilité publique et urgents les travaux nécessaires à la réalisation d'un itinéraire à très grand gabarit, que "les zones naturelles d'intérêt écologique, faunistique et floristique de la lande humide du marais et de l'ensemble forestier du marais comme du site inscrit de la vallée de l'Uby ont fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre de l'étude d'impact ; que *des précautions* ont été prises pour limiter les incidences du projet sur ces zones"¹²⁷⁴. Dans un arrêt "Union fédérale des consommateurs Que choisir de la Côte d'Or", le Conseil d'État entretient cette confusion autour d'une "approche de précaution", ne citant pas le principe qui lui est dédié en précisant que le projet en cause "revêt un caractère d'utilité publique ; qu'eu égard, tant à l'importance de l'opération qu'aux *précautions prises* notamment pour préserver les milieux naturels et protéger les réseaux hydrauliques, les inconvénients inhérents à ce type de projet ne peuvent être regardés comme excessifs par rapport à l'intérêt que l'opération présente ; que, dès lors, ni ces inconvénients, ni le coût du projet, dont il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il aurait été sous-estimé, ni les atteintes à la propriété privée qu'il entraîne ne sont de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique". On ne saurait trouver trace ici d'une mise en œuvre *in fine* des critères posés par ce principe : dommage grave, irréversibilité, mesures proportionnées...

Dans d'autres hypothèses le Conseil d'État a pu appliquer un raisonnement de précaution, reprenant à la lettre le contenu du principe, mais sans citer ce dernier explicitement. Ainsi dans un arrêt "Union nationale de l'apiculture française" il applique un tel raisonnement à l'examen de la légalité d'une décision du Ministère de l'agriculture et de la pêche de rejeter une demande de retrait d'autorisation de mise sur le marché d'un produit insecticide. Considérant que l'ensemble des effets potentiels du produit n'ont pas été examinés, le juge précise "qu'en ne prenant pas en compte la fréquentation du maïs par les abeilles aux fins d'y prélever le pollen, que cette plante produit en abondance, et en ne recherchant ni l'ampleur exacte du prélèvement du pollen de maïs par les abeilles, ni la nature et l'intensité des éventuels effets directs ou indirects du contact des abeilles avec du pollen contaminé par l'imidaclopride, le ministre n'a pas examiné l'intégralité des éléments nécessaires à l'appréciation de l'innocuité du produit ; que sa décision, en tant qu'elle concerne le maïs, doit par suite être regardée comme entachée d'une erreur de droit"¹²⁷⁵. Sans citer expressément le principe de précaution le juge applique ici un raisonnement qui le conduit à déclarer l'illégalité pour erreur de droit d'une décision qui n'a pas suffisamment mesuré les risques éventuels d'une substance insecticide pour les abeilles. Cette application "implicite", qui tend à faire émerger une double vision du principe de précaution, l'une d'origine législative, l'autre d'origine prétorienne, doit être rapprochée des considérations relatives à un éventuel standard juridictionnel de précaution, voire peut-être à l'émergence d'un principe général du

¹²⁷⁴ Voir Conseil d'État, "Association pour la protection des intérêts de Cazaubon-Narbotan et autres", précité.

¹²⁷⁵ Voir Conseil d'État, "Union nationale de l'apiculture française", 9 octobre 2002, N° 233876, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

droit, favorisé par la préexistence d'une disposition législative allant dans le même sens, et qui confirmerait la volonté du juge administratif de rester maître de la "création-découverte" de tels principes.

D – La confusion entre précaution et prévention comme reflet d'une carence méthodologique.

Les requérants n'hésitent pas en effet à invoquer devant les juridictions administratives le principe de précaution de manière systématique et sans toujours prendre soin de vérifier son adéquation à la situation en cause. Ainsi dans nombre d'arrêts et de décisions étudiés c'est bien plutôt le principe de prévention qui devait être invoqué comme la norme pertinente en lieu et place du principe de précaution. Là aussi le juge ne semble pas vouloir préciser avec rigueur les domaines respectifs de ces deux principes du droit de l'environnement, qui sont déterminés par leurs "conditions", ou par la partie de leur énoncé qui y correspond. La ligne de partage entre ces deux principes est pourtant très claire, le principe de précaution correspondant à des risques hypothétiques et non probabilisables, et le principe de prévention à des risques certains et mesurables.

Ainsi par exemple le principe de précaution est invoqué indûment comme moyen d'annulation de la déclaration d'utilité publique d'un itinéraire à grand gabarit conduisant à l'abattage d'arbres en bord de route, le Conseil d'État précise que "les atteintes à l'environnement que comporte le projet, notamment l'abattage d'arbres situés en bordure de l'itinéraire, ne paraissent pas, eu égard aux mesures prises pour protéger la nature et l'environnement, pour limiter les nuisances sonores et visuelles et pour compenser les transformations du paysage rendues nécessaires par le projet, *afin de satisfaire aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article L. 110-1 du code de l'environnement qu'invoquent les requérantes, excessifs au regard de l'intérêt du projet*"¹²⁷⁶. L'ensemble des dommages évoqués ici par le juge – abattage d'arbres, nuisances sonores et visuelles, transformations du paysage – ne sont nullement hypothétiques mais au contraire aisément prévisibles et mesurables. Dans cette décision le juge ne prend pas la peine d'opposer aux requérants l'irrecevabilité du moyen invoqué, dans le cadre d'un projet ne comportant pas de risques de dommages graves et irréversibles, mais abonde au contraire dans leur sens en l'examinant de bonne grâce. Il va même parfois jusqu'à confondre lui-même les deux principes entre eux, appliquant l'un en lieu et place de l'autre. Ainsi dans une décision "Fédération Nord-Nature" le Tribunal administratif de Lille applique le principe de précaution pour annuler une décision d'approbation d'un schéma directeur autorisant le contournement de l'agglomération par un grand équipement routier en tenant le raisonnement selon lequel les risques de pollution accidentelle générés par cet équipement constituaient des conditions d'application du principe de précaution¹²⁷⁷.

¹²⁷⁶ Voir Conseil d'État, "Association pour la protection des intérêts de Cazaubon-Narbotan et autres", précité.

¹²⁷⁷ "Il n'est pas sérieusement contesté par l'administration que le tracé de la voie de contournement sud de la métropole lilloise, qui est prévu à proximité immédiate de la zone de vulnérabilité totale des champs captants,

Dans cette décision les risques évoqués par le juge – pollutions permanentes par ruissellement, accidents routiers – devaient faire l'objet de mesures préventives visant soit à empêcher qu'ils ne surviennent (interdiction du transport de matières dangereuses sur la voie) soit à réduire leurs effets dommageables sur les champs captants (prévention des risques d'infiltration). Ici également le juge reprend à son compte le moyen soulevé par les requérants sans prendre la peine de préciser que c'est le principe de prévention qui devait être invoqué.

Une confusion similaire a été opérée par le Conseil d'État dans un arrêt "Commune de Marennes" du 24 octobre 2001 où le juge utilise la formule des "mesures de précaution qui s'imposent en matière d'environnement" pour rejeter la demande en annulation d'un arrêté préfectoral autorisant l'implantation d'une canalisation enterrée de chlorure de vinyle monomère contournant l'agglomération lyonnaise. Dans l'hypothèse où c'est bien le principe de précaution du code de l'environnement que visait ici le juge, et non une "approche de précaution" qui serait une sorte de standards juridictionnel, ce qui semblait être attesté par les conclusions du Commissaire du gouvernement Maugüé sous cet arrêt¹²⁷⁸, il y a de nouveau ici de la part du juge une confusion entre le principe de précaution et le principe de prévention. Comme le relève David Deharbe "le cas d'espèce ne cadre pas avec l'idée que le principe de précaution s'applique dans l'hypothèse particulière d'un doute scientifique sur l'innocuité d'une activité humaine : il n'existe aucune controverse scientifique sur les effets de la dispersion du chlorure de vinyle monomère pour l'homme et l'environnement"¹²⁷⁹.

§ 3 – La faible efficacité juridique des principes sur les décisions juridictionnelles.

Ces lacunes méthodologiques dans la mise en œuvre des principes ne facilitent pas leur effectivité. L'impact juridique des principes sur l'issue des décisions reste à bien des égards extrêmement faible,

sera générateur de pollutions à caractère permanent et de risques de pollutions accidentelles ; que, si la prohibition par le schéma révisé de tout échangeur ou diffuseur à l'intérieur des périmètres EIND et E2 et la stricte préservation qu'il préconise sur une bande de 1500 mètres de part et d'autre du tracé de l'infrastructure routière projetée sont susceptibles de faire obstacle au risque d'urbanisation et d'implantations industrielles induites par une telle infrastructure, ni cette mesure, ni les autres mesures adoptées qui confèrent en particulier mandat au préfet du Nord pour appliquer le cahier des charges intégré au schéma, préconisent la création d'une commission d'expertise et l'adoption de règles contraignantes pour le transport de matières dangereuses, recommandent la création de zones d'aménagement différé dans le secteur concerné, l'extension d'emprises foncières au-delà de ce qui sera nécessaire à la réalisation de la voie projetée et l'obligation d'intégrer dans les études d'avant-projet sommaire de ladite voie des contraintes techniques telles que le recours à des matériaux inertes, ne prennent suffisamment en considération et ne sont de nature à éliminer l'impact des pollutions et des nuisances induites par le projet de contournement sud de l'agglomération de Lille sur la ressource en eau ; que la requérante est, par suite, fondée à soutenir qu'en retenant ledit tracé, les auteurs du schéma directeur ont fait une appréciation manifestement erronée des éléments qu'il leur appartenait de prendre en compte et n'ont pas satisfait aux exigences du principe de précaution mentionné à l'article L. 200-1 précité du code rural", Tribunal administratif de Lille, 19 avril 2000, note J.P. BARALLE : "Risque avéré de pollution et principe de précaution", *Droit de l'environnement* n°7/2000, page 9.

¹²⁷⁸ D. DEHARBE : "Vers une assimilation des principes de précaution et de prévention ?", note sous Conseil d'État, 24 octobre 2001, "*Commune de Marennes*", n°228543, *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2002, page 18.

¹²⁷⁹ Voir également dans le sens de cette confusion au sujet de la sécurité routière Conseil d'État, 29 avril 2002, "*Groupement des associations de l'ouest parisien*", n°216902.

puisque dans la plupart des cas le juge déclare qu'ils ont été respectés (A), les cas d'annulation d'un acte pour ce motif étant très rares (B).

A – Le constat laconique du respect des principes par les actes contestés.

Sans opposer l'irrecevabilité des moyens qui se fondent sur la violation des principes environnementaux, le juge préfère déclarer incidemment et de manière très laconique qu'ils ont été respectés par la décision attaquée, sans motiver plus avant. Ainsi dans un arrêt "Société Élipol" le Conseil d'État mentionne que "c'est par une exacte application de la loi du 19 juillet 1976 et du décret du 21 septembre 1977 susvisés, dont les dispositions ne sont en tout état de cause pas incompatibles avec le principe du "pollueur-payeur" introduit à l'article L.200-1 du nouveau code rural par la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, que le préfet du Rhône, par les arrêtés en litige, a mis à la charge de la requérante les prescriptions propres à circonvenir les nuisances de la décharge, dont le bien fondé n'est par ailleurs pas contesté"¹²⁸⁰. D'une manière encore plus laconique il mentionne dans un arrêt "Association pour la protection des animaux sauvages" que "l'arrêté prend en compte des préoccupations relatives à la protection de la faune sauvage et respecte le principe de précaution"¹²⁸¹. Parfois les motifs qui conduisent le juge à déclarer que le principe invoqué a été respecté par la décision contestée sont dévoilés, comme dans un arrêt "Association intercommunale Morbihan sous très haute tension" concernant la légalité d'une déclaration d'utilité publique et où le Conseil d'État précise "qu'il ressort des pièces du dossier que l'atteinte aux paysages et aux sites ainsi qu'au patrimoine culturel, à la flore et à la faune ou au cadre de vie et au développement touristique de la zone intéressée n'est pas, compte tenu notamment des mesures prises pour la limiter et satisfaire aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 du code rural, de nature à retirer à l'ouvrage son caractère d'utilité publique". Cet arrêt, considéré comme la première introduction du principe de précaution dans le contrôle du bilan¹²⁸², précise donc incidemment que ce principe impose des mesures de limitation des atteintes d'un projet d'utilité publique au patrimoine culturel, à la flore, à la faune, au cadre de vie et au développement touristique. Mais il ne livre pas les critères ayant conduit le juge à considérer que ce principe était respecté.

¹²⁸⁰ Voir Conseil d'État, "Société Élipol", 9 décembre 1997, N° 93LY00816 95LY01259 96LY02700 96LY02701, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁸¹ Voir Conseil d'État, "ASPAS", 16 octobre 2003, N°260439, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁸² Voir dans ce sens C. CANS et J. FERRU : "Les méandres du principe de précaution rectifiés par le juge administratif", Droit de l'environnement, juillet-août 2001, n°90, page 183.

B – La rareté des annulations d'actes pour violation d'un principe.

Les cas d'annulation d'actes pour non respect d'un principe environnemental sont très rares, même si les signes de leur prise en compte parmi les normes de référence du contrôle de légalité sont de plus en plus tangibles. L'invocation du principe de précaution contre la délibération du conseil syndical réalisant le schéma directeur de l'arrondissement de Lille conduit le juge à annuler cette dernière, en précisant que "les auteurs du schéma directeur ont fait une appréciation manifestement erronée des éléments qu'il leur appartenait de prendre en compte et n'ont pas satisfait aux exigences du principe de précaution mentionné à l'article L. 200-1 précité du code rural"¹²⁸³. Ces exigences, qui relevaient sans doute du principe de prévention, apparaissent dans les considérants de la décision qui concernent l'évaluation par le juge des mesures prises par le schéma directeur pour protéger les champs captants, mesures qui "ne prennent pas suffisamment en considération et ne sont pas de nature à éliminer l'impact des pollutions et des nuisances induites par le projet de contournement sud de l'agglomération de Lille sur la ressource en eau"¹²⁸⁴. Ainsi le principe de précaution apparaît-il ici comme porteur d'exigences très élevées, puisque si l'on en croit le juge "[ni] la prohibition par le schéma révisé de tout échangeur ou diffuseur à l'intérieur des périmètres EIND et E2 et la stricte préservation qu'il préconise sur une bande de 1500 mètres de part et d'autre du tracé de l'infrastructure routière projetée [qui] sont susceptibles de faire obstacle au risque d'urbanisation et d'implantations industrielles induites par une telle infrastructure,(...) ni les autres mesures adoptées qui confèrent en particulier mandat au préfet du Nord pour appliquer le cahier des charges intégré au schéma, préconisent la création d'une commission d'expertise et l'adoption de règles contraignantes pour le transport de matières dangereuses, recommandent la création de zones d'aménagement différé dans le secteur concerné, l'extension d'emprises foncières au-delà de ce qui sera nécessaire à la réalisation de la voie projetée et l'obligation d'intégrer dans les études d'avant-projet sommaire de ladite voie des contraintes techniques telles que le recours à des matériaux inertes"¹²⁸⁵ ne sont considérées comme suffisantes eu égard au principe de précaution.

Si la prise en compte du principe ne conduit pas à l'annulation, elle a pu conduire à accorder le sursis à l'exécution. Ainsi dans l'arrêt "Greenpeace France" du 25 septembre 1998 le Conseil d'État accorde, en se basant sur le non respect du principe de précaution, le sursis à l'exécution d'un arrêté du ministre de l'agriculture et de la pêche modifiant le catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France, en disant du principe de précaution que "que ce moyen paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'arrêté attaqué ; qu'eu égard par ailleurs à la nature des conséquences que l'exécution de l'arrêté attaqué pourrait entraîner, il y a lieu, dans les

¹²⁸³ Voir Tribunal administratif de Lille, "Fédération Nord Nature", 19 avril 2000, précité.

¹²⁸⁴ Ibid.

¹²⁸⁵ Ibid.

circonstances de l'affaire, de faire droit aux conclusions de l'association requérante tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution de cet arrêté"¹²⁸⁶. Enfin, si le non respect d'un principe est une cause d'annulation très rare, le Conseil d'État a pu annuler un acte en appliquant un raisonnement de précaution dans l'arrêt "Union nationale de l'apiculture française".

En dehors du principe de précaution, l'utilisation d'un principe de droit de l'environnement par le juge administratif aux fins de justifier l'annulation d'un acte ne s'est jamais produite. Il faut mentionner toutefois l'arrêt du Conseil d'État "Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (CRILAN)"¹²⁸⁷ qui vérifie la conformité d'une procédure de modification d'une installation nucléaire de base à l'article 6 de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Cet article, qui stipule que "lorsqu'un processus décisionnel touchant l'environnement est engagé, le public concerné est informé comme il convient, de manière efficace et en temps voulu, par un avis au public ou individuellement, selon le cas, au début du processus", a semble-t-il été préféré, comme prémisse majeure intervenant dans l'exercice du contrôle de légalité, au principe de participation de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, dont la formulation a pourtant été modifiée précisément pour tenir compte de la signature par la France de la convention d'Aarhus, et qui précise que "chacun doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé à l'élaboration des décisions ayant une incidence importante sur l'environnement".

§ 4 – La généralité des principes n'est pas acceptée comme telle.

Exceptés les quelques rares cas d'annulation, les principes du droit de l'environnement ne sont le plus souvent pas considérés par le juge comme des moyens d'annulation à part entière. Une série de formules disqualifiantes est dans ce cas utilisée aux fins de signifier aux requérants que les principes n'ont pas de valeur normative autonome. Plaçant souvent l'énoncé des principes entre guillemets, ces formules dénie purement et simplement leur juridicité (A), reprochent aux requérants l'imprécision de leurs moyens (B), pointent l'insuffisance des éléments de preuve de la violation des principes (C). Si un contrôle des décisions basées sur le principe ou la notion de précaution a vu le jour timidement, son intensité reste variable, passant du contrôle normal au contrôle restreint dès que la scientificité des débats s'élève (D).

¹²⁸⁶ Voir Conseil d'État, "Greenpeace France", 25 septembre 1998, N°194348, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁸⁷ Voir Conseil d'État, 28 juillet 2004, "Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (CRILAN), Réseau sortir du nucléaire et Greenpeace", partiellement reproduit à la *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, note V. PICARD, n°12/2004, page 18.

A – Le déni de la juridicité des principes : "ces dispositions n'impliquent pas par elles mêmes".

Les principes sont parfois ouvertement considérés comme des normes non pertinentes dans le cadre du contrôle de légalité. Une première formule consiste à signifier qu'ils n'ont pas une valeur juridique autonome, mais dépendent au contraire de normes d'application plus précises auxquelles ils ne peuvent être substitués. Ainsi le Conseil d'État précise-t-il dans un arrêt "Collectif national stop Melox et Mox et mouvement écologiste indépendant", que les dispositions de l'article L. 200-I du code rural, issu de l'article 1er de la loi du 2 février 1995 et le principe de participation "n'impliquaient, par elles-mêmes, aucune obligation de procéder à une information du public préalablement à l'autorisation d'extension de l'installation nucléaire de base, dénommée Melox". Dans cette hypothèse les requérants avaient invoqué le principe de participation pour imposer une nouvelle procédure d'information du public alors que, s'agissant de l'extension d'une installation existante sans augmentation de ses capacités de production, elle échappait selon le décret du 11 décembre 1963 à l'obligation d'une telle procédure. La réponse du juge est très claire : le principe de participation n'est pas une source d'obligations distinctes de celles contenues dans le droit positif applicable, et il n'impose pas une obligation générale d'informer le public là où ce droit positif, fût-il un décret bien antérieur à l'adoption du principe, ne le prévoit pas. Le Conseil d'État a réitéré cette réponse au sujet des mêmes dispositions dans un arrêt "Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire" où il a précisé que "ces dispositions n'impliquaient, par elles-mêmes, aucune obligation de procéder à une enquête publique, préalablement au changement d'exploitant du centre de stockage et de déchets radioactifs"¹²⁸⁸. Une formule similaire avait été employée dans un arrêt du Conseil d'État "Communauté de communes Artois Lys" au sujet du principe pollueur payeur, dont l'adoption n'avait selon le juge "ni pour objet ni pour effet de modifier le régime applicable aux redevances d'assainissement"¹²⁸⁹.

Une formulation légèrement différente a été utilisée pour les principes de précaution et de prévention dans une décision de la Cour administrative d'appel de Nantes qui concernait une installation de stockage et de distribution de ciment en vrac. Pour rejeter le moyen soulevé par les parties d'une violation de ces principes, le Conseil répond après avoir cité l'ancien article L.200-I du Code rural "qu'il n'est pas établi que le respect du principe de précaution ainsi que du principe d'action préventive et de correction des atteintes à l'environnement énoncés par ces dispositions ne soit pas garanti par l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives aux installations classées soumises à déclaration"¹²⁹⁰. Autrement dit, le Conseil d'État considère comme pour le principe de participation que dès lors qu'une installation classée est en règle au regard de la réglementation qui lui

¹²⁸⁸ Voir Conseil d'État, "Comité de réflexion, d'information et de lutte anti nucléaire", 6 février 1998, N°169700, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁸⁹ Voir Conseil d'État, "Communauté de communes Artois-Lys", 14 novembre 2001, précité.

¹²⁹⁰ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, "Association des habitants pour la défense des Essarts et autres riverains", 23 juin 1999, N°96NT01720, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

est applicable les principes de prévention et de précaution n'imposent pas par eux mêmes d'obligations supplémentaires.

B – L'imprécision dénoncée des allégations des requérants : "le moyen n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé".

Les principes du droit de l'environnement sont formulés en termes très généraux et les requérants ne prennent pas toujours la peine de préciser en quoi ils auraient été non respectés par les actes dont ils contestent la légalité. Le juge le leur reproche donc assez souvent, ce qui est aussi une manière de pointer la trop grande généralité de principes dans le cadre du contentieux de la légalité. Ainsi la Cour administrative d'appel de Bordeaux affirme-t-elle dans une décision "Association écologie 86 et autres", que les requérants *"ne précisent pas quelles seraient les dispositions de nature législative ou réglementaire qui auraient été violées ; qu'elles n'indiquent pas non plus avec suffisamment de précision l'ensemble des informations auxquelles elles n'auraient pas pu avoir accès ; que, par suite, le principe de participation défini par l'article L.200-1 du code rural ne saurait être regardé, en tout état de cause, comme ayant été méconnu"*¹²⁹¹. D'une part la violation du principe de participation ne semble pas pouvoir être indépendante d'une violation de dispositions plus précises, et d'autre part le juge impose que l'invocation de ce moyen soit motivée et détaillée. Cette position est cohérente avec la jurisprudence qui consiste à ne pas reconnaître aux principes la qualité de normes autonomes porteuses d'obligations qui s'ajouteraient à celles imposées par les lois et règlements en vigueur. Dans un arrêt "Fédération nationale des associations d'usagers des transports" le Conseil d'État est encore plus laconique au sujet du principe de précaution en mentionnant que *"le moyen tiré de ce que le gouvernement n'aurait pas respecté le «principe de précaution» n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier la portée"*¹²⁹². La formule devient presque rituelle puisqu'on la retrouve dans un arrêt "ASPAS" de 2003 ou le Conseil d'État la réitère à la lettre au sujet d'un arrêté fixant les dates d'ouverture de la chasse au gibier d'eau en affirmant que *"le moyen invoqué par l'Association pour la protection des animaux sauvages et tiré de la méconnaissance du principe de précaution par l'arrêté attaqué n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé"*¹²⁹³. Le Conseil d'État semble pourtant parfois soucieux de préciser davantage pour quelles raisons l'invocation d'un principe n'est pas suffisamment motivée, ainsi dans l'arrêt "Greenpeace France" de 2001 il donne un aperçu de ce que les parties auraient dû apporter comme précisions complémentaires en affirmant que *"les associations requérantes n'invoquent aucun moyen de nature à remettre en cause, au regard du principe de précaution, la validité de la décision*

¹²⁹¹ Voir Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Association écologie 86 et autres", 12 avril 2001, N°96BX02023, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁹² Voir Conseil d'État, "Fédération nationale des associations d'usagers des transports", 14 juin 1999, N°183809, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁹³ Voir Conseil d'État, "ASPAS", 5 novembre 2003, précité.

favorable de la Commission ou la légalité de l'autorisation de mise sur le marché, et ne font état d'*aucun élément scientifique nouveau qui serait intervenu entre ces décisions et la décision attaquée* et serait de nature à remettre en cause l'appréciation portée par les autorités communautaires et nationales sur les risques liés à ces variétés"¹²⁹⁴.

C – Les difficultés liées au régime de la preuve : "il ne ressort pas des pièces du dossier".

Le lien entre l'indétermination des principes environnementaux et la difficulté d'apporter la preuve de leur violation apparaît à la lecture de nombreux arrêts du Conseil d'État. Ce lien, qui a déjà pu être souligné en son temps au sujet de la notion d'intérêt général¹²⁹⁵, rend très ardue la démonstration par le requérant qu'une décision n'est pas conforme à un principe environnemental. L'absence de conditions précises et contrôlables ou leur hyper généralité, ainsi que la quasi inexistence du dispositif complique la tâche des parties qui ont les plus grandes difficultés à démontrer l'existence d'un risque de dommage "grave et irréversible" ou d'une atteinte "importante" à l'environnement, surtout quand pèse sur la décision attaquée une présomption de légalité¹²⁹⁶. Il est donc fréquent de constater que le Conseil d'État dénonce l'insuffisance du dossier dans l'établissement de la preuve de la violation d'un principe en utilisant la formule "il ne ressort pas des pièces du dossier"¹²⁹⁷. Dans l'arrêt "Société catalane de botanique et d'écologie végétale", le Conseil d'État répond aux requérants qui invoquaient le principe de précaution "qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'arrêté attaqué méconnaîtrait le «principe de précaution» mentionné à l'article L. 200-I du code rural"¹²⁹⁸. La formule est utilisée de nouveau dans l'arrêt "ASPAS" de 2003 où le Conseil d'État affirme "que si les requérants se prévalent du principe de précaution figurant à l'article L. 110-I du code de l'environnement qui reprend les dispositions de l'article L. 200-I du code rural, il ne ressort pas des pièces du dossier que ce principe aurait été méconnu par l'arrêté attaqué"¹²⁹⁹, de même que dans l'arrêt "Fédération départementale de protection de la nature et de l'environnement de Haute Saône" où le Conseil d'État rétorque dans le

¹²⁹⁴ Voir Conseil d'État, "Association Greenpeace France", 1^{er} octobre 2001, N°225008, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁹⁵ "La situation dans laquelle (...) se trouvent (les administrés) est excessivement inconfortable. Nous la résumerons ainsi : la notion d'intérêt général constitue, le plus souvent, la norme légale ou jurisprudentielle de référence de l'activité administrative ; le contrôle juridictionnel, sous peine de se transformer en contrôle d'opportunité, est encore très réduit ; il est difficile, en conséquence, de fournir une preuve quelconque avec quelque chance de succès", J. P. COLSON : "L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif", LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1970, page 68;

¹²⁹⁶ Cette difficulté était relatée en ces termes par la ministre de l'environnement Roselyne BACHELOT au sujet du principe de précaution : "(...) il est juridiquement très difficile de prouver qu'une autorité publique n'a pas pris des précautions proportionnées pour éviter un dommage dans une situation d'incertitude scientifique. En pratique, le principe de précaution est donc davantage un 'argument de tribune' qu'un 'argument de tribunal' ", in Assemblée Nationale, Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration générale de la République, Compte rendu n°26, 4 mars 2004, Audition de Mme Roselyne BACHELOT, Ministre de l'écologie et du développement durable, sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, page 16.

¹²⁹⁷ Voir sur ce point Y. GAUDEMET : "Les méthodes du juge administratif", LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1972, page 107.

¹²⁹⁸ Voir Conseil d'État, "Société catalane de botanique et d'écologie végétale", 5 juillet 1999, N°194834, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹²⁹⁹ Voir Conseil d'État, "ASPAS", 16 octobre 2003, précité.

cadre de l'appréciation de la légalité d'une déclaration d'utilité publique "que si la requérante se prévaut du principe de précaution énoncé par la loi du 2 février 1995, il ne ressort pas des pièces du dossier que ce principe ait été en l'espèce méconnu"¹³⁰⁰.

Si l'emploi de cette formule par le Conseil d'État possède un sens bien précis en matière de cassation – l'impossibilité de substituer son appréciation et sa qualification des faits à celles des juges du fond qui les ont opérées souverainement – , elle signifie dans les exemples cités ci-dessus que les requérants n'ont pas su apporter la preuve du non respect par l'administration du principe invoqué. Ce sont en effet les requérants qui supportent une partie de la charge de la preuve, notamment pour ce qui concerne les éléments de fait ; le demandeur supporte "le risque de l'absence ou de l'insuffisance d'éléments de nature à établir la conviction du juge"¹³⁰¹, et supporte la charge d'une allégation suffisamment précise¹³⁰². Mais dans l'examen de ces allégations le juge administratif s'en tient strictement, conformément au caractère essentiellement écrit de la procédure, aux "pièces du dossier", seuls éléments dont il peut faire état¹³⁰³. Si ces dernières sont insuffisantes il ne lui reste qu'à le signifier aux requérants, ce qui a pour immense inconvénient de ne pas permettre de faire avancer la jurisprudence puisque dans cette hypothèse le juge ne précise pas en quoi les pièces du dossier ne permettent de conclure, par exemple, à une violation du principe de précaution.

D – Les aléas d'un contrôle à intensité variable : les principes environnementaux sont ils source de pouvoir discrétionnaire pour l'Administration ?

C'est moins en tant que normes qui donnent à l'Administration le "pouvoir de choisir entre plusieurs comportements également conformes à la légalité"¹³⁰⁴, qu'en tant que normes conduisant à formuler des appréciations scientifiques et techniques, que l'usage des principes environnementaux dans la motivation d'une décision administrative, n'est souvent examiné par le juge que sous l'angle du contrôle restreint. En d'autres termes, ce n'est pas en tant que mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire que les principes seraient contrôlés, mais en tant que normes supposant le déploiement de compétences que le juge ne possède pas. Le principe de précaution est de loin celui qui illustre le

¹³⁰⁰ Voir Conseil d'État, "Fédération départementale de protection de la nature et de l'environnement de Haute Saône", 25 juin 2003, N°244733, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁰¹ C. DEBBASCH, J.-C. RICCI : "Contentieux administratif", Précis Dalloz, 8^{ème} édition, Paris, 2001, page 538.

¹³⁰² "Il est évident que si le requérant omet d'assortir sa requête de moyens pertinents, ou néglige d'invoquer ou de contester des faits au soutien de ce moyen, il n'y a alors ni argumentation, ni prétention claire qui puisse permettre au juge, soit d'examiner l'affaire au fond, soit de conclure au bien fondé de la demande", J.P. COLSON : "L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif", op.cit., page 124.

¹³⁰³ Voir la formule de principe du Conseil d'État : "Considérant qu'il résulte du dossier, tel qu'il était constitué lors de la clôture de l'instruction(...)", section, "Nègre", 20 janvier 1956, Conclusions Guionin, Dalloz 1957, page 321.

¹³⁰⁴ R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 1033.

mieux cet état de fait, en tant qu'il motive grand nombre de ces décisions "restrictives"¹³⁰⁵ contestées pour "l'excès" de précaution dont ils font preuve. Dans cette hypothèse le principe est à la base de l'action administrative, et il donne lieu très fréquemment de la part du juge qui l'examine à un contrôle restreint qui est marqué par la présence d'une formule type, "compte tenu des précautions qui s'imposent en matière de santé publique, les auteurs de la décision n'ont pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation", que l'on retrouve dans des domaines où la technicité des débats est très importante. Il faut noter ici que les arrêts qui vont être cités ne reposent pas explicitement sur le principe de précaution mais sur des articles du code de la consommation ou du code de la santé publique permettant de suspendre la commercialisation d'un produit, seules les "mesures de précaution" sont invoquées par le juge, d'une manière qui pourrait davantage faire penser à un standard jurisprudentiel ou à un principe général du droit qu'à l'usage d'un principe juridique écrit. Ainsi par exemple dans l'arrêt du Conseil d'État "Gootjes" du 17 décembre 1999 : "Considérant qu'eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, le directeur général de l'Agence du médicament n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que, compte tenu des risques de transmission de virus conventionnels et d'agents pathologiques non conventionnels présentés par les produits biologiques d'origine humaine, la sécurité d'emploi des médicaments concernés par la mesure de suspension, lesquels sont fabriqués à partir de souches d'origine humaine, n'était pas garantie"¹³⁰⁶. Une formule quasiment identique est utilisée dans l'arrêt du Conseil d'État "Galceran-Jennet" du 28 février 2000¹³⁰⁷, et dans une série relativement importante d'arrêts où les compétences techniques et scientifiques du juge dans l'appréciation du risque de certains produits ou procédés sont mises en défaut¹³⁰⁸. Cet état de fait découle donc moins de la présence massive de standards dans le principe en cause, que du caractère scientifique du domaine où ces derniers sont appliqués. Si le standard renvoie à une échelle de valeurs extra-juridiques, cette échelle ne présuppose pas toujours un savoir scientifique. Il peut s'agir d'une échelle de valeur esthétique ou morale pour laquelle "un esprit éclairé", comme le disait Raymond Odent, s'avère suffisant. D'ailleurs le juge de l'excès de pouvoir examine par le biais d'un contrôle normal des notions largement aussi indéterminées que celle de "perspective monumentale", "d'intérêt d'un site", "d'intérêt archéologique", "d'urgence" ou "d'extrême urgence", de "moralité irréprochable", de "crise grave du logement", "d'intérêt des malades", "d'insuffisance de l'initiative privée"...¹³⁰⁹ La particularité des standards présents dans les principes du droit de

¹³⁰⁵ D'après la distinction établie par C. CANS et J. FERRU : "Les méandres du principe de précaution rectifiées par le juge administratif", op. cit., page 184 et s.

¹³⁰⁶ Voir Conseil d'État : "Gootjes", 17 décembre 1999, N°202871, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁰⁷ Voir Conseil d'État, "Galceran-Jennet", 28 février 2000, N°203010, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁰⁸ Voir par exemple sur la question des phtalates l'arrêt du Conseil d'État : "Union des industries chimiques et autres", 28 juillet 2000, N°212135 ; sur celle de l'encéphalite spongiforme la décision de la Cour d'Appel de Paris, "Bailly", 12 juillet 2000, N°97PA01994 et N°97PA03594, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁰⁹ Voir la liste exhaustive établie par S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard", op. cit., page 254 et s.

l'environnement est qu'ils renvoient à des échelles de valeurs relativement communes – gravité, importance, irréversibilité – mais qui en fonction du domaine où elles sont mises en cause nécessitent de la part du juge qui contrôle l'Administration la maîtrise de connaissances variables, tantôt très techniques, tantôt plus accessibles.

La question de savoir si en basant une décision sur l'un des principes environnementaux, comme le principe de précaution par exemple, l'Administration exerce un pouvoir discrétionnaire qui donnera lieu à contrôle restreint de la part du juge dépend donc non de la densité normative des principes eux mêmes, mais du domaine où ils sont appliqués¹³¹⁰. Plus le domaine sera technique ou scientifique, plus le juge sera enclin à pratiquer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ce constat confirme s'il en était besoin l'affirmation de Stéphane Rials selon laquelle "le refus de contrôle de la mise en œuvre d'un standard par l'Administration apparaît, bien que fréquent, comme constitutif d'une exception"¹³¹¹. Parmi ces dernières, c'est la réserve des questions techniques qui frappe le plus souvent les principes environnementaux, avec la particularité qu'un même principe pourra être contrôlé tantôt normalement, tantôt de façon restreinte, en fonction du domaine où la décision administrative contestée a été prise.

Section 4 – Les principes du droit de l'environnement dans la jurisprudence constitutionnelle : de quelques effets potentiels de la Charte de l'environnement.

La question des effets inflationnistes de la constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement sur le contentieux a tenu une place prépondérante lors des débats relatifs à la Charte. Encore faut-il opérer une distinction entre le contentieux constitutionnel, qui sera le théâtre d'un affrontement politique entre la majorité et l'opposition dont les principes environnementaux seront le prétexte juridique (§ 1), et le contentieux ordinaire qui verra l'invocation par des requérants de principes dont la majorité n'a pas été expressément conçue comme étant d'applicabilité directe, exception faite du principe de précaution (§ 2).

¹³¹⁰ "Nombre de décisions administratives sont prises pour des motifs dont la technicité est telle que le juge devrait en réalité s'en remettre, s'il prétendait la contrôler, aux affirmations de l'administration ou des spécialistes. Il est alors plus honnête de reconnaître qu'étant incapable d'exercer un contrôle effectif, il renonce à l'exercer plutôt que de donner l'illusion qu'il l'exerce", R. ODENT : "Contentieux administratif", Les cours de droit, 6^{ème} édition, 1977-1981, fascicule n°6, pages 1563 et 1564, cité par S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard", op. cit., page 239.

¹³¹¹ S. RIALS : "Le juge administratif français et la technique du standard", op. cit., page 238.

§ 1 – Le contrôle de "l'environnementalité des lois"¹³¹² : nouvelle compétence du Conseil constitutionnel.

L'enrichissement matériel du bloc de constitutionnalité constitue un véritable défi technique pour le Conseil constitutionnel, qui doit dans un espace de temps très court acquérir une compétence pour pratiquer son contrôle au vu de nouvelles normes de référence. L'adoption de la Charte de l'environnement de mars 2005 consacre *de facto* l'environnement comme un objet transversal dont la protection doit irriguer tous les champs du droit. Cette "constitutionnalisation par élévation"¹³¹³ implique une prise en compte de cet "intérêt fondamental de la nation"¹³¹⁴ dans tous les domaines où une atteinte est susceptible de lui être portée, et ce notamment par les juridictions ordinaires. Si l'on peut à bien des égards considérer que cette évolution du droit français de l'environnement s'inscrit dans le mouvement d'auto-transcendance décrit en introduction, en ce qu'elle propulse les valeurs environnementales au rang des valeurs suprêmes qu'une nation a pour souhait de s'imposer à elle-même et à son législateur, elle marque également la fin d'une vision sectorielle du droit de l'environnement¹³¹⁵. Il n'existe en effet ni Charte de l'urbanisme, ni Charte du travail, ni Charte de la santé mais, ça et là, quelques principes isolés qui caractérisent et protègent les valeurs fondamentales de ces matières. La quantité de principes constitutionnels écrits consacrés à l'environnement va donc faire état d'un certain déséquilibre qui aura plusieurs effets : la préoccupation environnementale devra d'abord être intégrée au moins théoriquement dans *toutes* les lois, et non seulement dans les lois environnementales, les saisines de l'opposition parlementaire trouveront d'ailleurs dans cette Charte un important gisement de nouveaux moyens d'inconstitutionnalité (A), ensuite certains principes de cette Charte ne manqueront pas de contredire d'autres principes à valeur constitutionnelle avec lesquels le législateur devra les concilier (C), sous le contrôle du Conseil constitutionnel qui devrait à cette fin leur appliquer les méthodes de contrôle qui ont été présentées plus haut (B).

¹³¹² M. PRIEUR : "L'environnement entre dans la Constitution", Droit de l'environnement, mars 2003, n°106, page 41.

¹³¹³ L. FAVOREU : "La constitutionnalisation du droit", op. cit., page 191.

¹³¹⁴ Charte de l'environnement de 2004, article 2, considérant n°6.

¹³¹⁵ Il faut noter à ce titre que la constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement mettra fin à la jurisprudence de certains tribunaux administratifs au sujet du principe de précaution en matière d'urbanisme selon laquelle en vertu du principe d'indépendance des législations "Ce principe ne fait pas partie des règles au respect desquelles un maire doit veiller lorsqu'il délivre une autorisation d'urbanisme", Tribunal administratif de Strasbourg, 27 juillet 2001, "M.Roth CL Commune de Gerstheim", N° 9904059, cité par D. DEHARBE : "Principe de précaution : champ d'application", Chronique des cours et des tribunaux, Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement, n°11/2003, page 12, note 8.

A - Une probable inflation du contentieux par le biais de la saisine parlementaire : l'opposition gardienne de l'environnement ?

À partir du moment où la Charte du premier mars 2005 est intégrée au bloc de constitutionnalité, elle enrichit du même coup l'arsenal juridique à disposition des parlementaires qui saisissent le Conseil constitutionnel par le biais de l'article 61 de la Constitution. La richesse et la variété des principes de la Charte de l'environnement conduira inmanquablement à une richesse des moyens d'inconstitutionnalité déployés par les requérants. Il faut se demander pourtant quels textes risquent d'être le plus souvent contestés pour ce motif (1), et sur la base de quels moyens privilégiés (2).

1 – Les textes menacés d'inconstitutionnalité environnementale.

Toutes les lois sont par principe soumises au respect de la Constitution et donc de la Charte de l'environnement¹³¹⁶. L'apport essentiel de la Charte est de sortir les principes du droit de l'environnement de leur champ sectoriel pour les placer en position de surplomb sur l'ensemble de la matière législative. Pourtant, comme c'est le cas pour d'autres champs constitutionnels, certains textes seront plus particulièrement sous les feux de la Charte et de ses principes en raison de leur objet. Si l'on prend la peine d'examiner sous cet angle les textes ayant été adoptés en France sous la législature actuelle, certains d'entre eux apparaissent comme totalement en dehors du champ environnemental alors que d'autres y sont au contraire pleinement intégrés. Mais dans l'ensemble il ne semble pas que les craintes d'un engorgement du contentieux constitutionnel, exprimées lors de l'élaboration de la Charte, soient totalement fondées. Ainsi par exemple, sur les 77 textes les plus récemment adoptés sous l'actuelle législature, seuls une dizaine paraissent *a priori* entrer dans un champ qui permettrait de soulever des moyens d'inconstitutionnalité environnementale. Il en est ainsi, en se basant simplement sur leur objet, de la loi du 9 août 2004 relative à la santé publique¹³¹⁷, de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières¹³¹⁸, de la loi du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales¹³¹⁹, de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité¹³²⁰, de la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine¹³²¹, de la loi du 1^{er} août 2003

¹³¹⁶ "Ce contrôle sera particulièrement important, tout d'abord parce qu'il pourra s'exercer sur toutes les lois nouvelles adoptées dans toutes les matières, et pas seulement sur les lois adoptées en matière de protection de l'environnement. Par exemple demain, une loi sur les transports pourra faire l'objet d'un contrôle de conformité aux principes énoncés dans la Charte de l'environnement", M. A. COHENDET : "Les effets de la réforme", op.cit, page 60.

¹³¹⁷ Loi n°2004-806, J.O. n°186 du 12 août 2004, page 14399.

¹³¹⁸ Loi n°2004-803, J.O. n°185 du 11 août 2004, page 14256.

¹³¹⁹ Loi n°2004-758, J.O. n°175 du 30 juillet 2004, page 13561.

¹³²⁰ Loi n°2004-204 J.O. n°59 du 10 mars 2004, page 4567.

¹³²¹ Loi n° 2003-710, J.O n° 177 du 2 août 2003, page 13281.

relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales¹³²², de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages¹³²³, de la loi urbanisme et habitat du 2 juillet 2003¹³²⁴, de la loi du 15 avril 2003 relative à la protection de l'environnement en Antarctique¹³²⁵, de la loi du 15 avril 2003 relative à la création d'une zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République¹³²⁶. Si ces textes paraissent à première vue pouvoir prêter le flanc à des critiques au vu des principes de la Charte, d'autres en revanche semblent devoir en être totalement exempts. Ainsi en est-il par exemple de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce¹³²⁷, de celle du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹³²⁸, ou encore de celle du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance¹³²⁹. À côté de cette estimation purement empirique et basée sur l'objet des textes, on peut également tirer quelques enseignements d'une analyse de l'article 34 de la Constitution.

En se basant sur cet article l'on peut constater par exemple que relativement peu de textes seront susceptibles de porter atteinte aux principes environnementaux dans le champ de compétences où la loi fixe les règles. On peut citer par exemple les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, la création de nouvelles catégories d'établissements publics qui pourraient éventuellement donner lieu à des atteintes aux principes constitutionnels de l'environnement. En revanche tout les textes qui concernent le droit de la famille, les régimes matrimoniaux, l'état et la capacité des personnes et le régime électoral des assemblées parlementaires et locales, feront moins l'objet de contestations basées sur l'inconstitutionnalité environnementale. En revanche dans le champ de compétences où la loi ne fixe que les principes fondamentaux les textes qui pourraient aisément être confrontés sont plus nombreux. Ainsi en est-il par exemple de tout ce qui concerne la libre administration des collectivités locales, leurs compétences et leurs ressources, de l'enseignement, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale, mais également des lois de finances et des lois de programme.

Mais il n'est cependant pas exclu que certaines saisines décèlent des moyens de non conformité à la Charte dans les dispositions isolées de textes n'ayant *a priori* aucun rapport avec l'environnement.

¹³²² Loi n° 2003-704, J.O n° 177 du 2 août 2003, page 13217.

¹³²³ Loi n° 2003-699, J.O n° 175 du 31 juillet 2003, page 13021.

¹³²⁴ Loi n° 2003-590, J.O n° 152 du 3 juillet 2003, page 11176.

¹³²⁵ Loi n°2003-347, J.O n° 90 du 16 avril 2003, page 6727.

¹³²⁶ Loi n° 2003-346, J.O n° 90 du 16 avril 2003, page 6726.

¹³²⁷ Loi n°2004-439, J.O n° 122 du 27 mai 2004, page 9319.

¹³²⁸ Loi n° 2004-575, J.O n° 143 du 22 juin 2004, page 11168.

¹³²⁹ Loi n° 2004-1, J.O n° 2 du 3 janvier 2004, page 184.

2 – Quels principes environnementaux seront le plus souvent invoqués comme moyens d'inconstitutionnalité ?

Tous les articles de la Charte sont également susceptibles d'être utilisés comme moyen d'inconstitutionnalité¹³³⁰. Certes, les articles qui reprennent les principes qui avaient été proclamés par la loi Barnier, qui constituent le *modus operandi* du droit de l'environnement, offrent peut-être une meilleure prise aux auteurs de saisines en ce qu'ils peuvent être combinés pour venir constituer une sorte de "test d'environnementalité" applicable à de très nombreux textes. Il s'agit du principe de prévention de l'article 3, du principe de réparation de l'article 4, du principe de précaution de l'article 5 et du principe de participation et d'information de l'article 7. Chacun de ces principes, en ce qu'il contient l'une des approches fondamentales de la protection de l'environnement, est susceptible d'être utilisé comme moyen d'inconstitutionnalité d'une loi qui le négligerait. Seront sans doute plus difficilement invocables, car reposant sur des notions dont le juge aura peut-être du mal à cerner les contours, les principes de "développement durable" de l'article 6 et le principe de l'article 9 selon lequel la recherche et l'innovation apportent leur concours à la préservation de l'environnement.

Ainsi pour prendre un exemple, une loi sur l'urbanisme prévoyant un nouveau type de document de planification "ayant une incidence importante sur l'environnement" pourrait être contestée sur la base du principe de participation de l'article 7 si elle ne prévoyait pas les modalités de participation du public à l'élaboration de ces plans. De même les discussions parlementaires du projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques¹³³¹ ont-elles pointé l'éventuelle incompatibilité de ce texte avec le principe de contribution à la réparation des dommages de l'article 4 de la Charte. Le contrôle de constitutionnalité de ce texte au regard de la Charte de l'environnement et du droit constitutionnel fiscal devrait pouvoir donner la mesure de la mission de conciliation entre principes constitutionnels opérée par le législateur et contrôlée par le Conseil constitutionnel.

B – L'application des techniques du contrôle de constitutionnalité aux principes environnementaux.

Les principes environnementaux se trouvent désormais au même niveau que les droits civiques et politiques inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et que les principes économiques et sociaux contenus dans le préambule de 1946. En témoigne notamment le sixième considérant de la

¹³³⁰ Voir dans ce sens **Y. JÉGOUZO** : "La circonstance que certaines de ces dispositions ne sont applicables que dans les conditions définies par la loi ne fait pas obstacle à leur utilisation efficace", **Y. JÉGOUZO** et **F. LOLOUM** : "La portée juridique de la Charte de l'environnement", Droit administratif, mars 2004, page 7, et Guillaume DRAGO : "Ce débat est en réalité stérile dans la mesure où ce qui compte est l'effectivité juridique des règles énoncées. Cet effet est identique à l'égard du législateur, quel que soit l'énoncé de telle ou telle disposition de la Charte(...). La rédaction même des dispositions de la Charte conduira certainement le Conseil constitutionnel à des exigences plus ou moins fortes vis-à-vis du législateur, mais le caractère plus ou moins impératif du contenu de la Charte se suffit à lui-même", **G. DRAGO** : "Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement", *AJDA*, 26 janvier 2004, page 135.

¹³³¹ Sénat, n°240, <http://www.senat.fr/leg/pjl04-240.html>

Charte qui précise que "la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation". Si l'applicabilité directe de certaines des normes contenues dans la Charte dans le contentieux des juridictions ordinaires a pu être contestée par ses rédacteurs, leur opposabilité au législateur n'a en revanche pas fait l'objet de doutes. Même les considérants précédant l'énoncé des articles ont pu être jugés comme porteurs d'effets juridiques, ce point ayant fait l'unanimité lors de l'audition des juristes constitutionnalistes par la Commission des lois, chacun admettant que le Conseil constitutionnel resterait maître de leur portée juridique¹³³². Les conséquences contentieuses de cette consécration découlent assez simplement du principe de hiérarchie des normes : les valeurs environnementales sont intégrées au moins théoriquement dans l'ensemble des lois, et l'on peut compter sur les parlementaires de l'opposition pour se saisir de cette opportunité juridique face aux textes déposés par la majorité. Dans le cadre de ce contrôle de constitutionnalité par rapport à de nouvelles normes références, certaines techniques de contrôle du Conseil rendront certainement une résonance particulière eu égard au contexte de la Charte ou à la nature des normes environnementales, qu'il s'agisse de "l'effet cliquet" (1), du contrôle des disproportions manifestes (2), ou de la gradation des verdicts (3).

1 – L'effet cliquet : la pérennisation des garanties environnementales législatives ?

Selon la jurisprudence dite du "cliquet" le pouvoir d'abrogation du législateur est limité par l'impossibilité de "porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle"¹³³³, et "la loi ne peut réglementer l'exercice d'une liberté fondamentale qu'en vue de le rendre plus effectif"¹³³⁴. Selon cette jurisprudence constante toute loi qui supprimera une garantie environnementale de valeur constitutionnelle devra la remplacer par une garantie au moins équivalente¹³³⁵. Ainsi les acquis législatifs ayant précédé l'adoption de la Charte seront, s'ils sont rattachables à des droits et libertés inscrits dans cette dernière, impossibles à abroger sauf à les remplacer par des dispositions d'égale valeur. Ainsi par exemple cet effet cliquet pourrait-il être

¹³³² Voir par exemple le résumé des propos de **B. MATHIEU** : "S'interrogeant sur la portée juridique des considérants de la Charte, il a souligné qu'ils pouvaient un jour être exploités par le juge et rappelé, à cet égard, les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel avait dégagé le principe de dignité de la personne humaine. Après avoir jugé peu souhaitable de transformer des règles scientifiques en règles juridiques et inutile de préciser dans un texte constitutionnel les conditions de l'émergence de l'humanité, il a relevé que les considérants faisaient référence à des concepts, tels que la diversité biologique, l'être humain, le développement durable, dont l'imprécision pourrait donner lieu à diverses interprétations", et de **D. CHAGOLLAUD** : "Quant aux considérants de la Charte, dès lors qu'ils sont inscrits dans la Constitution, on ne pourra jamais exclure qu'un juge s'en empare pour leur reconnaître, en tout ou partie, valeur normative. Même si l'intention est seulement de leur conférer un caractère déclaratoire, il importe donc de les rédiger avec précision", Assemblée Nationale, Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Audition sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement (n°992), Compte rendu n°10, 3 décembre 2003, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cloi/03-04/c0304010.asp>, page 3.

¹³³³ Décision N°85-185 DC du Conseil constitutionnel du 18 janvier 1985, citée par **L. FAVOREU** et **L. PHILIP** : "Les grands décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., page 594.

¹³³⁴ Ibid.

¹³³⁵ Voir dans ce sens **Y. JÉGOUZO** et **F. LOLOUM** : "La portée juridique de la Charte de l'environnement", op. cit., page 7, et **M. A. COHENDET** : "Les effets de la réforme", op. cit., page 61.

appliqué au "droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé" qui figure à l'article 1^{er} de la loi sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie du 30 décembre 1996¹³³⁶ et qui est rattachable au droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé de l'article premier de la Charte, et qui ne pourrait donc être abrogé faute d'être remplacé par des garanties équivalentes. La question doit être posée du regard que pourrait porter le Conseil constitutionnel sur une éventuelle reformulation ou suppression des principes issus de la loi Barnier du 2 février 1995. Cette éventualité était soulevée dans le rapport Coppens¹³³⁷ et l'on doit se demander si ces principes législatifs, qui ont désormais vocation à préciser l'exercice des droits et libertés contenus dans la Charte, pourront être supprimés sans se heurter à cette jurisprudence du cliquet. Le problème réside dans le fait de savoir quels sont les principes de la Charte qui posent des "droits et des libertés", puisque tel est le domaine où s'applique l'effet cliquet. Or force est de constater que les principes de la loi Barnier constituent des moyens de mettre en œuvre le "droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé". Leur suppression porterait donc atteinte à cette garantie et se heurterait vraisemblablement à la jurisprudence du cliquet¹³³⁸.

2 – Le contrôle des disproportions manifestes : une technique de contrôle des standards scientifiques et techniques ?

Certains commentateurs de la Charte ont précisé que ses dispositions donneraient lieu à des exigences plus ou moins fortes du Conseil constitutionnel en fonction de leur rédaction¹³³⁹. En effet, en vertu d'une technique qui a pu être analysée comme un emprunt aux méthodes du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel fait varier l'intensité de son contrôle en fonction de la situation dans laquelle se trouve le législateur au regard des textes¹³⁴⁰, faits et situations qui motivent l'adoption de la loi contrôlée. Si le Conseil constitutionnel considère que le législateur exerce un pouvoir discrétionnaire, comme en 1982 lorsqu'il base la loi de nationalisation de certaines entreprises sur la "nécessité publique" de l'article 17 de la Déclaration de 1789¹³⁴¹, alors il limite son contrôle à la "disproportion

¹³³⁶ Loi n° 96-1236, J.O. n°1 du 1^{er} janvier 1997, page 11, article codifié à l'article L.220-1 du code de l'environnement.

¹³³⁷ "Les principes aujourd'hui consacrés par le code de l'environnement dans son article L.110-1 (...) sont mal connus et considérés comme peu clairs (...). Il est donc nécessaire que ces principes soient redéfinis pour être clarifiés et mis en cohérence avec les précisions apportées par la Charte", Ministère de l'écologie et du développement durable : "Rapport de la commission Coppens de préparation à la Charte de l'environnement", page 46.

¹³³⁸ Voir dans ce sens **G. DRAGO** : "Par exemple, la définition du principe de précaution, introduite dans le droit de l'environnement par la loi du 2 février 1995, ne pourra faire l'objet d'une modification qu'en prenant en considération directe l'article 5 de la Charte", "Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement", *op. cit.*, page 135.

¹³³⁹ Voir **G. DRAGO**, *Ibid.*

¹³⁴⁰ "L'erreur manifeste serait donc le moyen d'un contrôle minimum. (..) parce qu'il serait limité aux matières où l'imprécision du texte ou principe constitutionnel prive le Conseil des bases nécessaires à un contrôle approfondi et laisse en conséquence un large pouvoir de décision au législateur", **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", *op. cit.*, page 150.

¹³⁴¹ Voir par exemple le considérant n° 20 de la décision du Conseil constitutionnel n°81-132 DC du 16 janvier 1982 dite "Loi de nationalisation" : "Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la

manifeste" entre les objectifs que se fixe le législateur et les moyens qu'il déploie pour les atteindre, c'est à dire qu'il refuse de lui substituer sa propre appréciation¹³⁴².

S'il faut rappeler ici la parenté de méthodes entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, c'est que les techniques de la disproportion manifeste et du contrôle minimum pourraient bien être utilisées par ce dernier lors du contrôle de certaines lois par rapport à des principes environnementaux comportant des standards applicables à des domaines scientifiques ou techniques. Les débats relatifs à l'adoption de la Charte ont pointé en effet les "risques de subdélégations en chaîne"¹³⁴³ qui pourraient résulter de l'incompétence du Conseil pour statuer sur les enjeux scientifiques d'un texte soumis à son contrôle, ce d'autant plus que les délais de ce contrôle sont très brefs¹³⁴⁴ et ne permettent pas aisément de se livrer au jeu des expertises et contre-expertises. La constitutionnalisation du droit de l'environnement conduira-t-elle le juge constitutionnel à devenir un juge technicien ? Il y a fort à parier que la technique du contrôle minimum, utilisée à cette même fin par le Conseil d'État dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir contre les mesures basées sur le principe ou sur une approche de précaution, sera transposée au contexte constitutionnel et permettra d'éviter au Conseil de se livrer à des appréciations pour lesquelles il ne possède pas les compétences requises. Comme en matière administrative, les standards environnementaux ne donneront pas lieu *en eux mêmes* à un contrôle minimum. Ce contrôle surviendra dès qu'ils seront appliqués à un domaine scientifique et technique. Parmi les standards qui donneront ainsi certainement lieu à contrôle restreint lorsqu'ils seront mis en cause par une loi impliquant la maîtrise de connaissances scientifiques, on peut citer par exemple le dommage pouvant affecter l'environnement de manière *grave et irréversible* du principe de précaution, notamment lorsqu'il sera appliqué à des domaines comme les organismes génétiquement modifiés ou l'énergie nucléaire.

3 – La gradation des verdicts : une marge de manœuvre pour adoucir les effets de la Charte ?

L'examen d'une loi par le Conseil constitutionnel peut avoir deux issues, soit la loi est déclarée conforme à la Constitution, soit elle est déclarée non conforme. Mais au sein de chacun de ces

nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci", recueil page 18.

¹³⁴² Selon la formule en vertu de laquelle il ne "possède pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement", L. FAVOREU et L. PHILIP : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", *op. cit.*, page 475.

¹³⁴³ Voir notamment les propos tenu par G. CARCASSONNE lors de l'audition des juristes constitutionnalistes par la Commission des lois : "La Charte comporte, en l'état, un risque sérieux de subdélégations en chaîne : si le Constituant ne prend pas ses responsabilités, c'est au Conseil constitutionnel qu'il incombera d'apprécier si telle loi porte atteinte à l'environnement ; or, si le Conseil constitutionnel ne dispose pas de la compétence technique nécessaire à cette appréciation, il lui faudra faire appel à l'expertise de laboratoires scientifiques indépendants, de sorte que le choix de ce qui est possible et impossible en matière d'environnement pourrait glisser du Constituant à des experts privés", Audition sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, *op. cit.*, page 4.

¹³⁴⁴ Voir l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958, article 61-3 : "Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours".

"verdicts" existent ensuite deux subdivisions. La loi peut en effet être déclarée simplement conforme à la Constitution, dans cette hypothèse la requête est rejetée. Ensuite la loi peut être déclarée conforme mais "sous réserve" d'une interprétation particulière. Cette dernière peut être "constructive" (elle rend le texte conforme à la Constitution), "neutralisante" (elle supprime l'inconstitutionnalité), ou "directive" (elle précise quelles sont les mesures à prendre pour que la loi soit conforme à la Constitution). De la même manière l'invalidation peut prendre plusieurs formes. Elle peut être "simple", le Conseil déclarant que la loi n'est pas conforme à la Constitution, elle ne pourra donc être promulguée, et elle peut être "constructive" au sens où le Conseil indique au législateur comment rendre la loi conforme à la Constitution. Quand les parties de la loi jugées non conformes sont détachables de l'ensemble du texte alors ce dernier est promulgué mais "amputé" des dispositions invalidées. Quand ce n'est pas le cas l'ensemble du texte ne peut être promulgué.

Sauf à anticiper la pratique du contrôle de conformité des lois à la Charte de 2005, il n'est pas aisé de prédire comment ces techniques seront appliquées aux principes environnementaux. Mais la très grande quantité et la richesse des principes de la Charte de 2005, et la possibilité de contrôles très fins qu'ils permettront, donneront certainement lieu à ce type d'interprétations de la part du Conseil, notamment dans le cadre des lois dont seuls certains développements comportent des implications environnementales.

C – La conciliation de principes constitutionnels existants avec les principes environnementaux.

Les principes environnementaux de la Charte, dans la mesure où ils sont placés au même niveau hiérarchique que ceux qui les ont précédé dans l'histoire, vont inmanquablement entrer en résonance avec ces derniers dans le cadre du contrôle de constitutionnalité où le juge est fréquemment appelé à contrôler la conciliation opérée par le législateur entre des principes qui s'opposent. Dans un but d'anticipation, il n'est pas inutile de tenter de recenser d'une part les principes potentiellement antinomiques (1), d'autre part les principes complémentaires (2), qui apparaissent en confrontant la Charte de 2005 avec les autres principes constitutionnels. La réalité de ces oppositions et la variété des principes de la Charte conduiront vraisemblablement à un renouvellement de la méthode de pesée des intérêts constitutionnels. Elle permettra en tout état de cause d'appliquer aux principes juridiques environnementaux une méthode de mise en œuvre plus adaptée que celle du contrôle de légalité qui leur était tant bien que mal appliquée lorsque ces principes figuraient dans la loi Barnier.

1 – Les principes antinomiques.

Aucun des principes constitutionnels n'étant considéré comme absolu, les principes de la Charte viendront s'insérer dans un système de droits relatifs¹³⁴⁵, qui sont mis en balance d'abord par le législateur dans l'élaboration des lois puis par le Conseil constitutionnel lorsqu'il en exerce le contrôle. Dans le cadre de ce système, certains principes du Préambule de 1946 ou de la Déclaration de 1789 ont déjà reçu des limitations pour faciliter le respect d'autres principes. L'on peut donc considérer que leur éventuelle limitation pour tenir compte des principes environnementaux se fera naturellement dans la jurisprudence du Conseil¹³⁴⁶.

Le droit de propriété par exemple, affirmé à l'article 17 de la Déclaration de 1789, a déjà été limité pour tenir compte de la protection de la santé de l'alinéa II du Préambule de 1946¹³⁴⁷. Les principes de la Charte avec lesquels ce droit entrera certainement en conflit sont par exemple le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré de l'article 1^{er} qui permettrait de caractériser un abus du droit de propriété dans le cadre d'une activité nuisante, le devoir de prendre part à la préservation de l'environnement de l'article 2 qui pourrait venir limiter la dégradation d'un bien par son propriétaire, le principe de prévention de l'article 3 qui pourrait justifier de nouvelles servitudes d'utilité publique s'imposant aux propriétaires, le principe de réparation de l'article 4 qui pourrait permettre d'exiger la remise en état d'un site, et le principe de précaution de l'article 5 qui pourrait par exemple venir limiter le droit d'exploiter le droit de propriété sur un brevet.

Il est de même pour la liberté d'entreprendre, basée par le Conseil sur l'article 4 de la Déclaration de 1789¹³⁴⁸, et la liberté du commerce et de l'industrie, qui pourraient se trouver limitées par les mêmes principes, notamment lorsqu'une activité économique fait courir des risques à l'environnement¹³⁴⁹.

¹³⁴⁵ Comme le rappelait le garde des sceaux lors de la présentation du projet de Charte à l'Assemblée Nationale : "Ce choix [d'une "écologie humaniste"] signifie aussi que le droit de l'environnement ne saurait être un droit absolu et qu'il doit être concilié avec les autres intérêts fondamentaux de la nation. Il devra aussi être concilié avec les droits et libertés reconnus par la Déclaration de 1789 ou le Préambule de 1946", Assemblée Nationale, Journal Officiel de la République Française, Compte rendu intégral des séances du mardi 25 mai 2004, n° 50, 26 mai 2004, page 4039.

¹³⁴⁶ Voir sur ce point les propos de **N. KOSCIUSKO-MORIZET** lors de la présentation du projet de Charte à l'Assemblée Nationale : "En matière d'environnement, nous pourrions être amenés, par exemple, à concilier les droits et devoirs nouveaux avec l'égalité, la propriété, la liberté d'entreprendre, la libre administration des collectivités locales, ou même avec l'ordre public", J.O.A.N. (C.R.) n°50 du 26 mai 2004, page 4044.

¹³⁴⁷ L'exercice du droit de propriété d'une marque de tabac par la réalisation d'une publicité ne doit pas porter atteinte au "principe nécessaire à notre temps" de protection de la santé, voir la décision du Conseil constitutionnel n°90-283 DC du 8 janvier 1991, notamment le considérant n°8 : "Considérant que l'évolution qu'a connu le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général ; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la protection de la santé", J.O. n°8 du 10 janvier 1991 page 524.

¹³⁴⁸ Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, notamment le considérant n° 16, recueil page 18.

¹³⁴⁹ Sur les relations entre liberté d'entreprendre et protection de l'environnement voir **L. FONBAUSTIER** : "Conseil constitutionnel, liberté d'entreprendre et protection de l'environnement : concilier, toujours concilier !", Droit de l'environnement, n°127, décembre 2004, p 232.

Le principe d'égalité devant l'impôt et de contribution des citoyens à raison de leurs facultés de l'article 13 de la Déclaration de 1789 pourrait par exemple être tempéré par le principe de réparation des dommages à l'environnement de l'article 4 sur lequel une loi mettant en place un système de fiscalité environnementale incitative pesant uniquement sur les entreprises polluantes. Dans cette hypothèse le Conseil constitutionnel pourrait prendre appui sur le principe de réparation des atteintes à l'environnement pour accepter que le législateur, selon sa formule rituelle, "règle de façon différente des situations différentes"¹³⁵⁰, en rapport avec l'objet d'une loi qui viserait par exemple, en prenant appui sur les principes de la Charte, à imposer une taxe aux seules entreprises les plus polluantes.

La prise en compte des principes de la Charte pourra contribuer à l'interprétation de la liberté individuelle comme consistant à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et à l'environnement. L'opposition entre ce principe et ceux de la Charte pouvant conduire à des limitations du premier. Inversement les principes environnementaux seront eux aussi considérés comme non absolus et affectés de limitations commandées par le respect d'autres principes.

2 – Les principes complémentaires.

Inversement certains principes de la Charte feront écho à des principes existants et pourront le cas échéant être combinés avec eux. Le droit à la protection de la santé de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 pourra être associé avec le droit de vivre dans un environnement équilibré de la Charte de 2005. Le principe d'égal accès à l'instruction de l'alinéa 13 du Préambule de 1946 pourra être combiné avec l'article 8 de la Charte selon lequel l'éducation à l'environnement doit contribuer à la mise en œuvre de la Charte. De même que le droit de grève de l'alinéa 7 du Préambule de 1946 pourrait se combiner avec le devoir de prendre part à la protection de l'environnement de l'article 2 de la Charte de 2005 et avec le droit pour chacun de vivre dans un environnement respectueux de sa santé pour justifier son exercice dans une entreprise qui utiliserait des procédés polluants portant atteinte à la santé de ses employés.

3 – L'intégration de valeurs environnementales dans la méthode de pesée des intérêts constitutionnels.

L'une des questions qui ne manquera pas de se poser en matière de conciliation des principes de la Charte avec les principes constitutionnels plus anciens est celle de la disproportion quantitative entre les principes qui protègent les valeurs environnementales et ceux qui sont consacrés à d'autres valeurs

¹³⁵⁰ Voir la décision du Conseil constitutionnel n°91-302 du 30 décembre 1991, Recueil page 137.

sociales¹³⁵¹. Sauf à rapporter l'ensemble des autres principes constitutionnels aux "droits de l'homme", force est de constater en effet que beaucoup plus de principes constitutionnels sont désormais consacrés à l'environnement qu'au travail, à la fiscalité ou à l'urbanisme. Ainsi par exemple, alors qu'en cas d'atteinte à la santé publique par une loi consacrée au transport le choix des principes à concilier se limite à deux (liberté du commerce et de l'industrie *versus* protection de la santé), l'opposition de la même loi aux intérêts environnementaux conduira le Conseil constitutionnel à sélectionner au sein de la Charte parmi une multitude de principes offrant chacun une facette différente de la protection de cet intérêt nouvellement protégé. Droit à un environnement équilibré et favorable à la santé, devoir de protéger l'environnement, principe de prévention des atteintes à l'environnement, principe de réparation des dommages, principe de précaution, principe de participation à l'élaboration des décisions... la Charte enrichira considérablement l'éventail des principes juridiques à disposition du Conseil constitutionnel. Cet état de fait – la quantité et la variété des principes environnementaux de la Charte – ne manquera pas de renouveler profondément la méthode de pesée des intérêts constitutionnels déployée par la Haute juridiction.

L'on peut vraisemblablement s'attendre à une pratique beaucoup plus fine de la conciliation des principes constitutionnels existants avec les intérêts environnementaux désormais protégés par la Charte. Alors que la protection de l'environnement aurait pu ne faire l'objet que d'une seule disposition synthétique, elle se trouve ici déclinée sous la forme très développée de son *modus operandi* et en tant que corpus autonome ; elle permettra au juge constitutionnel de moduler sa prise en compte en fonction de la nature des atteintes qu'y porteront les lois qui lui seront déférées. Dans cette tâche, la Charte donne en outre une indication méthodologique qui confirme l'absence de hiérarchie formelle et matérielle entre les principes environnementaux et leurs devanciers, et qui conduira le juge à intégrer les valeurs environnementales dans la pesée concrète des intérêts constitutionnels. Le sixième considérant introductif de la Charte précise en effet "que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation".

À cet égard, l'examen au regard de la nouvelle Charte d'un projet tel que l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes aux consommations intermédiaires d'énergie par le deuxième collectif budgétaire pour 2001, déclaré inconstitutionnel par la décision n°2000-441 DC du 28 décembre 2000¹³⁵², révèle rétrospectivement le bouleversement des méthodes de pesée des intérêts auquel la constitutionnalisation de l'environnement va conduire. Dans cette décision le Conseil constitutionnel avait considéré que si la fiscalité incitative était compatible avec le principe d'égalité devant l'impôt, les moyens mis en œuvre à cette fin par le législateur devaient être proportionnés aux

¹³⁵¹ Voir sur ce point les propos de G. CARCASSONNE lors de l'audition des professeurs de droit par la commission des lois, qui a parlé de "vaporisation" des droits subjectifs, Audition sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, *op. cit.*, page 2.

¹³⁵² Voir la décision du Conseil constitutionnel n°2000-441 DC du 28 décembre 2000, J.O. du 31 décembre 2000, page 21204.

objectifs qu'il s'était fixé¹³⁵³. Les objectifs en cause consistant dans la réduction de l'émission des gaz à effet de serre, il avait considéré comme disproportionné à cet objectif le fait que certaines entreprises ayant rejeté moins de gaz carbonique dans l'atmosphère que d'autres entreprises analogues soient, en vertu du mode de calcul de la taxe et de certains effets de seuil¹³⁵⁴, taxées plus lourdement¹³⁵⁵, et que l'électricité soit soumise à la taxe alors qu'elle contribue à la lutte contre l'effet de serre par substitution aux énergies fossiles¹³⁵⁶. C'est seulement en ce que ces dispositions étaient disproportionnées à l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre, seul objectif de la loi retenu par le Conseil constitutionnel¹³⁵⁷, qu'elles ont été déclarées contraires au principe d'égalité devant l'impôt¹³⁵⁸.

Les principes désormais consacrés dans la Charte auraient-ils été d'un quelconque secours ici pour le législateur ? Dans la décision susmentionnée c'est l'inadéquation des différences de traitement avec les objectifs que s'était fixés la loi qui conduit à l'invalidation de la taxe. Le principe même d'une fiscalité incitative, qui conduit à remettre en cause la proportionnalité de l'impôt par rapport aux facultés contributives¹³⁵⁹, n'est pas considéré comme inconstitutionnel par le Conseil. Pourtant son appréciation de l'adéquation des moyens de la loi aux objectifs fixés par le législateur s'opère bien par rapport à ce principe, le test de proportionnalité s'opérant toujours en référence à des principes constitutionnels¹³⁶⁰. Ce dernier étant seul en cause puisque que la fiscalité incitative écologique, elle, ne repose que sur le principe pollueur-payeur, qui à l'époque n'avait pour le Conseil qu'une valeur législative. L'adoption de la Charte aurait donc changé le raisonnement du Conseil en tant qu'elle lui aurait imposé d'apprécier

¹³⁵³ "Considérant (...) que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs", *ibid.*

¹³⁵⁴ "En effet, la rupture d'égalité entre les entreprises, selon l'intensité de leur consommation énergétique rapportée à leur valeur ajoutée, laisse apparaître des risques de moindre taxation, pour un rejet de gaz carbonique pourtant plus important, dès lors que la consommation excède 20 tonnes équivalent pétrole par million de franc de valeur ajoutée", **S. CAUDAL** : "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie. Commentaire de l'extrait de la décision du Conseil constitutionnel N°2000-441 du 28 décembre 2000, concernant l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes à l'énergie", *R.J.E.* n°2/2001, page 227.

¹³⁵⁵ "Considérant d'une part que les modalités de calcul de la taxe arrêtées par l'article 37 pourraient conduire à ce qu'une entreprise soit taxée plus fortement qu'une entreprise analogue, alors même qu'elle aurait contribué de façon moindre au rejet de gaz carbonique dans l'atmosphère", *ibid.*

¹³⁵⁶ "Considérant, d'autre part, qu'il est prévu de soumettre l'électricité à la taxe, alors pourtant qu'en raison de la nature des sources de production de l'électricité en France, la consommation d'électricité contribue très faiblement au rejet de gaz carbonique et permet, par substitution à celle des produits énergétiques fossiles, de lutter contre "l'effet de serre", *ibid.*

¹³⁵⁷ Le Conseil ayant selon certains commentateurs de la décision, passé sous silence un second objectif de "maîtrise des consommations d'énergie" que le législateur plaçait sur le même plan que le premier, et qui justifiait que l'électricité soit également soumise à la taxe, voir sur ce point **S. CAUDAL** : "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie", *op. cit.*, page 228.

¹³⁵⁸ "Considérant, dans ces conditions, que les différences de traitement qui résulteraient de l'application de la loi ne sont pas en rapport avec l'objectif que s'est assigné le législateur ; que les dispositions en cause sont dès lors contraires au principe d'égalité devant l'impôt", *ibid.*

¹³⁵⁹ Voir **S. CAUDAL** : "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie", *op. cit.*, page 225.

¹³⁶⁰ "Car le test de proportionnalité n'est pas un contrôle arbitraire au sens où le Conseil constitutionnel n'aurait pas d'autre référence que sa propre subjectivité à opposer à celle du législateur. S'il est vrai que la proportionnalité ne peut avoir un sens absolu parce qu'elle est un problème de relation de grandeur entre plusieurs éléments d'un ensemble, il reste que, dans cette relativité, ce rapport de grandeur s'établit toujours et nécessairement par référence à quelque chose. Pour le Conseil, la référence de proportionnalité, ce sont les droits constitutionnels ; c'est en face d'eux qu'il met en balance les moyens choisis par le législateur : forment-ils corps, sont-ils dans un rapport de discordance ou de correspondance avec tel ou tel principe constitutionnel ?", **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", *op. cit.*, page 149.

cet équilibre entre objectifs et moyens non au regard du seul principe d'égalité devant l'impôt, mais au regard d'une mise en balance de ce principe avec les principes pertinents de la Charte de l'environnement de 2005. Parmi ces derniers c'est évidemment au premier chef le principe de réparation des dommages causés à l'environnement de l'article 4 qui est concerné. Mais il ne l'est pas à titre exclusif puisque comme cela était précisé plus haut l'outillage juridique environnemental au sein de la Constitution est très riche. Doivent être ajoutés à ce principe d'autres principes pertinents qui doivent entrer dans le processus de mise en balance. Le principe de l'article 2 selon lequel toute personne doit prendre part à la protection de l'environnement justifie l'assiette d'une taxe écologique, le principe de l'article 6 selon lequel les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable justifie le déploiement d'une fiscalité écologique incitative.

Ainsi les données de base du raisonnement de "mise en balance concrète des principes constitutionnels"¹³⁶¹ se trouvent singulièrement bouleversées par les nouveaux principes de la Charte. Premièrement le Conseil n'aurait plus simplement ici à apprécier la proportionnalité entre les objectifs de la loi (inciter les entreprises à maîtriser leur consommation d'énergie par le biais d'une fiscalité incitative, dans le but de réduire l'émission de gaz à effet de serre) et l'atteinte à un principe constitutionnel (le principe d'égalité devant l'impôt mis à mal par un système de calcul conduisant, à émissions égales, à taxer plus lourdement certaines entreprises). Il lui faudrait apprécier également la constitutionnalité d'une conciliation opérée par le législateur entre le principe d'égalité devant l'impôt et l'ensemble des principes pertinents de la Charte mentionnés ci-dessus. Sur le considérant selon lequel "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général" la Charte ne change rien, elle aurait à la rigueur permis de faciliter l'argumentation du Conseil puisqu'à "objectifs d'intérêt général" il aurait pu substituer "principes constitutionnels". En revanche, les effets de la Charte sur l'appréciation de la disproportion entre les objectifs de la loi et les moyens déployés par le législateur auraient été réels. D'une part le seuil de l'atteinte proportionnée au principe d'égalité devant l'impôt se trouve singulièrement relevé du fait de l'existence des trois principes constitutionnels (articles 4, 2 et 6 de la Charte) qui sont à même de la justifier. D'autre part la lecture minimaliste des objectifs de la loi qu'opère le Conseil dans cette décision devient beaucoup moins acceptable (et notamment *socialement* acceptable) du fait de l'existence de ces mêmes principes qui assignent au législateur certains objectifs, dont peuvent être déduits celui de la maîtrise des consommations d'énergie, ne pouvant plus être ignorés par le Conseil. Ainsi pour résumer, l'existence de certaines inégalités devant l'impôt se trouve justifiée au nom du respect des principes de la Charte, et l'existence de nouveaux objectifs constitutionnels pour le législateur empêchent le Conseil de se livrer à une interprétation restrictive de la loi.

¹³⁶¹ D. ROUSSEAU : "Contentieux constitutionnel", op. cit., page 127.

Les principes constitutionnels du droit de l'environnement ne manqueront donc pas de bouleverser la pratique de la pesée des intérêts constitutionnels, mais on peut prévoir également des bouleversements au niveau des juridictions ordinaires.

§ 2 – L'invocation des principes de la Charte devant les juridictions ordinaires.

Deux facteurs justifient la possibilité d'une destinée jurisprudentielle des principes constitutionnels du droit de l'environnement en dehors du contentieux strictement "vertical" qui vient d'être évoqué. D'une part la Constitution et les droits fondamentaux qu'elle contient possèdent un effet horizontal : ils s'appliquent aux rapports entre individus et peuvent être invoqués lors des litiges qui les opposent¹³⁶². D'autre part les actes administratifs et les actes de droit privé sont soumis à la hiérarchie des normes et à ce titre doivent respecter toutes les règles qui conditionnent leur validité, qu'elles leur soient immédiatement supérieures ou qu'elles se trouvent à un degré plus élevé. Le Conseil constitutionnel a en effet précisé dans une décision du 20 mars 1997 dite "Fonds de pension" qu'un principe du Préambule de 1946 "s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence"¹³⁶³. Dans cette dernière hypothèse les juridictions ordinaires, Conseil d'État et Cour de cassation, sont les juges de la conformité des actes qu'ils contrôlent à la Constitution. Mais ces juridictions ont développé chacune leur jurisprudence propre eu égard aux textes que l'on considérera ici comme comparables à la Charte, et qui sont les articles de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946. Il est donc très éclairant, pour tenter d'imaginer quel sera l'usage des principes de la Charte devant les juridictions ordinaires, de s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'État (B) et de la Cour de Cassation (C). Mais il faut interroger au préalable la volonté du constituant sur cette question de l'invocabilité directe des normes qu'il a disposées dans la Charte de l'environnement (A).

A – Tous les principes de la Charte sont ils invocables devant les juridictions ordinaires ?

La contemporanéité de la Charte de l'environnement, la volonté d'équivalence affichée par ses initiateurs avec la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, et la présence d'un contrôle de constitutionnalité ont ouvert une possibilité de choix que n'avaient pas eu les rédacteurs de ces deux derniers textes ; la *summa divisio* "droits libertés"/"droits créances" allait pouvoir non seulement traverser et habiter ce texte mais également être dépassée, donnant lieu à un éventail de possibilités rédactionnelles élargi. Si la distinction est

¹³⁶² Voir sur ce point B. MATHIEU et M. VERPEAUX : "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", LGDJ, Paris, 2002, page 122.

¹³⁶³ Voir la décision du Conseil constitutionnel n°97-388 DC du 20 mars 1997, notamment le considérant n°13, J.O. du 26 mars 1997, page 4661.

effectivement présente au sein du texte, c'est pourtant sous des traits nouveaux (1), et avec une portée juridique marquée désormais par la jurisprudence fournie des juridictions chargées de la mettre en œuvre (2).

1 - La position des rédacteurs de la Charte : une distinction entre "objectifs" et "règles" constitutionnelles.

Les discussions parlementaires préalables à l'adoption de la Charte¹³⁶⁴ ont actualisé la *summa divisio* qui sépare les "droits libertés" ou "pouvoirs d'agir", des "droits créances" ou "pouvoirs d'exiger"¹³⁶⁵. La dichotomie qui lui a été substituée par les rédacteurs de la Charte oppose les dispositions assimilables à des "règles ou principes constitutionnels", et celles assimilables à des "objectifs" constitutionnels. Cette distinction n'aurait qu'un intérêt classificatoire si elle ne se doublait de conséquences juridiques extrêmement importantes, ayant trait à l'applicabilité directe et donc à l'effectivité des normes en cause dans le cadre du contentieux des juridictions ordinaires¹³⁶⁶. Précisons-le d'emblée, cette distinction concerne ici des normes écrites, la notion d'objectif constitutionnel qui est invoquée ne recoupe pas celle "d'objectif à valeur constitutionnelle" qui est utilisée par le Conseil constitutionnel pour qualifier les normes "quasi jurisprudentielles"¹³⁶⁷ "induites de dispositions textuelles auxquelles le juge donne un titre d'objectif et une sanction"¹³⁶⁸. Dans l'esprit des rédacteurs de la Charte ces objectifs constitutionnels se distinguent des règles ou principes constitutionnels par leur absence d'applicabilité directe dans le contentieux des juridictions ordinaires, et par la nécessité préalable d'une déclinaison législative.

Cette distinction ressort tout d'abord de l'audition par la Commission des Lois des professeurs de droit, qui y ont dans l'ensemble fait référence pour éclairer le "manque total de hiérarchisation des notions" dont souffre la Charte¹³⁶⁹. Pour nombre d'entre eux, sous réserve de la jurisprudence que

¹³⁶⁴ Voir notamment pour l'entrée en scène de cette distinction les propos du Garde de sceaux lors de la présentation du projet de Charte à l'Assemblée Nationale : "Toutefois, ces différentes dispositions n'auront pas toutes la même portée normative, c'est à dire la même effectivité juridique. À l'exception du principe de précaution qui figure à l'article 5, les autres principes énoncés dans la charte sont des objectifs de valeur constitutionnelle. Leur mise en œuvre nécessitera l'intervention du législateur. Il s'agit de droits-créances, dont la rédaction est comparable à ceux du Préambule de la constitution de 1946 [...]", J.O.A.N. (C.R.) n°50, 26 mai 2004, page 4040.

¹³⁶⁵ Ces expressions sont empruntées à J. RIVERO : "Les libertés publiques", Tome 1 "Les droits de l'homme", op. cit., page 117.

¹³⁶⁶ "Les droits de créance (...) ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. (...). Tant que l'État n'a pas réuni les moyens nécessaires pour s'acquitter de son obligation, le droit du créancier ne peut s'exercer. Or, il ne va pas, et ne peut aller pratiquement, jusqu'à contraindre l'État à créer le service nécessaire : c'est à l'encontre de celui-ci, une fois la création effectuée, que le droit va s'exercer. Jusque-là, il demeure virtuel, à la différence des libertés dont la jouissance est immédiate", Ibid., page 121.

¹³⁶⁷ Puisque le souci constant de rattachement de ces objectifs aux textes constitutionnels par le Conseil est invoqué par la doctrine pour leur dénier le caractère de normes jurisprudentielles, voir sur ce point Bertrand FAURE : "il ne peut être question de source jurisprudentielle à proprement parler mais plutôt d'une enveloppe jurisprudentielle autour de la règle écrite. Et de cette origine formelle, l'objectif de valeur constitutionnelle en retire l'assise d'une norme objective", B. FAURE : "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", op. cit., page 51.

¹³⁶⁸ Ibid.

¹³⁶⁹ Voir notamment les propos de Guy Carcassonne : "(...) la distinction, classique en droit constitutionnel, entre objectifs et règles constitutionnels, est absente du projet. Or, si les premiers ne comportent qu'une obligation de moyens et nécessitent l'intervention du législateur, les secondes fixent une obligation de

développera le Conseil constitutionnel¹³⁷⁰ et de la difficulté inhérente à un tel exercice d'anticipation¹³⁷¹, les dispositions d'applicabilité directe sont en nombre réduit par rapport aux objectifs. Il s'agit pour Guy Carcassonne de l'article 2 ("*Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement*"), de l'article 3 ("*Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir ou, à défaut, limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement*") et de l'article 5, qui pose le principe de précaution¹³⁷². Pour Bertrand Mathieu "la distinction la plus claire peut être opérée entre les principes objectifs, qui supposent l'intervention préalable d'une norme, et les droits subjectifs, directement invocables par toute personne et dont tout juge peut être appelé à assurer la protection"¹³⁷³. Une plus grande prudence inspira Guy Carcassonne au sujet des conséquences contentieuses éventuelles des considérants de la Charte, qui échapperont à bien des égards aux stratégies rédactionnelles que ses rédacteurs pourraient être tentés d'adopter pour en limiter les conséquences contentieuses¹³⁷⁴.

La distinction a été ensuite reprise par les parlementaires lors de la discussion générale et de la discussion des articles, puisque la rapporteure du projet évoquait la distinction "entre principe de valeur constitutionnelle, directement applicable et invocable par les citoyens devant le juge, et objectif de valeur constitutionnelle, qui, bien que s'imposant au législateur, réclame son intervention et n'est pas directement invocable"¹³⁷⁵. Il faut noter ici qu'un glissement s'est opéré entre la notion de "règle" constitutionnelle évoquée dans le rapport de la Commission des lois, remplacée ici par celle de "principe", ce qui permet de justifier que seul l'article 5 consacré à la précaution soit revêtu de ce qualificatif, qui prend ici le sens de "norme constitutionnelle directement invocable devant les juridictions ordinaires". De même, la notion initiale "d'objectif constitutionnel" est remplacée dans les débats par celle "d'objectif à valeur constitutionnelle" – ce qui entretient une confusion dommageable¹³⁷⁶ avec les

résultat et peuvent être applicables en elles mêmes", Audition sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, op.cit., page 2.

¹³⁷⁰ "Les considérants figurant dans la Charte auront la valeur que le Conseil constitutionnel décidera de leur attribuer ; tout ce qui est écrit dans la Constitution est susceptible d'avoir des conséquences juridiques. C'est ainsi que le principe de dignité humaine a été tiré d'une phrase du Préambule de 1946 qui avait initialement une portée purement historique. Par conséquent, le Constituant a tout intérêt à indiquer expressément la valeur des exigences qui y figurent", **G. CARCASSONNE**, Ibid.

¹³⁷¹ "Délimiter les règles et les objectifs de valeur constitutionnelle est une tâche hasardeuse, sinon impossible. Il est sans doute plus opératoire de distinguer l'article 5 – qui contient une règle d'effet direct, à savoir le principe de précaution – des autres articles, dont l'effet est seulement indirect, puisqu'il suppose la médiation de la loi", **D. CHAGNOLLAUD**, Ibid.

¹³⁷² Ibid.

¹³⁷³ Ibid.

¹³⁷⁴ "Les considérants figurant dans la Charte auront la valeur que le Conseil constitutionnel décidera de leur attribuer ; tout ce qui est écrit dans la Constitution est susceptible d'avoir des conséquences juridiques. C'est ainsi que le principe de dignité humaine a été tiré d'une phrase du Préambule de 1946 qui avait initialement une portée purement historique", **G. CARCASSONNE** : "Audition sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement (n°992)", op. cit, page 5.

¹³⁷⁵ **N. KOSCIUSKO-MORIZET**, Assemblée Nationale, Discussion du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, 25 mai 2004.

¹³⁷⁶ Relevée en ces termes par **M. PRIEUR** : "Une fâcheuse confusion sémantique a été introduite dans le débat sur la Charte. Certains constitutionnalistes avisés ont critiqué la Charte sous prétexte qu'elle ne distingue pas clairement les principes des objectifs à valeur constitutionnelle, introduisant ainsi dans l'esprit de non juristes spécialistes du droit constitutionnel une confusion entre des objectifs au sens commun, et des 'objectifs de valeur constitutionnelle' au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel" in "Les conséquences juridiques de la Charte constitutionnelle de l'environnement", op. cit., page 9.

normes "quasi jurisprudentielles" usuellement désignées par cette catégorie¹³⁷⁷ – qui désigne les normes qui, tout en s'imposant au législateur dans le cadre du contentieux constitutionnel, réclament des développements législatifs pour être directement invocables devant les juridictions ordinaires. Une fois passée au crible de cette distinction de portée purement indicative, la Charte ne comporterait plus donc selon la rapporteure du projet de loi qu'un seul principe directement invocable : le principe de précaution¹³⁷⁸.

Ces considérations qui confinent à la stratégie rédactionnelle, et qui anticipent la jurisprudence, n'auront de valeur qu'en cas de recours des juridictions ordinaires à l'interprétation génétique. Or l'expérience a montré pour les principes issus du Préambule de 1946 – droits créances par excellence – que cette jurisprudence n'était pas basée sur des critères prévisibles.

2 – La portée de cette distinction au regard de la jurisprudence des juridictions ordinaires.

La tentation est grande d'analyser cette distinction comme un moyen de rassurer le pouvoir constituant et de minimiser les conséquences contentieuses de la Charte. Pourtant malgré un certain flou terminologique il faut reconnaître que cette distinction opérée au sein des normes figurant dans la Charte, si elle demeure totalement indicative au regard de la liberté du Conseil constitutionnel et des juridictions ordinaires – qui se contrediront d'ailleurs éventuellement – peut être rattachée à certaines réalités juridiques et sociologiques indéniables. Certaines constitutions étrangères établissent en effet de telles distinctions au sein des droits fondamentaux qu'elles consacrent. Ainsi, comme le constate Louis Favoreu l'article 53 de la constitution espagnole précise que "les principes directeurs de la politique sociale et économique (...) inspireront la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics ; mais ils ne pourront être allégués devant la juridiction ordinaire que conformément aux dispositions de loi qui les développent"¹³⁷⁹. Autre variante terminologique du concept de norme "programmative", la notion de principe directeur vient signifier ici que ces normes nécessitent pour être invocables devant un juge ordinaire d'avoir été préalablement développées par le législateur.

La jurisprudence du Conseil d'État français au regard des alinéas du Préambule de 1946 atteste de la réalité de cette dichotomie, qui ne repose toutefois que sur un très vague critère de "précision" des textes et donne lieu à des solutions très imprévisibles. Le Conseil d'État a déjà été en effet amené à se

¹³⁷⁷ Bien que les "objectifs à valeur constitutionnelle" soient également reconnus comme des normes dénuées d'effet direct, c'est à dire non invocables par un particulier devant un juge ordinaire (voir dans ce sens **B. MATHIEU et M. VERPEAUX** : "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", op.cit., page 276, ils se distinguent néanmoins des dispositions qualifiées comme telles dans la Charte par leur caractère non écrit, puisqu'ils sont dérivés des textes par le juge, voir supra page 59.

¹³⁷⁸ "Ne relève de la notion de principe, dans le dispositif proposé à notre appréciation, que l'article 5 relatif à la précaution", **N. KOSCIUSKO-MORIZET**, "Discussion du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", op. cit., page 45.

¹³⁷⁹ Cité par **L. FAVOREU (dir.)** : "Droit des libertés fondamentales", Précis DALLOZ, Paris, 2000, page 150.

prononcer sur l'invocabilité directe des dispositions du Préambule dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Comme le souligne René Chapus, même si la valeur pleinement constitutionnelle de ce texte est reconnue dans son ensemble par le Conseil d'État¹³⁸⁰, "(...) cela ne signifie pas toutefois qu'il n'y ait lieu à aucune distinction entre les dispositions du Préambule. Certaines sont suffisamment précises pour être susceptibles d'être appliquées telles qu'elles et de servir de base à une action en justice. D'autres ne sauraient au contraire être utilisables qu'après avoir été précisées par une loi d'application"¹³⁸¹. Malheureusement ce critère de la "précision" des textes qui préside à l'évaluation de la juridicité des principes n'est pas suffisamment consolidé pour donner lieu à une analyse classificatoire *ex ante* des articles de la Charte. En effet, comme le souligne toujours René Chapus la position du Conseil d'État n'est pas exempte de paradoxes puisqu'il a pu considérer comme étant d'applicabilité directe le principe selon lequel "la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"¹³⁸² et refuser cette possibilité au principe selon lequel "la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges qui résultent des calamités nationales"¹³⁸³, pourtant plus précis en apparence. A ainsi été jugé applicable directement l'alinéa II du Préambule de 1946 selon lequel "la nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs"¹³⁸⁴, et inapplicable faute de précision le principe de droit d'asile figurant à l'alinéa 4 du même Préambule¹³⁸⁵. En outre sur un plan de sociologie juridique, il faut relever que cette notion de "précision" des textes constitutionnels comme critère de leur invocabilité fait partie des réflexes de nombreux commissaires du gouvernement, notamment dans le contentieux du référé-liberté. En témoignent ces propos de la commissaire du gouvernement Isabelle De Silva sous l'arrêt du Conseil d'État "*Tliba*" : "C'est notamment en fonction de la formulation de la règle que vous pourrez vous déterminer. Lorsque le droit est formulé en termes très généraux, ou implique une obligation de l'État dont on cerne difficilement les contours ou encore s'apparente à une déclaration d'intention, nous songeons au *droit à l'emploi* ou au *principe d'égalité devant les charges résultant des calamités nationales*, il est fort improbable que vous puissiez reconnaître

¹³⁸⁰ Voir CE Section, 12 février 1960, "*Société Eky*", recueil page 101.

¹³⁸¹ R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 43.

¹³⁸² Cette disposition (alinéa 10 du Préambule de 1946) étant de nature à justifier l'annulation d'un décret limitant les possibilités de regroupement familial des étrangers ayant en France une résidence stable et régulière, voir CE Assemblée, 8 décembre 1978, "*Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres (GISTI), CFDT et CGT*", Recueil page 493, cité par R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 43.

¹³⁸³ Le Conseil d'État précise que cette disposition ne peut être invoquée à l'encontre d'un acte tant qu'une loi n'aurait pas précisé ses modalités d'application, CE, 10 décembre 1962, "*Société indochinoise de constructions électriques*", Recueil page 676, cité par R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 43.

¹³⁸⁴ Voir CE, 30 avril 1997, "*Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*", et spécialement le considérant n° 8 "Considérant que l'instauration d'un objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales n'est pas, en elle-même, contraire au principe de protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...), qui implique toutefois que l'objectif soit fixé à un niveau compatible avec la couverture des besoins sanitaires de la population", Recueil page 174, *RFDA* 1997, page 481.

¹³⁸⁵ Voir Conseil d'État, 27 septembre 1985, "*France terre d'asile*", Recueil page 263, cité par R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 44.

l'existence d'une atteinte grave et personnelle à celui-ci"¹³⁸⁶, ainsi que ceux de la commissaire du gouvernement Pascale Fombeur au sujet du cinquième alinéa du Préambule de 1946 consacré au "devoir de travailler et au droit d'obtenir un emploi" : "Le Conseil constitutionnel (...) a rangé le droit à l'emploi parmi les droits et libertés fondamentaux reconnus aux salariés (...); mais il ne s'agit que d'une finalité imposée au législateur (...). Le droit à l'emploi, à l'évidence, n'est pas un droit dont on pourrait directement revendiquer le bénéfice devant une juridiction ordinaire"¹³⁸⁷.

De la même manière, et pour en venir au champ judiciaire, la plupart des chambres de la Cour de cassation ont eu à se prononcer sur la violation d'un droit fondamental garanti par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou du Préambule de 1946 invoqués comme moyen de cassation dans un litige entre particuliers. La chambre sociale par exemple, sanctionne de manière récurrente la violation de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 concernant le droit de grève, ou celle des alinéas 6 et 8 protégeant la liberté syndicale. L'exemple du droit de grève étant particulièrement éclairant puisque sa rédaction ("Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent") pourrait justement laisser croire qu'en dehors d'une loi qui le met en œuvre il n'est pas directement invocable. Or la Chambre sociale a déjà cassé des jugements au seul motif de la violation de cet alinéa du Préambule, indépendamment de toute loi de mise en œuvre¹³⁸⁸. La chambre criminelle casse et annule quant à elle de nombreux jugements pour violation des principes de légalité et de nécessité des peines de l'article 8 de la Déclaration de 1789. La chambre civile sanctionne de la même manière la violation de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789, et la chambre commerciale a pu casser et annuler un jugement qui n'avait pas respecté le principe de légalité des délits et des peines.

Jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel "Interruption volontaire de grossesse"¹³⁸⁹ certaines normes de la Constitution française, notamment les "droits-créances" du Préambule de 1946, étaient considérées comme trop imprécises pour être applicables directement¹³⁹⁰. Cette décision allait pourtant affirmer que toutes les dispositions du préambule sont directement applicables, et ce quelle que soit la généralité de leur formulation¹³⁹¹. La doctrine admet usuellement aujourd'hui qu'il est impossible de justifier une quelconque hiérarchisation, qu'elle soit formelle ou matérielle, entre les normes du bloc de

¹³⁸⁶ **I. DE SILVA**, Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 octobre 2001, "*Ministre de l'intérieur contre Mme Tliba*", *RFDA*, 2002, page 329.

¹³⁸⁷ **P. FOMBEUR**, Conclusions sur Conseil d'État, Section, 28 février 2001, "*Casanovas*", *RFDA*, 2001, page 402.

¹³⁸⁸ Et pour cause, une telle loi n'existait pas au moment de cet arrêt, comme le souligne Bertrand Mathieu : "La Cour de cassation, faute d'une législation relative à l'exercice du droit de grève, s'est légitimement référée au texte constitutionnel. (...) Le raisonnement est le suivant : les salariés sont titulaires du droit de grève qui est reconnu par la Constitution, seule la loi peut, en vertu de la Constitution, réglementer l'exercice du droit de grève, donc la convention collective est inapte à opérer une limitation ou une réglementation du droit de grève", **B. MATHIEU**, note sous Cour de cassation, Chambre sociale, 7 juin 1995, "*SA Transports Sérout c/Beillevaire et autres*", *Dalloz* 1996, *Jurisprudence*, page 75.

¹³⁸⁹ Décision 74-54 DC du Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, *JO* 16 janvier 1975, page 671.

¹³⁹⁰ "(...) le caractère imprécis de certaines dispositions du Préambule de 1946 avait déjà fait douter du caractère impératif des prescriptions qu'il contenait", **L. FAVOREU, L. PHILIP** : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", *op. cit.*, page 247.

¹³⁹¹ "(...) le conseil constitutionnel admet l'invocabilité et l'applicabilité des divers alinéa du préambule, sans faire un tri entre eux, comme avait pu le faire le Conseil d'État", *Ibid.*, page 323.

constitutionnalité, qu'elles soient invoquées dans le contentieux constitutionnel ou dans le contentieux administratif¹³⁹². Ainsi, de la même manière que le Conseil constitutionnel a infirmé la thèse de la suprématie du droit de propriété au sein de la Déclaration des droits de l'homme de 1789¹³⁹³, il pourrait fort bien lors des premières décisions relatives à la Charte mettre toutes ses dispositions au même plan, non seulement entre elles mais aussi vis à vis des droits fondamentaux déjà constitutionnalisés.

La jurisprudence des juridictions ordinaires semble donc infirmer par avance toute tentative de distinguer au sein de la Charte des principes invocables directement et des principes simplement opposables au législateur¹³⁹⁴. Mais une analyse plus fine peut être proposée ici, à titre prospectif, qui tenterait de comparer la forme rédactionnelle des principes de la Charte avec ceux du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789 qui sont couramment appliqués par le Conseil d'État et la Cour de cassation.

B – L'applicabilité directe des articles de la Charte au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des actes administratifs.

Le Conseil d'État applique très couramment une série de dispositions constitutionnelles issues du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789, à la fois dans le contentieux de l'excès de pouvoir (1), et dans celui du référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (2). Les dispositions dont l'application est couramment reconnue dans ces deux contextes seront, dans un but prospectif, livrées à une comparaison avec les principes de la Charte (3).

¹³⁹² Voir par exemple sur ce dernier point **R. CHAPUS** : "Entre les dispositions directement applicables et celles qui ne le sont pas il n'y a pas (contrairement à une opinion largement répandue) de différence de valeur juridique. Affirmerait-on une telle différence s'agissant des dispositions non directement applicables contenues dans le corps même de la Constitution ? (...). Il serait bien étrange que les dispositions d'application aient la vertu de conférer valeur juridique à un principe qui n'aurait qu'une portée politique" *in* "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 44.

¹³⁹³ Voir la décision N°81-132 DC du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 dite "Loi de nationalisation" : "les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique, et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique", JO, 17 janvier 1982, page 799.

¹³⁹⁴ La doctrine confirme ce constant depuis longtemps, voir par exemple la remarque formulée par Louis Favoreu : "Toutes les normes constitutionnelles sont d'application directe et n'ont pas besoin du relais de la loi pour être rendues 'opérationnelles'. Les formulations considérées, il y a encore une quinzaine d'années, comme trop vagues pour être 'déterminantes sans prolongement législatif' (par exemple 'la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement'), sont aujourd'hui non seulement directement appliquées par le juge ordinaire mais leur violation peut même fonder une annulation pour excès de pouvoir [...]", **L. FAVOREU** : "La constitutionnalisation du droit", op. cit., page 185.

1 – Les principes constitutionnels appliqués par le Conseil d'État dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Dans sa mission de contrôle des actes de l'administration le juge administratif est amené, sous certaines réserves liées notamment à la théorie de "l'écran législatif", à en contrôler la constitutionnalité¹³⁹⁵. Parmi les normes de référence de ce contrôle figurent les dispositions du préambule de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³⁹⁶, et figureront – au moins théoriquement – les principes de la Charte de 2005. Lorsque l'on sait l'importance du contentieux administratif de l'environnement, il n'est pas difficile de prédire une forte recrudescence de l'invocation des moyens d'inconstitutionnalité devant les juridictions administratives dès l'adoption de la Charte. Or le juge administratif est également l'interprète des dispositions constitutionnelles, et devra confirmer ou infirmer, en déclarant tel ou tel moyen irrecevable, la thèse de la non invocabilité directe des principes de la Charte hormis le principe de précaution de l'article 5.

Force est de constater, en se basant sur l'analyse des arrêts du Conseil d'État durant la dernière décennie¹³⁹⁷, que les principes contenus dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et dans le Préambule de 1946 sont devenus des moyens d'annulation très couramment invoqués et très couramment utilisés par le juge dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Si les annulations d'actes administratifs sont relativement rares, même si certaines sont spectaculaires¹³⁹⁸, l'examen par le juge du moyen d'inconstitutionnalité pour violation d'un principe de la Déclaration ou du Préambule est présent dans de très nombreux arrêts. Il faut rappeler également que cette invocation n'est examinée par le juge que sous réserve que l'acte contesté ne soit pas la simple mesure d'application d'une loi, auquel cas la théorie de l'écran législatif lui empêche de se livrer à tout examen qui s'apparenterait à un contrôle de constitutionnalité des lois¹³⁹⁹. En dehors de cette hypothèse sont couramment examinés par le juge les moyens basés sur le non respect des principes du Préambule de

¹³⁹⁵ R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 31.

¹³⁹⁶ Sur la question de l'application du Préambule de la Constitution de 1958 et des textes auxquels ils font référence par le Conseil d'État voir R. CHAPUS : "Droit administratif général", Tome 1, op. cit., page 41.

¹³⁹⁷ Analyse réalisée à partir de la base de données Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁹⁸ Voir par exemple la confirmation par le Conseil d'État de l'annulation d'une décision d'un Recteur d'académie refusant le recrutement d'un professeur de sexe féminin à un poste d'enseignant spécialisé dans une maison d'arrêt pour non respect du principe d'égalité des sexes de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 : "il ne résulte pas des pièces du dossier que les conditions dans lesquelles sont exercées les fonctions auxquelles prétendait Mme Buret fussent telles qu'elles ne pouvaient être confiées à un agent du sexe féminin ; que, dans ces conditions la décision litigieuse est fondée sur un motif entaché d'erreur de droit", Conseil d'État, "*Ministre de l'Éducation nationale*", 7 décembre 1990, N°96209, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹³⁹⁹ Voir pour un exemple de formule invoquant cette théorie pour passer outre l'examen du moyen d'inconstitutionnalité invoqué : "Considérant qu'en invoquant la violation de principes constitutionnels exprimés (...) dans le 13ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...) le syndicat requérant met en réalité en cause une prétendue méconnaissance de principes par les dispositions législatives sur le fondement et pour l'application desquelles le décret attaqué a été pris ; que, dès lors, les moyens ainsi soulevés sont inopérants, Conseil d'État, "*Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*", 18 novembre 1998, N°170647, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

1946 suivants : droit de grève de l'alinéa 7¹⁴⁰⁰, le principe de protection de la santé de l'alinéa 11¹⁴⁰¹, le principe de l'égal accès à l'instruction de l'alinéa 13¹⁴⁰², le principe de liberté syndicale de l'alinéa 6¹⁴⁰³, le principe de gratuité de l'enseignement public de l'alinéa 13¹⁴⁰⁴, le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence de l'alinéa 11¹⁴⁰⁵. Ont été jugés en revanche non invocables en l'absence de loi précisant leurs modalités d'application les principes "d'égalité devant les charges résultant des calamités nationales" de l'alinéa 12¹⁴⁰⁶ et le principe de droit d'asile de l'alinéa 4¹⁴⁰⁷. Le principe de développement de la famille posé par l'alinéa 10 du Préambule de 1946 illustre quant à lui les hésitations du Conseil d'État au regard de la notion d'invocabilité directe. En effet, dans un arrêt du 29 juillet 2002 il déclarait que "le principe posé par les dispositions du dixième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...) ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. X... ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions"¹⁴⁰⁸. Cette formule est usuellement employée pour opposer aux requérants la non invocabilité de la disposition en cause. Or, dans un arrêt du 30 juin 2003 rendu par les deuxième et troisième sous-sections réunies il semble contredire cette position – en suivant d'ailleurs le fil de sa jurisprudence antérieure, et notamment le célèbre arrêt "GISTI" du 8 décembre 1978 – en contrôlant la constitutionnalité d'une ordonnance à la même disposition du Préambule en précisant que "l'instauration d'un plafond pour le versement de prestations ayant pour objet d'apporter une aide financière à toute personne ayant des enfants à charge n'est pas, en elle-même, contraire aux dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946"¹⁴⁰⁹.

Les principes de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen connaissent à peu près le même succès jurisprudentiel, puisque sont examinés notamment par le juge les moyens basés sur le non respect des principes d'égal accès aux emplois publics de l'article 6¹⁴¹⁰, de légalité des délits et des

¹⁴⁰⁰ Voir par exemple, Conseil d'État, 13 novembre 1992, "*Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*", N° 83177, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰¹ Voir par exemple, Conseil d'État, 30 avril 1997, "*Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*", N°180299, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰² Voir par exemple, Conseil d'État, 15 juillet 2004, N°245367, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/> ; et Conseil d'État, 15 mai 1995, "*Jean-Paul Rault*", N°152417, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰³ Voir par exemple Conseil d'État, 30 juin 2003, "*Mouvement des entreprises de France*", N°248347, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰⁴ Voir par exemple Conseil d'État, 19 octobre 2001, "*Université de la méditerranée (Aix-Marseille II)*", N°211491, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰⁵ Voir par exemple Conseil d'État, 5 mai 2000, "*Mr Pinault*", N°205043, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰⁶ Voir par exemple Conseil d'État, 22 janvier 1997, "*Société hôtelière de l'Anse heureuse*", N°175215, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰⁷ Voir par exemple Conseil d'État, "*France terre d'asile*", op. cit.

¹⁴⁰⁸ Conseil d'État, 29 juillet 2002, N°234329, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁰⁹ Conseil d'État, 30 juin 2003, N°246590, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹⁰ Voir par exemple Conseil d'État, 29 janvier 2003, "*Association de anciens élèves de l'École Nationale d'Administration*", N°237394, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

peines posé à l'article 7¹⁴¹¹, de liberté d'opinion et de religion posé à l'article 10¹⁴¹², de liberté de communication posée à l'article 11¹⁴¹³, de présomption d'innocence posé à l'article 9¹⁴¹⁴, d'égalité devant l'impôt posé par l'article 13¹⁴¹⁵.

Il y a lieu de noter à la lecture de ces arrêts que le Conseil d'État a pu utiliser pour appliquer les principes du Préambule au contentieux de la légalité des actes administratifs la méthode des principes généraux du droit. Dans cette hypothèse il procède à leur application *non en tant que norme constitutionnelle, mais en tant que principe général du droit dérivé des textes constitutionnels*¹⁴¹⁶. Dans ce dernier cas le Préambule n'est plus pour lui qu'une simple source d'inspiration, la manifestation isolée d'un principe "supérieur"¹⁴¹⁷, le principe général du droit qui en est dérivé pouvant alors recevoir une formulation légèrement différente¹⁴¹⁸. À ce titre il faut admettre que les principes de la Charte pourront vraisemblablement, en fonction des cas qui se présenteront à la jurisprudence, bénéficier de ces traitements divers. L'histoire juridictionnelle, déjà assez fournie, du principe ou de "l'approche" de précaution devant cette juridiction, pourrait accréditer la thèse de l'émergence d'un principe général du droit dont l'article 5 de la Charte de l'environnement ne serait qu'une nouvelle manifestation.

2 – Les principes constitutionnels appliqués par le Conseil d'État dans le cadre du "référé-liberté" de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative.

Créée par une loi du 30 juin 2000, la procédure de référé en sauvegarde d'une liberté fondamentale est posée par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative¹⁴¹⁹. La notion de "liberté

¹⁴¹¹ Voir par exemple Conseil d'État, 15 novembre 2002, N°241856, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹² Voir par exemple Conseil d'État, 26 juillet 1996, "*Université de Lille II*", N°170106 ; et Conseil d'État, 4 novembre 1994, "*Fédération CGT des services publics*", N°121313, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹³ Voir par exemple Conseil d'État, 27 mars 1996, "*Simonnet*", N° 129004, Recours en appréciation de validité, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹⁴ Voir par exemple Conseil d'État, 18 février 2004, "*Rabah*", N°250908, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹⁵ Voir par exemple Conseil d'État, 27 septembre 1993, "*Nougues*", N°95173 ; et Conseil d'État, 28 Mars 1997, "*Société Baxter et autres*", N°179049, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴¹⁶ Comme c'est le cas dans l'arrêt "*GISTI*" du 8 décembre 1978 précité, où le Conseil précise "qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...), que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale".

¹⁴¹⁷ "Dans la décision GISTI, le Conseil d'État en faisant référence aux principes généraux du droit semble avoir admis expressément l'existence d'un corps autonome de règles supérieures, qui se situe au dessus du droit écrit positif, et dont le juge extrait en quelque sorte un principe général à caractère particulier. Ce principe peut toutefois trouver un appui dans des dispositions écrites, comme en l'espèce, dans le Préambule de la Constitution de 1946", M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS : "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", op. cit., page 638.

¹⁴¹⁸ Ce fut précisément le cas dans l'arrêt GISTI précité, où le Conseil d'État ne reprit pas l'expression constitutionnelle du principe qui mentionne le développement de la famille, mais "consacra de manière prétorienne l'existence d'un droit plus large, celui de mener une vie familiale normale qui comporte, en particulier, la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs", *ibid*, page 639.

¹⁴¹⁹ "Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice

fondamentale" qui est au centre de cette procédure n'a fait l'objet, pour l'instant, d'aucune définition par le Conseil d'État¹⁴²⁰, et c'est une approche empirique¹⁴²¹ qui s'impose pour établir une liste des principes constitutionnels ayant été considérés comme tels par le juge des référés¹⁴²². Le premier de ces principes fut la "libre administration des collectivités territoriales", mais il figure dans la Constitution elle-même¹⁴²³, ce qui ne facilite pas la comparaison avec les principes d'une Charte qui aura la même valeur que le Préambule de 1946 et la Déclaration de 1789. Le premier principe issu des documents mentionnés par le Préambule fut le droit d'asile protégé par l'alinéa 4 du Préambule de 1946¹⁴²⁴, puis le droit de grève de l'alinéa 7¹⁴²⁵ et le "droit à l'éducation des enfants" de l'alinéa 13¹⁴²⁶. Figurent parmi les libertés fondamentales protégées par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 la liberté d'opinions de l'article 10¹⁴²⁷.

Les principes dont la consécration au titre de cet article a été refusée ne constituaient, selon René Chapus, pas réellement des libertés, et surtout ne possédaient pas de lien avec l'une d'entre elles¹⁴²⁸. Il s'agit du "droit à un congé de formation-mobilité"¹⁴²⁹, du "droit de pratiquer un sport et de participer à des compétitions sportives"¹⁴³⁰, du "droit de ne pas être illégalement licencié pour insuffisance professionnelle"¹⁴³¹. Mais il s'agit également de la continuité des services publics ou de l'égalité des usagers devant le service public¹⁴³².

3 – Le Conseil d'État et les principes de la Charte de l'environnement : essai d'analyse prospective

Si la réception des principes dans le cadre du recours pour excès de pouvoir ne semble pas soulever d'obstacles décisifs (a), la question du référé-liberté est en revanche un peu plus épineuse (b).

d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures".

¹⁴²⁰ G. GLÉNARD : "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du Code de justice administrative", *AJDA*, 2003, page 2008.

¹⁴²¹ R. CHAPUS : "Droit du contentieux administratif", *op. cit.*, page 1289.

¹⁴²² "Est une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 ce que le juge des référés a reconnu comme telle", G. BACHELIER : "Le référé-liberté", *RFDA*, 2002, page 263.

¹⁴²³ Voir Conseil d'État, Section, 18 janvier 2001, "*Commune de Venelles et Morbelli*", Recueil, page 153.

¹⁴²⁴ Voir Conseil d'État, 12 janvier 2001, "*Mme Hyacinthe*", N°229039, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://.legifrance.gouv.fr>, et Conseil d'État, 12 novembre 2001, "*Mme Farhoud*", N°239792, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://.legifrance.gouv.fr>

¹⁴²⁵ Voir Tribunal administratif de Nantes, 2 avril 2001, "*Syndicat Sud CRC... de Loire Atlantique*", *DA* 2001, n°155-1, note T.-A. DAVID.

¹⁴²⁶ Voir Tribunal Administratif de Paris, 30 janvier 2001, "*Mme Ben Ayed*", *DA* 2001 n°102-3.

¹⁴²⁷ Voir Conseil d'État, Section, 28 février 2001, "*Casanovas*", précité.

¹⁴²⁸ R. CHAPUS : "Droit du contentieux administratif", *op. cit.*, page 1292.

¹⁴²⁹ Conseil d'État, 28 mai 2001, "*Raut*", N°230888, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://.legifrance.gouv.fr>

¹⁴³⁰ Conseil d'État, 22 octobre 2001, "*Caillat et autres*", N°238204, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://.legifrance.gouv.fr>

¹⁴³¹ Conseil d'État, Section, 28 février 2001, "*Casanovas*", précité.

¹⁴³² Voir Conseil d'État, Ordonnance de référé du 31 janvier 2001, "*Commune de Saint-Laurent--du-Var*", N°229644 (références ?)

a - Les principes de la Charte dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Vu la quantité et la variété rédactionnelle des principes constitutionnels utilisés par le Conseil d'État dans le cadre du contrôle des actes administratifs, le refus d'appliquer directement les principes de la Charte dans un contexte similaire ne semble pas pouvoir être basé sur des motivations formelles qui pointeraient par exemple leur manque de précision. Ainsi l'article 7 de la Charte qui précise que "Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement", ne semble-t-il pas moins précis que l'alinéa 13 du Préambule de 1946 selon lequel "La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État". Certes le principe de la Charte mentionne expressément la nécessité d'un développement législatif pour être invocable, mais cette mention figure pourtant également au sein de principes constitutionnels qui ont néanmoins été appliqués par le Conseil d'État. Tel est le cas par exemple du droit de grève de l'alinéa 7 du Préambule de 1946, de l'égalité des sexes posée à l'alinéa 3.

Seules des considérations matérielles, d'autant plus difficiles à justifier que seul le critère de l'imprécision a permis pour l'instant d'en rejeter certains, pourraient donc empêcher les moyens basés sur les articles de la Charte de mars 2005 d'être examinés par le Conseil d'État. Il faut préciser effectivement ici que, contrairement au contexte du référé-liberté, où la notion de "liberté fondamentale" a permis au Conseil d'État de faire un tri parmi les dispositions constitutionnelles invoquées par les requérants, celui du contrôle de légalité des actes administratifs ne fournit pas de critère permettant d'opérer une sélection objective parmi les dispositions invoquées.

b - Les principes de la Charte : libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ?

Parmi les conditions cumulatives de mise en œuvre du référé-liberté (demande justifiée par l'urgence, atteinte grave et manifestement illicite portée à une liberté fondamentale¹⁴³³) l'on se penchera essentiellement sur la dernière. Les deux autres ne semblant pas présenter *a priori* d'incompatibilités radicales avec le domaine de l'environnement. Une question donc retiendra ici toute l'attention : les principes de la Charte de mars 2005 peuvent-ils être assimilés à des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ? Un premier indice de l'ouverture du Conseil d'État en la matière réside dans son ordonnance du 18 Janvier 2001 "Commune

¹⁴³³ Voir G. BACHELIER : "Le référé-liberté", *op. cit.*, page 262.

de Venelles et Morbelli" dans laquelle il considéra comme une "liberté fondamentale à laquelle le législateur a entendu donner une protection particulière" le principe de libre administration des collectivités locales figurant à l'article 72 de la Constitution¹⁴³⁴. Un second indice réside dans le caractère pragmatique de la mise en œuvre de la notion de liberté fondamentale, le Conseil d'État ne précisant pas les critères qu'il s'applique à lui-même, et n'étant donc pas "prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit"¹⁴³⁵. Deux caractères apparaissent pourtant à la lecture des ordonnances de référé. D'une part la liberté ou le droit en cause doit être "éminent", d'autre part la protection constitutionnelle de la liberté en cause n'est ni un facteur nécessaire, ni un facteur suffisant pour déterminer sa "fondamentalité"¹⁴³⁶.

La méthode "impressionniste"¹⁴³⁷ retenue par le Conseil d'État pour alimenter cette catégorie des libertés fondamentales invocables dans le cadre de référé du même nom, rend très difficile toute prévision sur le sort réservé aux principes environnementaux de la Charte de 2005. Mais elle devrait également empêcher toute interprétation trop restrictive, puisque de la même manière que le Conseil a surpris dans son ordonnance "Commune de Venelles et Morbelli" en considérant comme liberté fondamentale un principe ne s'appliquant qu'aux personnes morales et à leurs organes¹⁴³⁸, il pourrait tout à fait, en perpétuant cette "approche très moderne"¹⁴³⁹ des libertés fondamentales y intégrer au cas par cas les principes environnementaux¹⁴⁴⁰. La question demeure pourtant des principes de la Charte qui pourraient donner prise à la mise en œuvre de l'article L. 521-2. Si l'on s'en tient à la volonté des constituants, seul le principe de précaution serait directement invocable devant un juge ordinaire, mais le Conseil d'État ne s'en tiendra probablement pas à ces considérations et appliquera vraisemblablement ses propres critères.

Ces critères, tels qu'ils ressortent à la lecture des ordonnances du Conseil d'État et des analyses doctrinales¹⁴⁴¹, sont au nombre de trois. Tout d'abord il faut que soit *mise en cause une liberté*, ce terme étant entendu dans un sens assez large, puisque qu'il peut très bien s'agir d'un "droit"¹⁴⁴², comme ce fut le cas par exemple pour le droit de propriété et le droit d'asile. Il faut ensuite que cette liberté soit *invocable* par le requérant, le contentieux pouvant, comme l'a montré l'ordonnance "Tibéri" être de

¹⁴³⁴ M. GUYOMAR et P. COLLIN : "Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel", Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 2001, page 154

¹⁴³⁵ Ibid., page 263.

¹⁴³⁶ G. GLÉNARD : "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative", op. cit., page 2014.

¹⁴³⁷ Ibid., page 2017.

¹⁴³⁸ L. FAVOREU : "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", DALLOZ, 2001, page 1742.

¹⁴³⁹ L. FAVOREU, Ibid., page 1740.

¹⁴⁴⁰ Pour une opinion contraire voir Y. JÉGOUZO et F. LOLOUM : "Il paraît peu probable que les droits reconnus par la Charte soient regardés comme constitutifs de libertés fondamentales invocables dans la procédure de référé-liberté" in "La portée juridique de la Charte de l'environnement", *Droit Administratif*, mars 2004, page 8.

¹⁴⁴¹ G. GLÉNARD : "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative", op. cit, page 2010 et s...

¹⁴⁴² L. FAVOREU, article précité, page 1740.

nature purement horizontale¹⁴⁴³. Enfin il faut que cette liberté possède un caractère "éminent"¹⁴⁴⁴, ou tout au moins que le droit invoqué par le requérant soit rattaché à une liberté éminente, comme ce fut le cas par exemple pour la "libre disposition de ses biens par un propriétaire", rattachable au droit de propriété de la Déclaration de 1789¹⁴⁴⁵.

Les principes de la Charte peuvent-ils être *mis en cause en tant que "libertés"* ? Très peu d'entre eux sont libellés en ces termes, davantage en revanche le sont en termes de "droit", ce qui n'est pas rédhibitoire pour le Conseil d'État. Si l'on s'en tient donc strictement aux textes qui confèrent un "droit" il faut se limiter aux articles 1^{er}¹⁴⁴⁶ et 7¹⁴⁴⁷, et encore ce dernier article affichant la nécessité d'une déclinaison législative, mais l'on a vu que cet obstacle rédactionnel n'avait pas empêché le Conseil d'État de considérer le droit de grève comme une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2. Au prix d'une lecture systémique de la Charte il est possible de considérer l'article 1^{er} comme une liberté fondamentale, à laquelle pourront être rattachés les autres articles dans le cadre de la procédure de référé¹⁴⁴⁸. Ainsi par exemple le non respect du principe de précaution par l'administration autorisant illégalement la mise sur le marché d'un produit faisant courir un danger imminent (condition d'urgence) à la santé d'un administré, pourrait-il être considéré par le juge comme une atteinte "grave et illégale" à la liberté fondamentale de "vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé". Il pourrait en être ainsi, par rattachement, de la plupart des droits et devoirs de la Charte sous réserve que soit prouvée l'atteinte à cette liberté fondamentale par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public : défaut de contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement (article 4), défaut de prévention des atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement (article 3), défaut d'organisation de l'accès à l'information relative à l'environnement (article 7), défaut d'organisation de la participation à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement (article 7).

La question de *l'invocabilité* de cette liberté par le requérant doit s'apprécier par rapport aux critères du Conseil d'État, qui sont liés à la "précision" des textes invoqués. Sous cet angle c'est la liberté de "vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé" qui doit être examinée, puisque les autres principes de la Charte y seront vraisemblablement rattachés. Les critères de précision qu'une

¹⁴⁴³ "Implicitement, l'effet horizontal du pluralisme, considéré comme une liberté fondamentale, est donc admis, même si cet effet ne peut se produire qu'à travers la médiation d'une personne publique", en l'occurrence il s'agissait du Conseil supérieur de l'audiovisuel, R. GHÉVONTIAN : note sous Conseil d'État, 24 février 2001, "Tibéri", DALLOZ, 2001, page 1751.

¹⁴⁴⁴ G. BACHELIER : "Le référé-liberté", op. cit., page 263.

¹⁴⁴⁵ Voir Conseil d'État, ordonnance du 23 mars 2001, "Société Lidl", BJD 2/2001, page 111.

¹⁴⁴⁶ "Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé".

¹⁴⁴⁷ "Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement".

¹⁴⁴⁸ Et en partant du principe, admis par la doctrine, que l'application de l'article L. 521-2 est subordonnée à la mise en cause "au moins indirecte" d'une liberté, le Conseil d'État n'ayant pas hésité à "assimiler à une liberté les droits et les objectifs de valeur constitutionnelle lorsque la protection de ceux-ci conditionne le respect de celle-là", G. GLÉNARD : "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative", op. cit., page 2010.

norme doit remplir pour être directement invocable n'ayant jamais été livrés par le Conseil d'État, c'est par le biais de la comparaison qu'il est possible d'apprécier les chances de l'article 1^{er} de la Charte d'accéder au rang des libertés "invocables". Cet article est rédigé comme suit : "Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé". Si l'on prend la peine de comparer cette rédaction à celle des principes constitutionnels qui sont couramment admis par le Conseil d'État comme des "libertés fondamentales" dans le cadre du référé, rien ne semble *a priori* devoir l'empêcher d'être invocable, en tous cas sur le plan formel. En effet, ont été par exemple jugés comme tels l'alinéa 7 du Préambule de 1946 qui précise que "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'alinéa 4 qui précise que "Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République", ainsi que l'article 10 de la Déclaration de 1789 selon lequel "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". Deux de ces principes sont rédigés en termes de "droits", et le droit de grève opère même une référence explicite à la loi qui n'a pas empêché le Conseil d'État de le considérer comme directement invocable. L'absence d'invocabilité ne semble donc pas devoir être l'argument que pourrait invoquer le Conseil d'État pour refuser à l'article 1^{er} de la Charte l'accès au rang des libertés fondamentales de l'article L. 521-2.

L'*éminence*, de cette liberté pourrait poser en revanche davantage de difficultés. Il faut d'emblée préciser que la protection constitutionnelle n'est pas nécessairement pour le Conseil d'État un gage de "fondamentalité", même si "la succession des décisions rendues conduit cependant à constater qu'aucune liberté constitutionnellement garantie n'a été à ce jour écartée du champ d'application de l'article L.521-2"¹⁴⁴⁹. C'est donc surtout un critère matériel qui détermine l'*éminence* de la liberté "candidate" au référé. Or cette question est beaucoup plus complexe, puisque s'y intègre tout le débat sur la légitimité de la Charte, une partie des parlementaires ayant considéré que jamais un document tel que la Charte ne pourrait se hisser au rang de ses devanciers de 1946 et *a fortiori*, de 1789¹⁴⁵⁰. Ces considérations sont elles à même de justifier une hiérarchie matérielle entre les libertés contenues dans la Charte de 2005 et celles contenues dans le Préambule de 1946 ou la Déclaration de 1789 ? Si le critère de l'*éminence* d'une liberté fondamentale se nourrit de considérations historiques, au sens où certaines libertés ont été proclamées il y a plus de deux siècles, alors il y a tout à craindre pour le droit pour chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, qui ne possède pas cette préséance historique. Mais ce serait oublier pourtant que le Conseil constitutionnel n'a pas instauré de hiérarchie définitive entre les éléments du bloc de constitutionnalité auxquels renvoie le

¹⁴⁴⁹ G. GLÉNARD, article précité, page 2014.

¹⁴⁵⁰ "Quelle emphase dans la comparaison avec l'immortelle Déclaration des droits de l'homme ou avec le Préambule de 1946 qui porte la marque de temps douloureux. L'heure est venue, dites-vous, d'ajouter un troisième volet, de même valeur et de même force. Modestes législateurs du paisible Sénat, constituants laborieux, nous ne pouvons nous hisser à cette hauteur, ni céder à pareille *hubris* constitutionnelle", Intervention de R. BADINTER, Sénat, Compte rendu des débats du 23 juin 2004, page 12.

Préambule de la Constitution de 1958¹⁴⁵¹. Cette position étant également celle d'une large partie de la doctrine à partir du moment où les textes en cause ont la même valeur constitutionnelle¹⁴⁵². Mais en tout état de cause cet argument de la "préséance historique" tombe si l'on prend la peine de constater que certaines libertés, consacrées par le Conseil d'État en matière de référé, ne figurent au rang des libertés constitutionnelles que depuis relativement peu de temps. L'on peut citer en exemple le "principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion" consacré comme liberté fondamentale par le Conseil d'État dans une ordonnance "Tibéri" du 24 février 2001¹⁴⁵³. Or, faut-il rappeler que cette "liberté" ne figure pas en tant que telle dans la Constitution, mais qu'elle n'a été consacrée comme objectif à valeur constitutionnelle que depuis une décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1982¹⁴⁵⁴ ? Cet objectif, dérivé de l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui garantit la libre communication des pensées et des opinions, n'est donc pas un principe issu directement de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou du Préambule de 1946, mais fait prévaloir de la part du Conseil d'État une conception "très moderne"¹⁴⁵⁵ des libertés fondamentales qui pourrait largement bénéficier aux principes de la Charte de 2005. Du reste, si "l'éminence matérielle" de ces principes ne peut être appuyée sur l'histoire, elle peut l'être en revanche sur le droit international qui les consacre à maintes reprises. En outre il n'est pas exclu que le Conseil d'État choisisse de rattacher l'article 1^{er} de la Charte de 2005 à l'alinéa 11 du Préambule de 1946 qui protège le droit à la santé.

C – L'applicabilité directe des articles de la Charte au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, juge de la constitutionnalité des actes de droit privé.

L'hypothèse de l'invocation d'un principe issu de la Charte de l'environnement par un particulier dans le cadre des relations de droit privé – voisinage, contrat, travail – est peut être moins probable que dans le cadre du contentieux administratif. Pourtant elle n'est pas totalement à exclure, puisque d'une part les principes législatifs de l'environnement ont déjà été évoqués devant les tribunaux judiciaires, et que d'autre part ces principes ne se distingueront des principes constitutionnels traditionnels que sur le fond.

¹⁴⁵¹ Sa décision du 16 janvier 1982 devant, comme y invite Dominique Rousseau, être lue comme une réponse aux arguments des auteurs du mémoire en défense de la loi qui avaient entendu montrer que la Déclaration de 1789 était inopposable en matière de nationalisations car "dépassée et remplacée par les principes nouveaux et modernes de 1946 où les nationalisations puisaient leur constitutionnalité", et non comme une formule établissant une hiérarchie générale et définitive, **D. ROUSSEAU** : "Droit du contentieux constitutionnel", *op. cit.*, page 126.

¹⁴⁵² "Aucune hiérarchie ne peut prendre appui sur le défaut du mode d'élaboration de l'un ou de l'autre : les deux textes ont été proclamés dans les mêmes formes, par des Assemblées également constituantes et selon une procédure également régulière. Aucune inégalité de valeur ne peut être tirée de la contrariété de leur contenu : sauf à introduire sa subjectivité, son opinion personnelles, les deux textes se présentent également comme des énoncés de droit", **D. ROUSSEAU**, *Ibid.*, page 124.

¹⁴⁵³ Voir Conseil d'État, Ordonnance du 24 février 2001, "Tibéri", *RFDA* 2001, note **B. MALIGNER** : "Le juge du référé-liberté et les débats télévisés lors des campagnes électorales", page 636.

¹⁴⁵⁴ Voir la décision du Conseil constitutionnel n°86-141 DC, Recueil, page 48.

¹⁴⁵⁵ Selon l'expression de **L. FAVOREU** : "La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés", *op. cit.*, page 1740.

Or sur ce plan il faut constater que la violation des dispositions de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et du Préambule de la constitution de 1946 est un moyen de cassation des plus courants.

La violation du droit de grève est l'un des moyens constitutionnels fréquemment invoqués par la chambre sociale de la Cour de cassation dans le cadre du contentieux du droit du travail. Ainsi, cet alinéa 7 du Préambule de 1946 qui précise que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent" est il invoqué pour casser et annuler un jugement de Cour d'appel qui substitue son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité de la revendication pour la considérer comme illicite¹⁴⁵⁶, un jugement de Conseil des Prud'hommes qui déclare illicite un mouvement de grève en se basant sur le non respect d'une convention collective imposant le dépôt d'un préavis alors que seule la loi peut réglementer le droit de grève¹⁴⁵⁷, le jugement d'une Cour d'appel qui refuse de qualifier de "grève" un arrêt concerté du travail appuyé sur des revendications professionnelles alors qu'elle avait constaté l'existence de ces revendications¹⁴⁵⁸, ou encore celui d'une Cour d'appel qui ordonne sous astreinte à des grévistes de cesser les entraves au fonctionnement de l'entreprise sans avoir caractérisé un abus de leur droit de grève¹⁴⁵⁹.

Mais le droit de grève n'est pas le seul principe constitutionnel qui soit directement invocable devant la juridiction judiciaire, puisque la Cour de cassation sanctionne également couramment la violation de la liberté syndicale de l'article 6 du Préambule de 1946¹⁴⁶⁰, le principe d'égalité de l'article premier de la Déclaration de 1789¹⁴⁶¹, la liberté d'expression protégée par l'article 11 de la même Déclaration¹⁴⁶², le principe de légalité et de nécessité des peines de l'article 8 de la Déclaration de 1789¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁶ "Attendu cependant que la cour d'appel, qui a constaté le caractère professionnel de la revendication et qui n'a caractérisé aucun abus de la part des salariés, a violé le texte susvisé", Cour de cassation, Chambre sociale, 2 juin 1992, N°90-41368, Bulletin 1992, V, n°356, page 223.

¹⁴⁵⁷ "Attendu cependant qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu, et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux ; Qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé", Cour de cassation, Chambre sociale, 12 mars 1996, N°93-41670, Bulletin 1996, V, n°88, page 60.

¹⁴⁵⁸ "Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résulte de ses propres constatations que les salariés avaient demandé à la direction la fourniture d'un moyen de transport ou l'octroi des indemnités de grand déplacement, ce qui constituait une revendication professionnelle et cessé leur travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ces énonciations, a violé les textes susvisés", Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juin 1996, N°92-44497, Bulletin 1996, V, n°243, page 171 ; et voir Cour de cassation, chambre sociale, 12 décembre 2000, N°99-40265, Bulletin 2000, V, n°414, p 317.

¹⁴⁵⁹ "Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'aucune entrave à la liberté du travail du personnel non gréviste et des membres de la direction n'avait été commise et que seules l'entrée et la sortie de marchandises avaient été entravées, en sorte que la paralysie de l'activité qui en découlait, exempte de désorganisation de l'entreprise, n'avait pas fait dégénérer le mouvement en abus, la cour d'appel a violé les textes susvisés", Cour de cassation, Chambre sociale, 9 mars 2004, N°02-30294, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁶⁰ "Attendu, cependant, que le principe d'égalité, qui est de valeur constitutionnelle et que le juge doit appliquer, interdit à l'employeur de refuser la désignation d'un délégué syndical par un syndicat représentatif au motif que l'effectif est inférieur à cinquante salariés, dès lors qu'il a accepté la désignation dans les mêmes conditions d'un délégué syndical par un autre syndicat représentatif ; Qu'en statuant comme il l'a fait, alors qu'il n'était pas contesté que l'employeur venait d'accepter la désignation de deux délégués syndicaux qui n'étaient pas délégués du personnel, malgré un effectif inférieur à cinquante salariés, le tribunal d'instance a violé le principe susvisé", Cour de cassation, Chambre sociale, 5 mai 2004, N°03-60175, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/> ; et Cour de cassation, Chambre sociale, 17 septembre 2003, N°01-10706, Bulletin 2003, V, n°240, page 249.

¹⁴⁶¹ "Attendu, de plus, que le principe d'égalité, de valeur constitutionnelle, ne permet pas à un employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre, selon qu'il a signé ou non une convention ou un

La comparaison des formes rédactionnelles des principes de la Charte de l'environnement avec celles des principes constitutionnels, couramment utilisés par la Cour de cassation, révèle que ce ne sont pas des considérations de forme ou de méthode qui empêcheront cette juridiction de leur réserver un sort identique. Ce d'autant plus que le principe de précaution par exemple a déjà été appliqué par la Cour de cassation en tant que principe législatif.

Conclusion du Titre deuxième

Si le principe juridique écrit est une notion couramment pratiquée par le juge, il faut noter que des différences de traitement méthodologique très importantes subsistent entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. Le raisonnement à partir de principes constitutionnels indéterminés est une méthode éprouvée pour le premier, alors que le maniement des principes de niveau législatif est pour le juge administratif une rhétorique plus qu'une réelle pratique juridique. Ceci est d'autant plus troublant que ce même juge ordinaire se montre tout à fait capable de mettre en œuvre des principes constitutionnels qui formellement ne présentent pas de différence significative avec les principes de niveau législatif. Le changement de niveau hiérarchique des principes environnementaux, dont le traitement législatif a été marqué par le même empirisme, devrait confirmer cet état de fait.

La comparaison entre le traitement réservé aux principes environnementaux avec celui réservé aux principes issus d'autres champs du droit, qui n'est pleinement possible, faute de développements de la jurisprudence constitutionnelle environnementale, que pour les principes législatifs, ne révèle que certains traits de spécificité qui sont le prolongement des spécificités textuelles repérées au cours de la première partie.

accord collectif", Cour de cassation, Chambre sociale, 29 mai 2001, N°98-23078, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/> ; et Cour de cassation, Chambre sociale, 5 mai 2004, N°03-60175, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁶² "Qu'en refusant à la société HFA d'invoquer la notoriété de Claire X... et l'exposition médiatique à laquelle elle est soumise, pour justifier la publication incriminée, c'est-à-dire en considérant que la protection des droits de la personne prime nécessairement et dans tous les cas, l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression, au lieu d'appliquer la règle de proportionnalité, la cour d'appel a violé les articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 1er et suivants de la loi du 29 juillet 1881", Cour de cassation, Chambre civile, 8 juillet 2004, N°02-17458, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁶³ "Attendu que le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend aux majorations de droits prévues par l'article 1729 du Code général des impôts (...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la loi du 8 juillet 1987 ramenant la pénalité de 100 % à 80 % ou 40 %, selon les cas, l'amende maximale encourue était, bien que postérieure au décès, applicable à l'espèce, le Tribunal a violé le texte susvisé", Cour de Cassation, Chambre commerciale, 1^{er} décembre 1998, N° 96-19009, Légifrance, Jurisprudence judiciaire, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Titre troisième

Les principes du droit de l'environnement comme outils d'une écologisation de la décision juridique ?

L'utilisation des principes environnementaux au sein du processus juridictionnel témoigne-t-elle d'une quelconque spécificité, et permet-elle de vérifier l'hypothèse de l'empathie formelle du droit au niveau d'une décision juridictionnelle qui serait une décision "écologique"? En d'autres termes, peut-on conclure que l'utilisation juridictionnelle des principes par le juge manifeste une adaptation du droit de l'environnement à son objet ? La réponse devrait être positive en théorie. Pourtant à examiner la jurisprudence il faut se résoudre à des conclusions plus modestes, même si la jurisprudence constitutionnelle générée par la Charte de 2005 est encore à venir et réserve peut-être des surprises.

Le mouvement décelé dans cette comparaison de la jurisprudence des principes environnementaux avec celle des autres principes juridiques écrits utilisés par les juges administratif et constitutionnel s'apparente davantage en réalité à une sorte de "normalisation" du droit de l'environnement. Alors que la spécificité des principes apparaissait davantage dans leur dimension textuelle, puisque portée par un souci d'adapter le droit à une réalité rebelle au "pointillisme juridique", l'attitude du juge à leur égard apparaît comme tout à fait identique avec celle qu'il réserve aux autres principes comparables, même si cette conclusion se base sur des données prospectives pour ce qui concerne leur usage dans le contrôle de constitutionnalité des lois et des actes administratifs.

Les rares spécificités qui peuvent être relevées sont en effet finalement purement circonstancielles voire marginales, et ne relèvent pas à proprement parler de facteurs de détermination qui seraient imputables à l'objet environnemental lui-même. Certaines d'entre elles, comme la stabilité de la terminologie juridictionnelle utilisée à leur égard, sont des conséquences directes des spécificités textuelles relevées en première partie. D'autres, comme le caractère massif de leur invocation par les requérants, sont liées davantage à des facteurs sociologiques qui attestent d'un engouement sociétal pour ce champ du droit et pour son volet contentieux.

Ces constats quelque peu désenchantés – mais la quête d'une spécificité n'est peut-être qu'une étape intermédiaire et passagère dans la maturation d'un champ du droit ? –, qui s'opéreront par le biais d'une comparaison entre les données jurisprudentielles générales et les données jurisprudentielles environnementales concernant les principes juridiques écrits (**Chapitre I**), déboucheront sur une réflexion qui tentera de cerner les conditions théoriques de l'écologisation de la décision juridique que la constitutionnalisation des principes laisse peut-être augurer (**Chapitre II**).

Chapitre I – La spécificité jurisprudentielle des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison.

Le principe juridique écrit, par la saturation de standards qu'il présente, fait entrer le fait dans le droit, et c'est au juge d'orchestrer cette intrusion qui permet à la norme d'épouser davantage les contours d'un réel changeant et évolutif. L'éventuelle spécificité des principes environnementaux dans le cadre de la pratique jurisprudentielle doit donc s'appréhender sous cet angle factuel ; l'objet environnemental de ces principes conduit-il à des pratiques particulières de la part du juge administratif et, dans une moindre mesure du juge constitutionnel¹⁴⁶⁴?

Les précautions prises dans le cadre de l'analyse des spécificités textuelles des principes environnementaux en première partie doivent être renouvelées ici, à savoir que la comparaison met en relation non pas les *principes juridiques* par rapport aux *règles*, mais les *principes environnementaux* par rapport aux *principes d'autres champs du droit*. On s'attachera donc à comparer les caractéristiques issues des deux corpus dégagés plus haut, celui des principes juridiques environnementaux, et surtout du principe de précaution puisque c'est celui qui a connu le plus grand succès jurisprudentiel, et celui des principes juridiques issus d'autres branches du droit. L'essentiel des conclusions de cette analyse portera sur les principes de niveau législatif, puisque pour ce qui est du champ constitutionnel la comparaison est impossible faute de disposer d'un matériau jurisprudentiel sur l'application de la Charte. La question d'une spécificité des principes constitutionnels de l'environnement fera donc simplement l'objet de quelques développements prospectifs.

Section 1 – Les données concrètes d'une spécificité des principes environnementaux par rapport aux autres principes juridiques écrits.

Mis à part quelques facteurs dont l'importance juridique est secondaire, il faut se résoudre à une évidence : les principes environnementaux sont au plan jurisprudentiel des principes comme les autres. Les éléments jurisprudentiels qui les distinguent de la masse proliférante des "principes juridiques écrits", même s'ils sont réels, ne permettent pas de les identifier comme des normes marquées du sceau de la spécificité, ou témoignant de l'émergence d'un nouveau régime juridique en voie de construction. Certes, ils font l'objet d'une invocation massive devant les juridictions administratives (§ 1) et ils sont pratiquement les seuls principes emblématiques d'un code à être couramment utilisés par le juge (§ 2), mais pour le reste, et notamment pour les aspects logiques et de théorie juridique, ils font l'objet de la même carence méthodologique qui les voit se heurter au panlégisme du juge (§ 3). Même la variabilité du contrôle des standards par le juge en fonction du domaine où ils sont appliqués – pratique très

¹⁴⁶⁴ Les données jurisprudentielles sur ce point étant encore inexistantes.

fréquente dans l'application du principe ou de "l'approche" de précaution – apparaît comme issue d'une jurisprudence traditionnelle (§ 4). Le seul élément de spécificité relative qui mérite toutefois d'être souligné comme tel mais qui pourrait bien n'être qu'éphémère et circonstanciel, est la nécessité pour le juge de concilier des principes environnementaux consacrés sous des formes différentes au rang législatif et au rang constitutionnel (§ 5).

§ 1 – Une donnée quantitative : l'invocation massive des principes environnementaux par les requérants.

Les quatre principes du code de l'environnement ont été invoqués une soixantaine de fois depuis leur apparition en 1995, selon la base de données Légifrance. Si l'on considère d'une part qu'une partie du contentieux – notamment les décisions de tribunaux administratifs – échappe à cette base, et d'autre part que ce chiffre correspond au nombre de principes juridiques écrits invoqués dans tous les autres champs du droit confondus sur la même période, il faut admettre que les principes environnementaux connaissent donc un vrai succès quantitatif. L'une des raisons de ce succès provient de leur très bonne connaissance par les requérants notamment issus du milieu associatif. L'enquête réalisée durant la phase gouvernementale de préparation de la Charte de l'environnement montrait en effet que le secteur associatif considérait les principes du droit de l'environnement comme bien connus et très compréhensibles, notamment pour le principe de précaution qui fait l'objet d'un succès contentieux encore plus massif. Il révèle également que ces principes sont, en tant que normes emblématiques, invocables dans de très nombreux cas de figures. En tant que macro-standards du code de l'environnement ils sont exploitables dans pratiquement toutes les affaires même lorsque les normes en cause ne sont ni lacunaires ni contradictoires. Cette large invocabilité explique d'ailleurs le fait que ces principes soient invoqués parfois de manière inappropriée par les requérants.

Pourtant ce succès quantitatif fait état d'une disproportion très nette au profit du principe de précaution. En se basant sur les résultats d'une interrogation de la base de données Légifrance ne retenant que les arrêts et décisions où les moyens basés sur les principes environnementaux sont effectivement examinés par le juge et non simplement invoqués par les requérants, soit une quarantaine, le principe de précaution apparaît dans trente et un arrêts, le principe pollueur-payeur dans cinq arrêts, et le principe de participation dans quatre arrêts. Il faut noter que le principe de prévention n'a été examiné comme moyen d'annulation par le juge administratif qu'une seule fois¹⁴⁶⁵. Plusieurs raisons expliquent cet engouement pour le principe de précaution, l'une d'entre elle étant la perméabilité du juge et des requérants aux questions de société reflétées par les médias, au prix parfois de certaines erreurs de droit. La deuxième raison est sans conteste la mobilisation par le juge d'un

¹⁴⁶⁵ Voir Cour administrative d'appel de Nantes, 23 juin 1999, N° 96NT01720, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

capital symbolique, et la dernière enfin le fait que le "raisonnement" de précaution était déjà pratiqué par le juge administratif, ce qui d'une part a facilité son utilisation par ce dernier, et d'autre part a conduit à assimiler les décisions qui utilisent ce raisonnement de manière plus ou moins explicite à des décisions de mise en œuvre du principe, ce rapprochement étant plus souvent le fait de la doctrine que du juge.

§ 2 – Les atouts liés à la qualification législative des principes.

Alors qu'une terminologie bigarrée prospère sur le terrain des principes législatifs, qui sont qualifiés de manière très hétérogène par le juge, les principes environnementaux bénéficient de la consécration qu'ils ont reçue dans le code de l'environnement (A). La qualité rédactionnelle du corpus des principes tel qu'issu du législateur de 1995 et non simplement de l'œuvre des codificateurs leur donne une certaine aura auprès du juge, ce qui favorise une terminologie jurisprudentielle à peu près constante (B).

A – Les seuls principes emblématiques d'un code utilisés par le juge.

Alors que de très nombreux codes consacrent des dispositions liminaires sous la forme de principes, seuls ceux du code de l'environnement sont fidèlement repris par le juge, à défaut d'avoir fait l'objet d'une construction méthodologique rigoureuse. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène. D'une part, il faut le répéter, la qualité des principes codifiés est à même de faciliter leur appréhension par le juge. D'autre part la qualité pédagogique de ces principes facilite leur appréhension par les requérants qui, pas toujours à bon escient, les exploitent dans leurs mémoires. Ainsi est tracé ici le lien entre une spécificité textuelle des principes environnementaux et une spécificité de leur usage par le juge. Si la qualification des principes est en effet reprise par le juge c'est qu'elle a été précisée par le législateur et qu'elle fait donc elle-même partie de la légalité. Le juge n'a pas la liberté de déqualifier les principes du code de l'environnement et de les invoquer comme des règles, en leur attribuant d'autres qualificatifs que celui de "principe de", qui figurait dans la loi du 2 février 1995. C'est la raison pour laquelle ces principes sont d'une part utilisés par le juge, et d'autre part utilisés tels qu'ils ont été rédigés par le législateur. La plupart des principes figurant dans les codes de la même génération que le code de l'environnement n'ont pas fait l'objet d'un tel usage juridictionnel, qu'il s'agisse de ceux du code forestier, du code des douanes, du code de l'éducation ou de la santé publique. Mais ces normes n'ont fait l'objet d'une qualification de "principes" qu'*a posteriori* par le codificateur et donc par la technique de l'ordonnance. Les principes couramment utilisés par le juge administratif sont plus fréquemment des principes qui se trouvent au sein des textes de lois, et qui ne constituent pas les principes

emblématiques d'une matière¹⁴⁶⁶. Sur ce point les principes environnementaux du code bénéficient d'un traitement spécifique de la part du juge.

B – Une stabilité de la terminologie juridictionnelle.

Indépendamment des carences méthodologiques dont elle fait preuve, l'appréhension des principes environnementaux par le juge témoigne d'une certaine constance terminologique. Alors que les principes d'autres champs du droit sont invoqués fréquemment sous des appellations distinctes et variées, le juge reprend ici à son compte la qualification du législateur et utilise les principes tels qu'ils ont été qualifiés par ce dernier. Il applique donc la terminologie du "principe-nom" qui le conduit à parler invariablement du "principe de prévention", du "principe de précaution et de correction par priorité à la source", du "principe pollueur-payeur", et du "principe d'information et de participation".

L'une des raisons de cette stabilité est qu'aucun des quatre principes, mis à part peut-être le principe de précaution et le standard de prudence, n'a fait l'objet d'une construction jurisprudentielle par le juge avant sa consécration législative. Ainsi aucune concurrence n'a pu se faire jour entre la qualification législative d'un principe et une construction jurisprudentielle antérieure. Le seul principe ayant donné lieu à cette concurrence étant le principe de précaution, puisque parallèlement à l'application explicite de ce principe par le juge a été appliquée une "approche" de précaution ou "précaution implicite" qui a souvent été assimilée à l'application formelle du principe par la doctrine.

§ 3 – Une carence méthodologique qui reste pourtant comparable à celle des autres principes législatifs écrits.

Les principes environnementaux n'ont pas réellement été exploités par le juge en tant que normes, et n'ont bénéficié, excepté le principe de précaution, d'aucune construction méthodologique à même de faciliter leur mise en œuvre. L'appel implicite lancé au juge par le législateur de 1995, par l'utilisation de ces normes saturées de standards, n'a donc pas été entendu. La comparaison des considérants des arrêts du Conseil d'État révèle sans appel que la situation est exactement la même pour l'ensemble des principes législatifs. Si l'on s'en tient à un matériau de recherche constitué du texte des arrêts, en écartant les commentaires de doctrine qui voyaient parfois l'application de tel ou tel principe entre leurs lignes, rien ne permet d'affirmer que les principes environnementaux ont été distingués des autres principes juridiques écrits utilisés par le juge. Le Conseil d'État a donc réservé exactement le même traitement aux principes de la loi Barnier qu'aux autres principes écrits de niveau législatif, ce qui

¹⁴⁶⁶ Voir pour un exemple d'utilisation de ces principes isolés l'arrêt du Conseil d'État "Fédération FNSA PTT" du 24 mars 2004 au sujet du "principe énoncé à l'article 12 de la loi du 12 juillet 1983, selon lequel le grade est distinct de l'emploi", N° 238157, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

souligne la présence d'un obstacle culturel bien plus profond que celui qui pourrait être attribué à l'objet environnemental. C'est bien à la tradition légicentriste et panlégiste que les principes du droit de l'environnement, et avec eux tous les principes écrits de niveau législatif, se sont heurtés de plein fouet.

A – Le traitement méthodologique des principes environnementaux n'est pas distinct de celui des autres principes juridiques écrits.

La plupart des formules disqualifiantes qui sont utilisées par le juge pour rejeter les moyens qui utilisent les principes écrits sont communes aux principes environnementaux et aux autres principes. Il en est ainsi du constat laconique et non motivé selon lequel "l'acte attaqué n'a pas méconnu le principe invoqué"¹⁴⁶⁷, de la formule de déni de la juridicité et de l'autonomie des principes selon laquelle "ces dispositions n'impliquent pas par elle-même"¹⁴⁶⁸, de la dénonciation du manque de précision des requérants qui "n'assortissent pas le moyen des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé"¹⁴⁶⁹, et de l'absence de preuve apportée par les requérants signalée par l'expression "il ne ressort pas des pièces du dossier"¹⁴⁷⁰. Le juge administratif pose donc sur les principes environnementaux la même grille méthodologique que celle qu'il utilise sur tous les principes législatifs écrits.

B – Une méthode de mise en œuvre qui ne profite qu'au "raisonnement" de précaution.

Seul le principe de précaution a fait l'objet de l'élaboration d'une méthode, et encore, cette affirmation est elle sujette à caution puisque le Conseil d'État applique plus souvent un "raisonnement" qu'un "principe" de précaution. L'arrivée, en 1995, du principe écrit qui a synthétisé ce raisonnement n'ayant pas conduit le juge à son application explicite et détaillée. Si quelques arrêts mentionnent expressément le principe de précaution, notamment comme partie intégrante du contrôle du bilan des déclarations d'utilité publique¹⁴⁷¹, c'est dans la plupart des cas pour rejeter le moyen invoqué par les parties. Lorsqu'il est appliqué par le juge le principe n'est pas cité expressément, mais il est remplacé par la formule "compte tenu des mesures de précautions qui s'imposent en matière de santé publique"¹⁴⁷²,

¹⁴⁶⁷ Comparer par exemple l'arrêt du Conseil d'État "ASPAS" du 16 octobre 2003 au sujet du principe de précaution, avec l'arrêt de la même juridiction "Tirapolsky" du 25 mars 2002, concernant le principe de codification à droit constant, arrêts précités.

¹⁴⁶⁸ Comparer par exemple l'arrêt du Conseil d'État "Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire" du 6 février 1998 concernant le principe de participation, avec l'arrêt de la même juridiction "Union des syndicats CGT de la Caisse des dépôts et autres" du 21 avril 2000 concernant le principe de participation des fonctionnaires, arrêts précités.

¹⁴⁶⁹ Voir l'arrêt du Conseil d'État "Fédération nationale des associations d'usagers des transports" du 14 juin 1999 au sujet du principe de précaution.

¹⁴⁷⁰ Voir l'arrêt du Conseil d'État "Fédération départementale de protection de la nature et de l'environnement de Haute Saône" du 25 juin 2003, à propos du principe de précaution.

¹⁴⁷¹ Voir Conseil d'État, "Association intercommunale Morbihan sous très haute tension et autres", 28 juillet 1999, précité.

¹⁴⁷² Voir par exemple Conseil d'État, "Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés", 29 décembre 1999, précité.

ou "compte tenu de précautions prises"¹⁴⁷³. Dans ces arrêts l'application du principe est parfois implicite et le mot précaution n'apparaît pas toujours, ainsi dans l'arrêt "Rossi" du 4 janvier 1995 où le Conseil d'État précise que le fait que "le test d'infiltrations n'ait pas permis de confirmer ces risques, et que le rapport hydrogéologique n'ait pas estimé ce périmètre insuffisant ne sont pas de nature à démontrer - à eux seuls - l'absence de nécessité d'élargir le périmètre de protection rapprochée"¹⁴⁷⁴. Comme le précise Aude Rouyère "c'est bien une démarche de précaution qui est appliquée ici puisque la non confirmation par le test d'un risque pressenti ne suffit pas à invalider la nécessité de mesures de protection renforcées"¹⁴⁷⁵. Si ces arrêts peuvent être lus comme marquant l'émergence d'un principe général du droit administratif, ce qui n'a jamais été confirmé par le Conseil d'État, ou celle d'un standard juridictionnel, il faut se résoudre à une évidence : le principe législatif de précaution du code de l'environnement n'a pas été appliqué expressément en tant que norme écrite par le Conseil d'État. La seule exception concerne l'octroi du sursis à l'exécution dans l'arrêt "Greenpeace France" du 25 septembre 1998, où le principe a été considéré – en même temps que deux autres textes législatifs – comme un "moyen sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'arrêté attaqué", mais cette affirmation n'était pas motivée par le juge au regard de l'application des critères du principe. La lecture de l'arrêt permet simplement de considérer que l'absence, au sein du dossier ayant conduit la Commission d'étude de la dissémination des produits issus du génie biomoléculaire à donner un avis favorable, "d'éléments permettant d'évaluer l'impact sur la santé publique du gène de résistance à l'ampicilline contenu dans les variétés de maïs transgénique"¹⁴⁷⁶, a été considérée par le Conseil d'État comme pouvant entraîner un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement. Mais là encore il s'agit d'une extrapolation et non d'un raisonnement explicite du Conseil.

Seules certaines décisions de Cours administratives d'appel ont tenté d'appliquer les critères posés par le principe à des situations diverses, ainsi au sujet d'un "arrêté préfectoral" qui se borne à dresser une liste d'espèces nuisibles, [et] ne fait pas courir des dommages graves et irréversibles à l'environnement au sens [du principe de précaution]"¹⁴⁷⁷. Mais le Conseil d'État n'a jamais appliqué ces critères de manière à préciser leurs contours, c'est à dire à réaliser les appréciations évaluatives commandées par les standards de *gravité*, d'*irréversibilité*, de coût économique *acceptable*, et de mesures *effectives* et *proportionnées* qui le composent.

¹⁴⁷³ Voir Conseil d'État, "Union fédérale des consommateurs Que choisir de la Côte d'Or", 2 juin 2003, précité.

¹⁴⁷⁴ Cité par A. ROUYÈRE : "L'exigence de précaution saisie par le juge", op. cit., page 274.

¹⁴⁷⁵ Ibid.

¹⁴⁷⁶ Voir Conseil d'État, "Greenpeace France", 25 septembre 1998, précité.

¹⁴⁷⁷ Cour administrative d'appel de Bordeaux, "Ministère de l'aménagement du territoire et de l'environnement", 2 décembre 2003, précité.

C- Une faible efficacité juridique partagée avec les autres principes législatifs.

Comme la majeure partie des principes écrits de niveau législatif qui sont invoqués devant les juridictions administratives, les principes du droit de l'environnement n'ont que de très faibles effets juridiques sur la décision du juge. La capacité de ces principes à conduire en tant que tels, et sans être combinés à une autre norme, à l'annulation d'un acte déferé devant le juge administratif est extrêmement faible. Il faut certes mentionner de nouveau ici le cas de la décision "Greenpeace France" précitée, dans laquelle le principe de précaution conduisait, au sein d'un moyen composé de deux autres branches, à l'octroi d'un sursis à l'exécution d'un arrêté du Ministre de l'agriculture et de la pêche. Mais le Conseil d'État n'a jamais annulé de décision sur la base exclusive d'un principe de droit de l'environnement. Certes, quelques décisions des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel ont appliqué certains principes, et notamment le principe de précaution, en les utilisant comme moyen de justification. Ainsi le tribunal administratif de Lille a, dans sa décision "Fédération Nord Nature" du 19 avril 2000, annulé la délibération d'un Conseil syndical assurant la réalisation d'un Schéma directeur pour erreur manifeste d'appréciation en se basant sur le principe de précaution¹⁴⁷⁸, mais cette décision n'a pas fait l'objet d'appel. De même que le tribunal administratif de Toulouse a annulé une décision préfectorale autorisant des lâchers d'eau dans une rivière pour les besoins d'une compétition de canoë-kayak, au motif qu'elle faisait courir des risques de dommages graves et irréversibles aux moules d'eau douce et aux truites fario. Le juge précise à cette occasion "qu'en adoptant pas les mesures précises, dont il n'est pas contesté qu'elles sont à un coût économiquement acceptable, et qui sont propres à limiter les atteintes à l'environnement induites par la manifestation nautique autorisée, et notamment les risques décrits ci-dessus de dommages graves et irréversibles aux moules d'eau douce et aux truites fario qui sont des espèces protégées, la décision attaquée n'a pas satisfait aux exigences du principe de précaution prévu à l'article L. 200-I précité ; que, par suite, elle doit être annulée¹⁴⁷⁹.

§ 4 – Un contrôle du juge à intensité variable : une jurisprudence traditionnelle appliquée au principe de précaution.

Si l'on considère que l'approche de précaution déployée en matière de santé publique par le Conseil d'État constitue une mise en œuvre implicite du principe du même nom, alors cette dernière voit l'application par le juge de sa jurisprudence qui consiste à faire varier l'intensité de son contrôle en fonction du domaine où le principe est appliqué. Certaines hésitations dans la pratique du contrôle des

¹⁴⁷⁸ Décision précitée.

¹⁴⁷⁹ Voir Tribunal administratif de Toulouse, "Fédération du Tarn pour la pêche", 20 avril 2000, *RJE* 2000, page 645.

décisions administratives basées sur le principe de précaution témoignent de cette variabilité qui voit le juge exercer tantôt un contrôle normal (A), tantôt un contrôle restreint (B).

A – Un contrôle normal lorsque les standards sont appliqués au domaine général.

Dans un arrêt "Syndicat national du commerce extérieur des produits surgelés" du 29 décembre 1999¹⁴⁸⁰ le Conseil d'État semble exercer un contrôle normal sur la décision du Ministère de suspendre la commercialisation de poissons d'eau douce provenant d'Ouganda, du Kenya et de Tanzanie en considérant "qu'en prévoyant le retrait et la destruction des perches du Nil ou des produits en contenant destinés à l'alimentation humaine ou animale, les auteurs de l'arrêté attaqué n'ont pas, eu égard aux mesures de précaution qui s'imposent en matière de santé publique, *adopté une mesure excessive et disproportionnée* au regard des risques pour la santé que présentaient les produits en cause". Le raisonnement du juge n'est pas explicitement basé sur le principe de précaution mais sur l'article L.221-5 du Code de la consommation qui pourrait en être inspiré, et qui comporte également un standard de "danger grave et immédiat"¹⁴⁸¹, assez proche du "dommage grave et irréversible" du principe du Code de l'environnement. Dans cet arrêt le juge, guidé en cela par l'article L.221-9 du Code de la consommation qui lui précise que "Les mesures décidées en vertu des articles L.221-2 à L.221-8 doivent être proportionnées au danger présenté par les produits et les services", réalise un contrôle normal des motivations de la mesure contestée en ajoutant une référence sibylline au principe de précaution qui lui permet de constater que la décision prise est proportionnée au danger encouru et qu'elle n'est pas excessive. Dans cet arrêt la notion de danger était aisément appréciable au vu des pièces du dossier, et sans qu'il soit besoin de posséder une compétence technique ou scientifique particulière. Il s'agissait en effet de constater que des informations en possession de l'administration attestaient de plusieurs intoxications mortelles liées à des poissons issus d'un des lacs de pêche, que l'absence de traçabilité des lots, par ailleurs non homogènes, empêchait de ne retirer de la commercialisation que certains d'entre eux.

B – Un contrôle restreint lorsque les standards sont appliqués au domaine scientifique.

En revanche dès qu'il s'agit d'entrer dans un débat strictement scientifique ou une controverse d'experts, le Conseil d'État se borne au contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Tel

¹⁴⁸⁰ Voir Conseil d'État, 29 décembre 1999, "*Syndicat national du commerce extérieur des produits surgelés*", N°206945, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁴⁸¹ "En cas de *danger grave ou immédiat*, le ministre chargé de la consommation et le ou les ministres intéressés peuvent suspendre par arrêté conjoint, pour une durée n'excédant pas un an, la fabrication, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché à titre gratuit ou onéreux d'un produit et faire procéder à son retrait en tous lieux où il se trouve ou à sa destruction lorsque celle-ci constitue le seul moyen de faire cesser le danger"

est le cas de la migration dans la salive des phtalates présents dans les jouets pour enfants. Dans un arrêt¹⁴⁸² qui contrôlait une décision prise sur le fondement du même article L. 221-5 du Code de la consommation précité, et disposant des mêmes indications relatives à la nécessaire proportionnalité de la mesure par rapport au danger, le juge procède à un contrôle restreint, signifiant par là qu'il ne peut s'immiscer dans des débats dont la complexité dépasse celle du constat de cas d'intoxications alimentaires mortelles dans l'arrêt "*Syndicat national du commerce extérieur des produits surgelés*". Le juge précise en effet ici "qu'en estimant, *compte tenu des mesures de précaution qui s'imposent en matière de protection de la santé publique*, que la fabrication, l'importation, l'exportation et la mise sur le marché des jouets et articles de puériculture destinés à être mis en bouche par des enfants de moins de trois ans, notamment les anneaux de dentition, les hochets de puériculture, fabriqués en P.V.C. souple contenant les substances incriminées, devaient être suspendues pour une durée d'un an et lesdits articles retirés du marché, eu égard au risque que présente la migration des phtalates dans la salive des enfants de moins de trois ans, *les auteurs de l'arrêté attaqué n'ont pas fait une appréciation manifestement inexacte de la gravité du danger* présenté par les jouets et les articles de puériculture contenant ces substances pour la santé des jeunes enfants, non plus que de son caractère immédiat ; qu'ils n'ont ainsi pas méconnu les dispositions de l'article L. 221-5 du code de la consommation".

La pratique n'est pas nouvelle¹⁴⁸³, et il faut se résoudre ici également à écarter l'hypothèse de la spécificité puisque le contrôle de l'application du principe ou de l'approche de précaution ne donne pas lieu de la part du juge à la modification de ses pratiques traditionnelles. Le contrôle demeure restreint dans les matières où le juge ne s'estime pas disposer d'une compétence égale à celle de l'administration.

§ 5 – Une spécificité formelle : le juge aux prises avec la présence des principes environnementaux au rang législatif et au rang constitutionnel.

Les rédacteurs de la Charte ont indiqué que l'adoption de cette dernière aurait des répercussions sur la "mise en cohérence" de différents codes¹⁴⁸⁴. La première incohérence qui marquera l'ordre juridique environnemental se situera, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, entre les principes environnementaux du code de l'environnement tels qu'issus de la loi Barnier du 2 février 1995 et ceux issus de la Charte du premier mars 2005. Les choix rédactionnels opérés par les rédacteurs de la

¹⁴⁸² Voir Conseil d'État, 28 juillet 2000, "*Association Force ouvrière consommateurs et autres*", N° 212115, Légifrance, Jurisprudence administrative, <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

¹⁴⁸³ "(...) l'arrêt ci-dessus clarifie l'étendue du pouvoir de contrôle du juge de l'excès de pouvoir au regard des mesures prises sur le fondement de ces textes ou de textes voisins, qui peut être selon l'état de la science un contrôle normal, en présence de danger certain, ou restreint dans l'hypothèse inverse, et donc limité à l'erreur manifeste d'appréciation ((lorsque les mesures, prises sur le fondement des mêmes textes ou de textes voisins revêtent une certaine technicité scientifique ou présentent des doutes scientifiques qui laissent place au risque, selon une jurisprudence traditionnelle), C. EOCHE-DUVAL : "Du droit de l'environnement au droit de la santé publique : l'affirmation du principe de précaution", op. cit., page 47 et note 17.

¹⁴⁸⁴ Ministère de l'Écologie et du Développement durable, "Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement", op. cit., page 46.

Charte auront des conséquences sur le travail du juge, et notamment du juge ordinaire qui est garant de la constitutionnalité des actes administratifs et des actes de droit privé, sous réserve de la théorie de la loi écran. La persistance dans l'ordre juridique des principes du code de l'environnement et de ceux de la Charte est-elle de nature à poser des problèmes au juge ordinaire sous cet angle de cette théorie ? Il faut soulever ici l'hypothèse d'une disposition qui serait fondée sur l'un des principes du Code de l'environnement mais qui serait contraire au principe lui correspondant dans la Charte de 2005. Or comme on l'a vu plus haut en comparant les rédactions de ces principes l'hypothèse est peu probable puisque les seconds sont inspirés des premiers et que d'une manière générale les principes de la Charte ne sont pas plus exigeants que ceux du code et sont même parfois en retrait¹⁴⁸⁵.

Toujours est-il que le juge sera amené à concilier les différentes versions de ces principes, et à considérer qu'en l'absence de textes législatifs prévoyant expressément les "conditions d'applications" mentionnées dans la Charte, ce sont les principes de la loi Barnier qui joueront ce rôle de déclinaison législative des principes constitutionnels. Ainsi, une mesure réglementaire d'application d'un texte législatif "inspiré" du principe pollueur payeur de l'article L.110-1 du code de l'environnement ou directement fondée sur ce principe, et qui imposerait une obligation de réparation intégrale aux auteurs d'un acte de pollution pourrait-elle être protégée du grief de non conformité à l'article 4 de la Charte qui impose une simple obligation de *contribution* à la réparation des dommages causés à l'environnement. La loi issue du principe du code viendrait ici faire écran entre la mesure administrative d'application et le principe de la Charte de l'environnement. Un exemple tiré du même principe pourrait opposer une loi mettant en place un régime de responsabilité environnementale basé sur la faute, alors que le principe proclamé à l'article 4 de la Charte semble quant à lui fonder un régime de responsabilité objective.

La non application de l'article 5 de la Charte consacré au principe de précaution aux personnes privées posera également un problème d'incompatibilité avec la version du principe qui se trouve dans le code de l'environnement, qui ne comporte pas cette restriction¹⁴⁸⁶. En tout état de cause le principe de hiérarchie des normes conduira à considérer que les principes du code sont inconstitutionnels et la loi qui les a introduit en droit français, caduque¹⁴⁸⁷. Cependant, en l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, seule la théorie du changement de circonstances pourrait conduire le Conseil constitutionnel à contrôler la constitutionnalité de cette loi et à la déclarer inconstitutionnelle¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ Voir **C. HUGLO** : "Pourquoi l'adoption d'une Charte constitutionnelle de l'environnement pose-t-elle tant de difficultés en France ?", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°6/2004, page 3.

¹⁴⁸⁶ Voir su ce point **G. J. MARTIN** : "Observations d'un privatiste sur la Charte de l'environnement", *op. cit.*, page 1209.

¹⁴⁸⁷ Voir dans ce sens **D. CHAGNOLLAUD** : "Le principe de précaution est-il soluble dans la loi ?", *DALLOZ* 2004, page 1106.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

Évidemment ces exemples ne concernent que les textes législatifs anciens qui subsisteraient dans l'ordre juridique après l'adoption de la Charte. Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois devant au moins théoriquement prévenir l'adoption par le Parlement de textes contraires aux principes constitutionnels du droit de l'environnement. Pour autant, et si telle est la solution retenue, une fois les textes précisant les conditions d'application des principes de la Charte adoptés, le Conseil d'État les invoquera vraisemblablement au titre de la loi écran pour écarter les moyens tirés de l'inconstitutionnalité des actes réglementaires par rapport à la Charte¹⁴⁸⁹.

Section 2 – La difficile mesure de la dimension proprement environnementale de cette spécificité.

Parmi les spécificités jurisprudentielles des principes, très peu semblent directement imputables à leur objet environnemental, au sens où cette partie du réel saisie par la norme imposerait au traitement de cette dernière par le juge des particularismes formels repérables. Le traitement méthodologique réservé par le juge aux principes environnementaux, très proche de celui des principes législatifs qui alimentent le référentiel comparatif constitué plus haut, révèle l'impact assez faible du facteur environnemental sur le traitement juridictionnel de ces normes. La plupart des spécificités repérables sont en effet purement de circonstance (§ 1). Elles ne permettent pas de vérifier sur le plan jurisprudentiel l'hypothèse de l'empathie formelle du droit, même si quelques éléments isolés de spécificité semblent trouver leur source dans une détermination propre à l'objet environnemental (§ 2). Dans l'ensemble, l'analyse confirme donc que les principes environnementaux sont, au regard des pratiques du juge administratif, des principes juridiques comme les autres (§ 3).

§ 1 – Une majorité de spécificités purement circonstancielles.

Le succès des principes chez les requérants, qui peut s'analyser en termes sociologiques (A), et la manière dont le juge les évoque, avec une grande fidélité au texte du code (B) ne sont pas à même de constituer des spécificités strictement environnementales.

A – Un engouement sociétal explique le succès quantitatif des principes environnementaux dans les prétoires.

Comme on l'a vu les quatre principes du code de l'environnement, et notamment le principe de précaution, font l'objet d'un succès quantitatif chez les requérants qui est sans commune mesure avec

¹⁴⁸⁹ Voir dans ce sens Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement", op. cit., page 30.

celui des autres principes législatifs. La capacité des requérants à mobiliser ces principes, parfois même de manière totalement inappropriée, est bel et bien une spécificité. Mais le succès des principes environnementaux en jurisprudence est davantage le résultat d'un engouement sociétal que celui d'un déterminisme strict de l'objet environnemental. Certes, la très haute généralité de ces principes fait qu'ils embrassent tout le champ de la matière et qu'ils sont donc exploitables dans de très nombreux cas d'espèces, mais le refus du juge de les considérer comme des normes autonomes¹⁴⁹⁰, qui pourraient conduire comme moyen unique à l'annulation d'un acte administratif, transforme leur invocation systématique en clause de style ou en élément décoratif des requêtes. Du reste, la haute généralité des principes est un trait commun de ce type de normes qui n'a rien de spécifiquement environnemental, et les principes fondamentaux du Code forestier pourraient également être utilisés systématiquement par les requérants pour contester par exemple, au nom du développement durable, des autorisations de défrichement.

Le sondage réalisé lors de la phase gouvernementale de préparation de la Charte de l'environnement révélait d'ailleurs cette popularité des principes dans le secteur associatif et plus généralement dans la société civile. L'on doit y voir le succès indéniable du législateur de 1995 qui avait donné aux principes une fonction d'amélioration de la lisibilité du droit de l'environnement, de manière à "permettre à la société civile de se saisir de la matière et de la faire vivre"¹⁴⁹¹. La qualité de leur rédaction et de leur codification explique que le juge se soit fait l'écho de cette popularité.

B – La qualité de leur codification explique la constance terminologique de leur utilisation par le juge.

Alors que les autres principes législatifs font l'objet de terminologies diverses et sont parfois très mal identifiés au sein des textes où ils se trouvent, les principes du droit de l'environnement ont toujours été très précisément désignés par le juge et sont évoqués par ce dernier avec un souci de constance terminologique. Mais ici également il n'y a pas matière à repérer une quelconque spécificité qui serait issue d'une détermination proprement environnementale, puisque cette constance n'est que le reflet de la qualité rédactionnelle du corpus des principes, et du fait que celui-ci a été rédigé dans l'optique de la codification du droit de l'environnement. Le juge a donc simplement repris à son compte la qualification des principes par le législateur et leur implantation dans le code par la procédure de codification par ordonnance. Telle est également la raison pour laquelle les principes environnementaux sont les seuls principes emblématiques d'un code à être évoqués avec constance par le juge, alors que leurs voisins du

¹⁴⁹⁰ En utilisant des formules du type "il n'est pas établi que le respect du principe de précaution énoncé par ces dispositions ne soit pas garanti par l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives aux installations classées soumises à déclaration" voir Cour administrative d'appel de Nantes, 23 juin 1999, "Association pour la défense des habitants des Essarts et autres riverains", précité.

¹⁴⁹¹ M. BARNIER *in* Débats parlementaires, séance du 11 octobre 1994, précité.

code forestier, du code de l'éducation ou du code des douanes, qui sont à la fois beaucoup plus nombreux et beaucoup moins clairement rédigés et structurés, ne le sont quasiment jamais.

§ 2 – Quelques spécificités qui témoignent d'une détermination strictement environnementale.

Un élément mérite pourtant que l'on s'y attarde, qui semble davantage constituer une spécificité plus directement issue d'un déterminisme environnemental : l'empreinte du caractère imprévisible de l'environnement sur la structure de la norme et sur son traitement par le juge, qui est placé très fréquemment devant ses limites cognitives (A). Quant à la présence dédoublée des principes dans l'ordre juridique, au niveau législatif et au niveau constitutionnel, elle révèle des désordres sans doute temporaires liés à l'inertie d'un système juridique face à l'émergence d'une nouvelle valeur (B).

A – L'environnement suscite des principes qui placent le juge devant ses limites cognitives.

Le principe environnemental n'est bien évidemment pas la seule norme floue à laquelle le juge doit faire face. Un jury de Cour d'Assises sommé de se décider, au vu d'un rapport d'expertise psychiatrique, sur l'irresponsabilité d'un individu présumé coupable d'homicide, n'est pas placé dans une situation fondamentalement différente de celle d'un juge administratif devant apprécier la légalité d'une mesure fondée sur le principe de précaution suspendant la commercialisation d'un produit phytosanitaire aux effets encore mal connus. Pourtant, comme on l'a vu plus haut, le principe environnemental est marqué par une indétermination radicale qui contraint littéralement le juge à accepter la tâche de codétermination qui lui incombe. Devant de telles normes le juge est sommé de réaliser des évaluations qui lui permettront de déclencher l'application d'un principe (le constat d'un risque de dommage "grave et irréversible", ou d'une atteinte "importante" à l'environnement), et d'encadrer les prescriptions qu'il "impose" (la "proportionnalité" d'une mesure). Cette incursion du factuel dans la majeure du syllogisme judiciaire demande au juge d'utiliser tous les éléments de flexibilité que lui offre la théorie du droit administratif, et notamment la possibilité de faire varier l'intensité de son contrôle lorsqu'il apprécie la légalité d'une mesure fondée sur un principe.

Devant la mise en cause des standards dont les principes sont saturés dans des domaines scientifiques ou techniquement très complexes le juge ne pratique en effet qu'un contrôle restreint des décisions de l'Administration. Considérant, à juste titre, qu'il ne possède ni les compétences ni les moyens dont dispose cette dernière pour prendre une décision basée sur l'appréciation des standards contenus dans un principe environnemental, le juge se contente de vérifier que celle-ci n'a pas commis d'erreur manifeste. Alors qu'une réelle juridicisation du débat scientifique supposerait la mise en œuvre

d'une contre expertise¹⁴⁹², le juge ne se donne pas les moyens de contrôler l'administration en utilisant les mêmes outils qu'elle mais refuse de contrôler ses actes de manière approfondie. Certes, il y a lieu de veiller à prévenir le risque évoqué par Érice Naïm-Gesbert que "la science se substitue à la légalité du droit dans le système de légitimation du pouvoir"¹⁴⁹³ en s'assurant d'une "juridicisation légitimante de l'expertise scientifique"¹⁴⁹⁴ comme l'assure l'étude d'impact.

La variabilité des phénomènes environnementaux, leur évolution permanente et leur instabilité¹⁴⁹⁵, conduit donc le législateur à ménager dans le texte des ouvertures qui sont autant de délégations faites au juge de procéder lui-même à leur actualisation factuelle. Dans cette perspective, il y a lieu de se demander si la technique législative qui consiste à utiliser des normes floues pour régir les situations imprévisibles et controversées qui caractérisent le champ environnemental ne débouche pas sur un échec. La propension justifiée du législateur à ouvrir la texture des normes pour les rendre plus souples et plus empathiques, en rejetant à l'extérieur certaines appréciations valorisantes devant normalement être réalisées par le juge, ne conduirait finalement qu'à les sortir du champ juridique et à rendre leur contrôle impossible. Le législateur reporte sur l'Administration et le juge le soin d'apprécier les standards environnementaux et ceux-ci délèguent cette évaluation à des experts sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle et qui sont parfois eux mêmes sous influence¹⁴⁹⁶.

Telle pourrait être une des spécificités jurisprudentielles des principes environnementaux que de souligner les limites de la justice dès lors que la réalité, trop complexe et trop controversée, échappe au juge qui n'a plus les capacités cognitives pour justifier sa décision au regard des textes qui sont censés la fonder¹⁴⁹⁷. Une autre spécificité réside dans la nécessité pour le juge de concilier des principes exprimés différemment à des niveaux distincts de la hiérarchie des normes.

¹⁴⁹² Voir sur ce point la proposition du professeur Michel Prieur de faire figurer dans la Charte de l'environnement un "principe de contre expertise" in "L'environnement entre dans la Constitution", op. cit. page 41.

¹⁴⁹³ **E. NAÏM-GESBERT** : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement", op. cit., page 603.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, page 605.

¹⁴⁹⁵ Voir sur ce point **P. KNOEPFEL** qui précise que "les prescriptions du droit de l'environnement portent sur des substances qui se modifient constamment" in : "Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité", op. cit., page 143.

¹⁴⁹⁶ Voir sur cette question Marc Girard : "[...] on remarquera que dans un milieu technologique étroit ou monopolistique, l'expert formellement 'indépendant' [...] est aussi celui qui succombera le plus facilement à l'influence des experts 'à la botte', ceux là mêmes qui, par leurs affiliations universitaires et leur présence éditoriale, ont le pouvoir d'imposer un 'scientifiquement/juridiquement' correct dont la contestation est évidemment hors de portée de l'expert étranger au milieu technico-scientifique en question", **M. GIRARD** : "L'environnement, facteur tétatogène pour l'expertise", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°4/2004, page 10.

¹⁴⁹⁷ Toutefois, les difficultés du juge en matière d'environnement dépassent largement le cadre de la mise en œuvre des principes, voir sur ce point le commentaire de **Y. WINISDOERFFER** sous l'arrêt de la CEDH "Kyrtatos c/ grèce" du 22 mai 2003 : "La Cour semble ainsi réduire la question de la dégradation de cet espace naturel au dommage causé aux espèces animales qui en dépendent, pour en déduire l'absence d'interférences dans la sphère individuelle des requérants. Elle effleure de la sorte les notions d'écosystème et d'équilibres naturels dont dépend tout être vivant, sans les aborder dans leur complexité", *RJE* n°2/2004, page 178.

B – La visibilité du parcours historique des principes environnementaux dans le droit positif : des principes législatifs qui cohabitent avec des principes constitutionnels.

L'ordre juridique français offre, pour une durée qui est encore indéterminée, la particularité d'offrir une visibilité historique du parcours des principes au sein du droit positif. Les principes du code de l'environnement qui servent en effet de point de départ à la rédaction des principes correspondants de la Charte de l'environnement subsistent en effet à côté de ces derniers dans l'ordre juridique. La spécificité n'est pas radicale, puisque d'autres principes, comme par exemple le principe de libre administration des collectivités territoriales, figurent à la fois dans la Constitution et dans un code. Mais ces derniers principes sont strictement homéonomiques ou "réitératifs", c'est à dire qu'ils ne font que reprendre mot pour mot dans le code législatif le principe constitutionnel qui fonde la matière. La spécificité environnementale vient ici du fait que les rédactions des principes sont différentes, et qu'elles retracent fidèlement leur historique et leur intégration progressive dans le droit positif.

Le phénomène sera peut-être éphémère, mais il témoigne d'une spécificité du champ environnemental, comme valeur récente ayant du s'intégrer à un système juridique qui lui était complètement étranger. Le juge aura à traiter cette question pour peu que la configuration se maintienne un certain temps, et se trouvera aux prises avec des principes législatifs qui, loin d'avoir été adoptés pour décliner des principes constitutionnels, comme semble l'exiger la Charte, les ont précédés dans le système juridique et leur ont même servis de source d'inspiration.

§ 3 – En guise de conclusion : les principes du droit de l'environnement sont des principes juridiques comme les autres.

Aucune tendance lourde ni aucune récurrence repérable ne permettent donc d'affirmer que les principes du droit de l'environnement soient, dans le cadre de leur utilisation juridictionnelle, des principes structurés par des contraintes spécifiquement environnementales. D'une manière générale ces principes ont reçu de la part du juge administratif un traitement absolument identique à tous les principes législatifs de même nature, c'est à dire qu'ils ont été très peu impliqués dans la justification de ses décisions¹⁴⁹⁸, bien qu'ayant massivement alimenté les moyens d'annulation des requérants. Comme l'affirme Yves Jégouzo, le juge administratif n'a pas eu la volonté de "construire une théorie générale du droit de l'environnement spécifique", dans la plupart des cas il s'est tout au plus "employé à infléchir ou adapter les principes et les concepts jurisprudentiels habituels du droit administratif dans un sens qui

¹⁴⁹⁸ "Mis en tête du code de l'environnement par la loi Barnier du 2 février 1995 précisément dans le but d'architecturer le droit de l'environnement, les principes de l'action préventive et de la correction par priorité à la source, de participation, de précaution et le principe pollueur-payeur n'ont été jusqu'ici qu'assez peu utilisés par le juge administratif qui a le plus souvent préféré se situer dans le cadre des théories jurisprudentielles plus traditionnelles", Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement", op. cit., page 27.

préfigure souvent les principes du droit de l'environnement"¹⁴⁹⁹. Les principes environnementaux n'ont donc pas été considérés par le juge comme des normes spécifiques, ni même comme des données de départ. Ils ont au contraire été absorbés dans les théories du droit administratif, peut-être faut-il d'ailleurs y voir un effet pervers du principe d'intégration, qui pourrait conduire à condamner les principes droit de l'environnement à n'être qu'un vecteur éphémère.

Si le droit de l'environnement a pu stimuler le développement de méthodes juridiques novatrices¹⁵⁰⁰ au niveau des pratiques, s'il a pu revisiter des concepts et catégories classiques du droit pour construire un "usage environnemental d'instruments non spécifiques"¹⁵⁰¹, il n'a pas été jusqu'à bouleverser la structure logique elle-même de la norme. Force est de constater qu'en jurisprudence les principes du code de l'environnement sont plus proches des principes juridiques écrits utilisés par le juge administratif en d'autres matières que d'une nouvelle forme de normes répondant spécifiquement à la contrainte de l'objet environnemental. La constitutionnalisation des principes environnementaux, en les faisant accéder aux méthodes constitutionnelles de conciliation des intérêts supérieurs de la nation, contribuera peut-être à modifier cet état de fait d'abord au niveau de la jurisprudence constitutionnelles, puis au niveau des juridictions ordinaires. Les conditions de possibilité d'une écologisation de la décision juridictionnelle peuvent alors être évoquées à titre exploratoire, puisque si l'hypothèse de la spécificité peut être écartée pour la jurisprudence des principes du code de l'environnement, celle des principes de la Charte, qui apparaîtra au fil des développements de la pesée des intérêts constitutionnels, réserve peut-être des conclusions différentes.

¹⁴⁹⁹ Ibid., page 26.

¹⁵⁰⁰ A. ROUYÈRE : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques publiques d'environnement ?", op. cit., page 92.

¹⁵⁰¹ Ibid., page 101.

Chapitre II – Un constructivisme juridictionnel au service de l'empathie formelle du droit : les principes du droit de l'environnement comme outils d'une "décision écologique" ?

Le principe environnemental ne peut révéler toutes ses potentialités que dans l'hypothèse où le juge accepte de se défaire de la vision selon laquelle l'ontologie du phénomène normatif se joue essentiellement dans le *texte* de droit. L'ouverture, radicale, de la texture normative des principes juridiques environnementaux sur les faits contraint le juge à accepter le travail de codétermination de la norme qui lui incombe, c'est à dire l'appréciation des notions à contenu variable qui font entrer le fait dans la majeure de son raisonnement. Sous cet angle, l'activité du juge se doit également de se rallier à l'une des deux grandes théories de la connaissance qui ont cours en épistémologie, à savoir le *descriptivisme* ou le *constructivisme*. La première de ces deux visions conduirait le juge à considérer le réel environnemental (le dommage grave, l'atteinte à l'environnement, l'information relative à l'environnement...) comme un donné préexistant, parfaitement décrit et reflété par le langage juridique avec lequel il serait en correspondance parfaite¹⁵⁰². On reconnaîtra aisément dans ce juge la figure du "juge transcripteur" décrit plus haut dans le titre premier, considérant que le texte offre toutes les ressources nécessaires à l'ajustement de la norme au réel. Mais le maniement jurisprudentiel des principes, c'est à dire leur confrontation concrète avec le monde de faits, nécessite de la part du juge l'adhésion à un second modèle théorique de la connaissance qu'est le constructivisme, "centré sur l'affirmation que la connaissance est une œuvre sociale collective (...), une pratique sociale qui comporte une intervention active sur la réalité"¹⁵⁰³. "Rien n'est donné, tout est construit" disait à ce titre Gaston Bachelard¹⁵⁰⁴, et la forme particulière de connaissance du réel environnemental par le juge, au moyen des catégories de la norme dédiée à cet objet, n'échappe pas à cette règle qui veut que le principe de droit de l'environnement, loin de "décrire" la réalité environnementale, participe au contraire activement de sa "construction".

La vision des principes environnementaux comme technique de justification des décisions s'en trouve considérablement modifiée, et permet de proposer une vision théorique de l'usage des principes qui, si elle n'a pas été vérifiée par le juge administratif, le sera peut-être par le juge constitutionnel. Elle révèle des fonctionnalités qui attestent de la part active que prend le juge dans la "construction sociale

¹⁵⁰² "Le descriptivisme est centré sur l'affirmation que le langage de la connaissance doit, en dernière analyse, refléter la réalité, représenter la réalité telle qu'elle est, de manière passive et neutre", V. VILLA : "La science juridique entre descriptivisme et constructivisme", in P. AMSELEK (dir.) : "Théorie du droit et science", PUF, Léviathan, Paris, 1994, page 288;

¹⁵⁰³ "L'idée centrale de ce dernier modèle est qu'on ne peut saisir la réalité si on ne part pas d'un schéma conceptuel [...] capable de fournir une certaine interprétation des objets et des événements qui composent un certain champ d'expérience. On saisit et on théorise la réalité, toujours en partant d'un point de vue ou d'un schéma conceptuel : il n'est pas possible, en effet, de nous libérer de nos schémas, pour voir si notre langage correspond effectivement à la réalité comme elle est", Ibid.

¹⁵⁰⁴ G. BACHELARD : "La formation de l'esprit scientifique", op. cit., page 14.

de la réalité"¹⁵⁰⁵ (Section 1). L'analyse d'une concrétisation juridictionnelle des principes sous cet angle, en intégrant la notion de "précompréhension" mise en lumière par Friedrich Müller, permet de cerner les éléments d'une contribution des principes à "l'écologisation" de la décision juridictionnelle (Section 2).

Section 1 – Les principes environnementaux et la construction de la réalité par le juge.

La structure logique des principes environnementaux invite à une double approche. Leur nature de normes saturées de standards conduit à se pencher sur la fonction du standard dans la décision environnementale (§ 1), et leur statut de "macro-standards" du droit de l'environnement, confirmé par leur constitutionnalisation, conduit à les envisager à une autre échelle, comme un corpus qui représente les intérêts attachés à la protection de l'environnement et qui sont aux premières lignes, comme les *principes* des armées romaines, de leur confrontation à des intérêts opposés (§ 2).

§ 1 – Le standard juridique environnemental : mandat conféré au juge d'arbitrer la construction sociale et collective de la réalité.

La particularité des standards et des notions à contenu variable des principes environnementaux est de ne pas être relatifs à une échelle prédéterminée de valeurs extra-juridiques (A). Le même standard de "gravité" d'un dommage ou "d'atteinte à l'environnement" pourra concerner dans un cas des valeurs courantes pour lesquelles un "esprit éclairé"¹⁵⁰⁶ saura statuer (B), et dans l'autre une question scientifique extrêmement pointue qui nécessitera d'accorder la communauté des chercheurs (C). Dans les deux cas le juge doit opérer une appréciation valorisante, s'il ne peut le faire seul en raison de son incompétence, il devra faire appel à l'expertise, sans pour autant s'immiscer dans le débat scientifique.

A – L'effet du standard environnemental sur la posture du juge face à la réalité.

Le standard a pour fonction de qualifier ou de décrire un élément de la réalité qui a vocation à déclencher l'application d'une norme (lorsqu'il se trouve dans sa partie conditionnelle), ou à caractériser ses effets et les modalités de sa mise en œuvre (lorsqu'il se trouve dans sa partie consécutive). Le dommage "grave et irréversible" du principe de précaution du code de l'environnement est à ce titre un standard conditionnel, car il caractérise un phénomène dont le constat déclenche l'application de la norme. La mesure "effective et proportionnée" est un standard consécutif, qui caractérise le

¹⁵⁰⁵ L'expression est empruntée au titre d'un ouvrage de T. LUCKMANN et P. BERGER : "La construction sociale de la réalité", Armand Colin, Paris, 1996.

¹⁵⁰⁶ R. ODENT : "Contentieux administratif", op. cit., page 1563.

comportement que doit adopter l'autorité à qui la norme s'applique. Dans les deux cas c'est le rapport de la norme à la réalité qui est en cause puisque si la parcelle de réalité à laquelle renvoie le principe vient à être discutée devant un juge, lorsque par exemple une décision de l'administration fondée sur le principe de précaution est contestée devant un tribunal administratif, ce juge examinera s'il y a ou non correspondance entre cette réalité et ce principe au moyen de ces standards. La mesure contestée était elle justifiée par un risque de dommage grave et irréversible, était elle effective et proportionnée ? Comme on l'a vu plus haut, l'examen de cette correspondance est simple en l'absence de standards, et quand la norme décrit la réalité sous forme de catégories quantifiables, dénombrables ou mesurables selon des échelles et des conventions communes. Tel est le cas de la technique des seuils qui recourent à des échelles numériques (partie par million, gramme par litre etc...), et qui permettent par une simple opération de mesure d'évaluer la correspondance de la norme et de la réalité. Notons que cette technique, si elle y est massivement utilisée, n'est pas propre au droit de l'environnement, un de ses exemples les plus célèbres étant la qualification de la conduite en état d'ivresse qui s'opère par simple mesure du taux d'alcoolémie. Dans cette hypothèse le juge n'est qu'un "transcripteur" de la loi, et la réalité qu'il doit saisir à l'aide de la norme – l'individu x conduisait en état d'ivresse – est considérée par lui comme un "donné" préexistant. La posture "descriptiviste" s'exerce alors à plein dans cette mission où le réel est considéré comme séparé de la norme, cette dernière convoquant simplement un outil de mesure socialement acceptable car déjà utilisé dans d'autres domaines que le droit (commerce et échanges par exemple) ou servant d'outil pour la description des phénomènes (le système décimal, l'échelle de Richter...). Il faut noter également que cet outil de mesure est aussi un outil de normalisation de la qualification juridique des faits qui ne peut s'opérer que par son biais, ce qui contribue à une "fermeture" de la norme par rapport à l'univers factuel.

La situation du juge confronté aux standards est toute autre. Premièrement l'échelle de mesure de la réalité n'est pas quantifiée, il ne suffira pas de constater ou de faire constater le dépassement d'un seuil pour qualifier un fait de "dommage grave". Ensuite cette échelle est beaucoup moins partagée car n'ayant pas fait l'objet de conventions admises par tous, l'appréciation des notions de gravité, d'irréversibilité, d'acceptabilité ou d'importance varient d'un justiciable à l'autre. Ensuite, la manière de qualifier les faits n'est plus dictée par la norme – comme quand cette dernière renvoyait à une échelle de mesure d'un seuil – car seule une indication très vague est donnée au juge par la norme qui ne possède qu'un effet d'indice¹⁵⁰⁷, dont la mission est alors radicalement différente. Dans cette hypothèse en effet le juge ne peut plus envisager la réalité comme un simple donné mesurable, il doit introduire sa propre échelle de mesure, qui s'est d'ailleurs transformée, sous l'effet des standards, en échelle de valeur. Le juge, en décidant que tel procédé est porteur d'un risque de dommage grave et irréversible,

¹⁵⁰⁷ A. ROUYÈRE : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ?", in D. RENARD, J. CAILLOSSE, D. de BÉCHILLON (dir.) : "L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit", Collection droit et société, n°30, LGDJ, Paris, 2000, page 92.

participe donc activement de la "construction sociale de la réalité" en faisant intervenir sa propre échelle de mesure d'un phénomène¹⁵⁰⁸. Le principe environnemental ne fournit pas au juge une méthode de qualification des faits, il le laisse utiliser sa propre échelle de valeur, sa propre culture¹⁵⁰⁹. C'est donc bien une posture constructiviste dans laquelle se trouve placé le juge lors de l'utilisation de standards. Alors que la norme quantifiée prédétermine la gravité d'un dommage en le qualifiant par le dépassement d'un seuil, le standard laisse le juge l'apprécier au cas par cas et décider de ce qui, à un moment donné dans un corps social donné, est ou non constitutif d'un dommage grave. En d'autres termes le dommage grave n'est plus considéré comme un élément donné mais comme un élément construit, sachant que le juge se fait l'écho des préoccupations du corps social et que celles-ci alimentent continuellement le contenu des standards.

B - Le renvoi à une échelle de valeurs courantes du corps social.

Les standards et notions à contenu variable qui figurent dans les principes n'ont pas un champ d'application prédéterminé. Les principes étant des normes embrassant tout le champ de l'environnement, ces standards possèdent un champ d'application extrêmement vaste et varié. Au fil des espèces, les "atteintes à l'environnement" et les "meilleures techniques disponibles" du principe de prévention pourront par exemple s'appliquer au tracé d'une autoroute ou à un risque d'inondation, le "dommage grave et irréversible" du principe de précaution à un risque d'intoxication alimentaire ou aux conséquences à long terme des organismes génétiquement modifiés sur la biodiversité. Dans les deux cas la pratique du juge ne sera pas la même. S'autorisant à contrôler normalement une mesure impliquant le recours à une échelle de valeurs courantes, du même type que celles qu'il contrôle en matière d'esthétique par exemple, il sera plus réticent lorsque le contrôle impliquera qu'il prenne parti dans une controverse scientifique.

Ainsi par exemple le juge pratiquera un contrôle normal lorsqu'il s'agira de contrôler si une décision autorisant des lâchers d'eau pour les besoins d'une compétition sportive a bien évalué le risque encouru par certaines espèces de poissons et de moules d'eau douce. En l'occurrence il s'agissait de constater le risque d'asphyxie des premières se retrouvant isolées dans les poches d'eau laissées par la crue artificielle en dehors du lit mineur de la rivière, et le risque de dérive du au surcroît temporaire de débit pour les secondes. Il en est de même lorsqu'il s'agit de contrôler la légalité d'une décision autorisant le passage d'une voie de contournement sur des champs captants, et envisageant au regard du principe de

¹⁵⁰⁸ Certes, le juge n'est pas seul et participe à un phénomène que Gérard Timsit qualifie de "surdétermination" de la norme, **G. TIMSIT** : "Les noms de la loi", op. cit., page 128.

¹⁵⁰⁹ "Selon leur degré de radicalisme, les constructivismes ainsi entendus proclament avec plus ou moins de force qu'il n'y a pas [...] de nature, de réel externe à la culture", **A. CAILLÉ, P. CHANIAL, F. VANDENBERGHE**, "Chassez le naturel... Écologisme, naturalisme et constructivisme", Présentation du numéro spécial de la revue *Recherches. Revue du M.A.U.S.S.* n°17/2001, page 9.

précaution les risques de pollutions permanentes (eaux de ruissellement) et accidentelles (déversement de produits chimiques) pouvant survenir sur cette voie.

C – Le renvoi à une échelle de valeurs médiatisée par la science.

En revanche, dès que les notions de "dommage grave" interviennent dans des domaines où la controverse scientifique fait rage, le juge veille à ne pas s'immiscer dans le débat, fidèle à la tradition selon laquelle il n'est ni médecin ni généticien ni épidémiologiste. Ainsi dès qu'une médiation scientifique, justifiée par la haute technicité ou complexité du débat, se place entre la réalité telle qu'appréhendée par la norme et le juge, ce dernier s'en remet au contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation. Dans cette hypothèse survient également la figure de l'expert comme autorité chargée, non d'apprécier de la gravité d'un phénomène à la place du juge, mais de lui fournir les données scientifiques nécessaires à l'appréciation de ce standard, notamment en termes de "normalité"¹⁵¹⁰.

Ainsi lorsqu'il s'agit d'apprécier le risque de dommage grave provenant de la migration des phtalates contenus dans les jouets pour enfants de moins de trois ans le juge se borne à un contrôle restreint, ne pouvant substituer son appréciation à celle de l'Administration.

La propension du principe de précaution à concerner des domaines très scientifiques est elle plus importante que pour les autres principes du droit de l'environnement, qui n'évoquent pas dans leur partie conditionnelle la notion d'incertitude ? La plupart des autres standards et notions à contenu variable que contiennent les principes sont ils uniquement associés à des échelles de valeurs courantes ? L'absence de jurisprudence fournie pour la majeure partie d'entre eux ne rend pas la réponse évidente. Pourtant les notions "d'atteintes à l'environnement", de "meilleures techniques disponibles" ou "d'incidences importantes sur l'environnement" sont également applicables à des domaines très scientifiques ou au contraire à des domaines relativement courants. Le risque peut très bien être certain, donner lieu à l'application du principe de prévention, et comporter des implications scientifiques complexes. La notion "d'atteinte à l'environnement", en matière de pollutions diffuses par exemple, peut comporter des controverses scientifiques très pointues (seuils de toxicité etc...) qui, même si elles concernent des risques prévisibles, peut entraîner le juge sur des terrains où il n'est absolument pas maître des échelles de valeurs qui sont en jeu.

¹⁵¹⁰ "Ainsi, le centre d'observation météorologique questionné sur le caractère normal ou anormal des pluies à tel moment et à tel endroit restera-t-il dans son rôle en signalant la hauteur du débit relevé, en le comparant avec d'autres et en indiquant s'il s'agit de phénomènes qui surviennent, par exemple, tous les dix, tous les vingt ou tous les trente ans. Au juge de dire quand commence l'anomalie", P. **ORIANNE** : "Les standards et les pouvoirs du juge", in "Les standards dans les divers systèmes juridiques", op. cit., page 1044.

§ 2 – Le corpus des principes environnementaux envisagé comme un ensemble de "macro-standards"

Le "dommage irréversible", "l'atteinte à l'environnement" sont des standards qui permettent de déclencher l'application du principe de précaution ou de prévention lorsque certaines circonstances, appréciées par le juge avec ou sans médiation scientifique, sont réunies. Les principes de précaution et de prévention dans lesquels se trouvent ces standards, peuvent quant à eux être considérés comme des "macro-standards" du droit de l'environnement, à l'échelle du système juridique lui-même, qui permettent de trancher en faveur des intérêts environnementaux lorsque certaines conditions sont réunies. C'est bien évidemment au niveau constitutionnel que ce mécanisme jouera pleinement, le Conseil étant habilité à contrôler la mise en balance qu'opère le législateur dans la confection des lois entre les "macro-standards" des différents intérêts protégés par la Constitution. Avant de tenter d'anticiper ce fonctionnement pour les principes environnementaux (B), il faudra tenter de systématiser leur définition comme "macro-standards" (A).

A – Le fonctionnement des principes environnementaux comme "macro-standards".

Le "macro-standard" joue à l'échelle d'un système juridique comme un standard joue à l'échelle d'une règle ou d'un principe. Comme ce dernier, il ménage des ouvertures qui seront comblées par l'autorité habilitée à concilier entre eux les différentes valeurs affirmées par les sous systèmes juridiques : droit économique, droit de l'aménagement du territoire, droit du travail, droit de l'urbanisme... À ce titre, les principes constitutionnels du droit de l'environnement peuvent aisément être lus comme des macro standards (1), même si la transposition de la technique du standard au niveau constitutionnel impose un changement de perspective (2).

1 – Les principes constitutionnels du droit de l'environnement sont ils assimilables à des macro-standards ?

Chacun des principes environnementaux joue le rôle de macro-standard, comme norme affirmant l'une des attitudes fondamentales de la matière devant son objet. Sous cet angle les principes de la Charte doivent être lus comme ce que Jerzy Wroblewski qualifie de "principes-noms du droit", conçus comme les "noms caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ou la ligne générale de régulation du droit"¹⁵¹¹. Les principes de prévention, de précaution, de réparation des dommages, de participation et d'information sont donc à comparer par exemple au principe de "liberté contractuelle" en droit des contrats. Se prémunir des risques incertains par l'adoption de mesures provisoires et le

¹⁵¹¹ J. WROBLEWSKI : ""Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", op. cit., page 856.

développement de la recherche, prévenir les risques probabilisables, imputer sur leurs responsables la réparation des dommages qu'ils causent à l'environnement, associer les citoyens aux décisions relatives à l'environnement et leur ménager un accès aux informations. Chacun de ces comportements permet de faire face à tous les cas de figure qui peuvent se présenter au décideur public en matière d'environnement. Les approches préventive, curative, anticipative et participative dessinent donc les contours de la logique interne du droit de l'environnement. De même manière que le principe de libre administration des collectivités locales, de droit de grève ou de liberté du commerce et de l'industrie caractérisent également dans leurs champs respectifs la ligne générale de la régulation juridique propre à leur domaine. Mais à une autre échelle, les attitudes de "prévention" ou de "précaution", sont également à comparer à celles de "bonne foi" ou de "proportionnalité". Ils constituent des standards comportementaux applicables aux personnes publiques, des attitudes que ces dernières doivent adopter en présence de certaines conditions, et qui doivent être conciliées avec les macro-standards des autres champs du droit.

La constitutionnalisation des principes environnementaux consolide cette fonction de porte drapeau des intérêts fondamentaux de la matière, en les portant sur le même plan que le droit de propriété, le droit d'asile ou le droit à la protection de la santé. Chaque branche ou chaque champ du droit serait ainsi doté de ses valeurs fondamentales protégées au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, et susceptibles d'être conciliées entre elles lors du choix par le législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, des grandes priorités de la politique nationale.

La dimension de macro-standards de ces principes provient d'une transposition de l'économie du standard juridique au plan d'un système tout entier. C'est à dire que le Constituant est considéré ici comme le législateur qui utilise diverses techniques d'expression normative comme un moyen pour assurer l'effectivité des normes qu'il édicte. Dans cette optique, le standard présente, comme pour le législateur, la particularité de permettre une "délégation de la compétence d'individualisation au cas concret à l'organe d'application du droit"¹⁵¹², c'est à dire ici au Conseil constitutionnel. La transposition des caractéristiques du standard au champ constitutionnel comporte cependant certaines spécificités auxquelles n'échappent pas les principes environnementaux.

2 – Le rôle du "macro-standard" dans le contexte constitutionnel.

Le contrôle de constitutionnalité confronte des textes de niveaux différents entre eux, au moyen de l'examen d'un rapport de conformité du texte inférieur envers le texte supérieur. Le rôle des standards, et des "macro-standards" que sont les principes environnementaux, s'y trouve donc modifié par rapport à celui qu'ils remplissent lors de la confrontation du texte avec les faits qu'opèrent les juges

¹⁵¹² **J. WROBLESKI** : "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", op. cit., page 861.

ordinaires¹⁵¹³, même si le juge administratif est également familier de la confrontation des normes entre elles, dans le cadre du contrôle de la légalité des règlements. Comme pour le juge de la légalité, les macro-standards constitutionnels font appel à des appréciations évaluatives de la part du juge, qui en retirera donc une marge d'interprétation des textes législatifs qui lui sont déferés, notamment dans le cadre de l'appréciation du rapport de conformité qui devient plus souple¹⁵¹⁴. Ainsi par exemple la "prévention des atteintes à l'environnement" peut-elle faire l'objet de différents degrés d'exigence en fonction de ce que l'on entend par "atteinte à l'environnement", et donner lieu à une déclaration de non conformité d'une loi qui, privilégiant la "liberté du commerce et de l'industrie", autoriserait un procédé de fabrication portant par exemple gravement atteinte à la survie d'une espèce en voie de disparition.

B – La pesée des "macro-standards" constitutionnels par le juge.

Le paysage juridique peut donc être ramené à ces grandes lignes sommaires que forment les macro-standards du droit. Chaque système juridique possède ainsi ses normes affirmant le *cardo* et le *decumanus* de la matière, normes le cas échéant confrontables aux autres dans le cadre de conflits d'intérêts. C'est bien évidemment le juge constitutionnel qui sera le mieux placé, après le législateur, pour opérer cette mise en balance dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

La pondération possible entre les principes permettra au juge constitutionnel de les concilier pour contrôler les compromis réalisés par le législateur. Ainsi dans le cadre d'un texte relatif aux actions des salariés dans le cadre à l'exercice du droit de grève le Conseil constitutionnel pourrait vérifier la conciliation de l'article 7 du Préambule de la constitution de 1946 et de l'article 3 de la Charte de l'environnement. Une loi qui ne sanctionnerait pas l'exercice du chantage écologique opéré par les salariés dans le cadre du contentieux des délocalisations industrielles pourrait par exemple être invalidée par le Conseil constitutionnel, ou faire l'objet d'une invalidation constructive ou d'une décision de conformité sous réserve précisant que le texte déferé se comprend comme interdisant toute pratique de chantage écologique dans le cadre de l'exercice du droit de grève ou d'une revendication liée au droit au travail¹⁵¹⁵. De même que pourraient se trouver intégrées dans la "nécessité publique légalement

¹⁵¹³ "Ainsi, alors que, pendant des années, le débat autour des standards s'est attaché à leur emploi en vue de la détermination de la norme à appliquer à un certain fait, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois [...] il s'agit de savoir dans quelle mesure les notions à contenu variable peuvent constituer des paramètres utilisables dans l'établissement de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une disposition ou d'une norme législative". Cela revient donc à envisager une opération qui [...] mène à une confrontation entre deux normes plutôt qu'à la subsumption d'un fait à l'espèce abstraite prévue par une norme", **A. PIZZORUSSO** : "Standards et contrôle de la constitutionnalité des lois", in "Les standards dans les divers systèmes juridiques", op. cit., page 979.

¹⁵¹⁴ Sur le standard comme "technique de coordination des normes pénales entre systèmes de droit" qui "n'enferme pas dans la logique binaire de l'appartenance ou de la non appartenance, mais permet l'appartenance partielle et graduée" voir **M. DELMAS-MARTY** : "Les standards en droit pénal" in "Les standards dans les divers systèmes juridiques", op. cit, pages 1029-1030.

¹⁵¹⁵ Voir sur ce point les affaires évoquées par **S. STAFFOLANI** : "Le terrorisme écologique au regard des nouveaux droits de l'homme", RJE n°3/2004, page 277.

constatée" permettant de porter atteinte au droit de propriété selon l'article 17 de la Déclaration de 1789, les nécessités liées à la protection de l'environnement telles que déclinées dans la Charte de 2005, notamment dans ses articles 1 et 2.

Section 2 – La contribution des principes environnementaux à la définition d'une "décision écologique".

L'écologisation du droit, selon Charles-Albert Morand, doit conduire le système juridique à relever trois défis qui le rendraient davantage compatible avec l'objet environnemental : le défi de la *globalité*, le défi de la *souplesse*, et le défi *systémique*¹⁵¹⁶. Comme on l'a vu, la forme du principe juridique écrit est particulièrement bien adaptée à ces trois points sur le plan de l'écriture du droit et comme technique d'expression normative : elle embrasse un champ extrêmement large de l'action publique, n'impose pas de solution rigide face à une situation de fait, et permet la pondération des intérêts divergents qui entrent en contradiction. Pourtant sur le plan de la décision juridictionnelle le constat de cette "écologisation" est beaucoup plus mesuré. Si l'évolution de certains concepts du procès administratif sous l'effet de la protection de l'environnement est indéniable¹⁵¹⁷, cette dernière n'a pas conduit à la mise en place d'une décision spécifiquement adaptée à l'objet environnemental (§ 1). Le rôle des principes dans ce processus demeure donc purement théorique, n'ayant donné lieu qu'à très peu d'avancées jurisprudentielles mesurables (§ 2).

§ 1 – Tentative de définition de la "décision écologique" au vu de la prise en compte de l'environnement par le juge administratif.

Les trois impératifs dégagés par Charles-Albert Morand doivent être confrontés aux structures de la décision juridictionnelle en droit public français, et plus particulièrement aux théories du droit administratif dont il est désormais admis qu'elles ont "évolué sous l'impact de la préoccupation environnementale"¹⁵¹⁸. "L'écologisation du droit" manifestant la recherche d'un nouveau point d'équilibre entre l'objet instable d'une régulation et la prévisibilité suffisante de cette dernière¹⁵¹⁹, certaines législations se trouvent être plus particulièrement illustratives des caractéristiques d'une telle

¹⁵¹⁶ C. A. MORAND : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", op. cit., pages 219 et s.

¹⁵¹⁷ Voir dans ce sens Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement", op. cit., page 22, et A. ROUYÈRE : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ?", op. cit., pages 92 et 101.

¹⁵¹⁸ Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnement du droit de l'environnement", op. cit., page 22.

¹⁵¹⁹ "L'écologisation du droit, qui déborde très largement le domaine de la protection de l'environnement,, suppose que l'on trouve de nouveaux points d'équilibre lui assurant une flexibilité suffisante pour qu'il soit capable d'agir sur une réalité instable, tout en conservant le minimum de prévisibilité sans laquelle il ne mériterait pas son nom", C. A. MORAND : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", op. cit., page 196.

décision, de nombreux exemples seront à ce titre empruntés à l'application de la loi littoral. Ces derniers montrent en effet que la décision écologique implique l'acceptation par le juge de sa fonction codéterminatrice, dans le sens d'une recombinaison parfois conflictuelle de la séparation des pouvoirs.

La souplesse des décisions juridictionnelles intervenant en matière environnementale découle de l'indétermination des textes sur lesquels elles se basent. En déléguant au juge la réalisation des appréciations évaluatives nécessaires à leur concrétisation les notions à contenu variable qui saturent les principes rendent la décision moins mécanique mais également moins prévisible. Ce trait distinctif de nombre de textes environnementaux reporte tacitement sur le juge une mission d'adaptation de ses décisions à des faits complexes ou aux contextes locaux. Les catégories que le texte "lègue" au juge témoignent de la relation particulière que ce champ du droit noue avec les faits, et d'un abandon relatif des concepts strictement juridiques pour des concepts et notions plus proches des réalités environnementales¹⁵²⁰. Comme le précise Yann Tanguy au sujet de l'appréhension juridique du littoral "Pour qu'elle puisse s'appliquer à 6933 kilomètres de côtes, de la Méditerranée à l'Atlantique, pour qu'elle puisse encadrer un trait côtier ou se succèdent toutes les formes d'urbanisation qui sont imaginables, des plus concentrées aux plus dilatées, de la bétonnisation au mitage, en laissant subsister des espaces naturels encore intacts méritant d'être protégés, il fallait bien que la norme soit ductile"¹⁵²¹. Cette caractéristique a pu être étendue à de nombreux champs de l'environnement, comme les espaces naturels, l'architecture et les sites, et analysée comme une nécessité pour le juge de "sortir de son rôle traditionnel et d'acquiescer une culture scientifique et technique minimale"¹⁵²². Ainsi lorsqu'à l'inverse certains concepts sont fixés de manière trop précise dans les textes, ils ont des effets négatifs ou se révèlent inaptes à cette "incursion du factuel"¹⁵²³ et ne permettent pas une prise en compte suffisamment souple des particularités locales. Dans le cadre de l'application de l'article L. 146-4-I du code de l'urbanisme l'inadaptation du concept de "village" au contexte du littoral breton, et plus généralement aux régions où l'habitat est diffus et dispersé, a ainsi par exemple pu être souligné¹⁵²⁴.

¹⁵²⁰ Voir sur ce point les développements de Yann TANGUY au sujet du droit du littoral : "[...] limiter le nombre et l'intensité des contraintes afin de pouvoir prendre en compte les situations locales : telle semble avoir été la démarche du législateur. D'où la méthode retenue qui recourt à toute une série de montages conceptuels ou notionnels dont la sémantique reste plus proche de la géographie et de l'écologie que de ceux familiers aux juristes (ce qui explique sans doute à l'autorité régulatrice le soin de déplacer le curseur et de fixer la mesure adéquate", Y. TANGUY : "Du droit au littoral, du littoral au droit", *RJE* 2004, n° spécial, "Le juge administratif et l'environnement", page 32. Voir également J. SOHNLE : "L'influence factuelle de la majeure résulte de l'intégration de données scientifiques et sociales, mais aussi d'intérêts et de valeurs", in "Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement", (Première partie), op. cit., page 268.

¹⁵²¹ Y. TANGUY : "Du droit au littoral, du littoral au droit", op. cit., page 33.

¹⁵²² N. CALDERARO : "Le contentieux administratif et la protection de l'environnement : le point de vue d'un magistrat", *RJE* n° spécial : "Le juge administratif : juge vert ?", 1995, page 9.

¹⁵²³ J. SOHNLE : "Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement", (Première partie), op. cit., page 277.

¹⁵²⁴ "Il est vrai que le mot village, employé par le législateur français, peut, en Bretagne, prêter aisément à confusion. En effet, en Bretagne nous appelons communément village chaque ferme isolée, chaque petit

La décision "écologique" est donc celle par laquelle le juge se rendra apte à combler la texture ouverte¹⁵²⁵ des normes en venant actualiser dans le sillage du législateur, et en se livrant parfois avec lui à un véritable "bras de fer", la portée concrète de certaines notions à contenu variable ou standards¹⁵²⁶. Alors que dans une vision traditionnelle le juge était censé n'être que la "bouche de la loi", la codétermination des notions floues le conduit à assumer – sur la foi d'une forme d'habilitation tacite du législateur – une fonction de concrétisation et d'adaptation de la loi au contexte évolutif des faits environnementaux. S'ensuit donc parfois une opposition entre le juge administratif et le législateur dont l'enjeu est la fixation des notions à contenu variable des textes dans certains domaines ou secteurs d'activités. Tel fut le cas par exemple pour l'implantation d'installations agricoles en continuité avec l'agglomération dans le cadre de l'application de la loi littoral. Comme le rapporte Richard Le Roy¹⁵²⁷, la jurisprudence administrative refusait l'implantation de ces activités qui ne se situaient pas en continuité avec les villages existants et ne constituaient pas davantage des hameaux nouveaux intégrés à l'environnement¹⁵²⁸. Dans la mesure où l'éloignement des installations était consubstantiel au fait qu'elles étaient génératrices de nuisances, la manière dont les juges codéterminaient les notions de "hameaux nouveaux intégrés à l'environnement" et "d'urbanisation en continuité avec l'agglomération ou le village existant" revenait à empêcher toute implantation d'activité agricole génératrice de nuisances dans les communes littorales. En réponse à cette jurisprudence un amendement parlementaire dispensa du respect de la règle de l'urbanisation en continuité les installations liées aux activités agricoles ou forestières¹⁵²⁹.

Le pouvoir du juge administratif en matière de codétermination des notions environnementales indéterminées peut donc engager un rapport de force avec le législateur qui s'interprète parfois comme un appel à l'aide¹⁵³⁰. Ainsi la tradition légicentriste conduit non seulement le juge à s'autocensurer, en refusant par exemple de contrôler de manière normale ou approfondie l'appréciation d'une notion

groupe de deux ou trois maisons. Il suffit parfois d'une maison isolée avec une ou deux dépendances pour que soit employée l'appellation 'village'. C'est en résumé le 'Ker' breton[...]. Mais la loi littoral n'a pas été rédigée au regard de l'acception bretonne des mots. Ainsi lorsque le législateur a écrit 'village', il a pensé groupements d'habitations moins considérable qu'une ville mais plus grand qu'un hameau, ce qui transposé en vocabulaire breton usuel équivaut à 'bourg' ", J.-F. COËNT : "Ombres et lumières jurisprudentielles sur la loi littoral et philosophie du juge administratif", *RJE* 2004, n°spécial, "Le juge administratif et l'environnement", op. cit., page 44.

¹⁵²⁵ H. L. A. HART : "Le concept de droit", FUSL, Traduction de M. VAN de KERCHOVE, 1976, pages 155 et s.

¹⁵²⁶ Voir au sujet de la notion de "sites et paysages remarquable" de l'article L. 146-6 du code de l'urbanisme l'analyse de jurisprudence livrée par J.-F. COËNT : "À l'évidence, il appartient, à nouveau, pleinement au juge de caractériser, de définir, d'estampiller pourrait-on dire, l'espace remarquable mais ce n'est là une tâche ni insurmontable ni encore moins critiquable" *in* "Ombres et lumières jurisprudentielles sur la loi littoral et philosophie du juge administratif", op. cit., page 48.

¹⁵²⁷ R. LE ROY : "L'extension de l'urbanisation dans l'article L. 146-4-1 du code de l'urbanisme", *RJE* 2004, n°spécial, "Le juge administratif et l'environnement", op. cit., page 57.

¹⁵²⁸ Voir notamment la décision du Tribunal administratif de Rennes du 14 mai 1997, "Mr Trelhu", *AJPI* 10 décembre 1997, page 1100, confirmée par la Cour administrative d'appel de Nantes du 10 juin 1998, "Commune de Logona-Daoulas", *BJDU* n°1/1999 page 4, cités par R. Le Roy, *ibid.*

¹⁵²⁹ Voir l'article L. 146-4-I du code de l'urbanisme, tel que modifié par l'article 109 de la loi n°99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, ainsi que la circulaire n°99-63 du 10 septembre 1999 relative aux incidences des dispositions de la loi d'orientation agricole sur le droit de l'urbanisme, *BOME* n°99/18.

¹⁵³⁰ "Il nous semble qu'en retenant des interprétations trop restrictives qui heurtent élus locaux et administrations, le juge sollicite indirectement une intervention législative", R. LE ROY : "L'extension de l'urbanisation dans l'article L. 146-4-1 du code de l'urbanisme", op. cit., page 59.

indéterminée qui motive une décision, mais elle conditionne également la vision de l'administration, des élus locaux, voire de la société civile à son égard. Loin de pouvoir opposer la force de ses interprétations à ces différents intérêts, il est indirectement conduit à se tourner vers le législateur pour venir préciser *ex-post* les notions qui compromettent l'acceptabilité sociale de ses décisions. Ce processus de va-et-vient, qui constitue une recombinaison environnementale de la séparation des pouvoirs, illustre le décalage entre le projet textuel du droit de l'environnement, qui compte largement sur la codétermination juridictionnelle, et son relais par un juge qui reste largement sous l'emprise du panlégisme. La théorie structurante du droit de Friedrich Müller fait ici figure de lointain idéal, témoignant d'un déplacement du centre de gravité du processus de concrétisation du droit du texte vers le fait, dans un mouvement qui paraît tout à fait adapté à la problématique du droit de l'environnement caractérisé par une forme de "débordement factuel".

§ 2 – Le principe écrit comme outil de la "décision écologique" : un outil sous exploité par le juge.

L'examen de la jurisprudence relative aux principes de droit de l'environnement ne permet pas de vérifier la contribution des principes à la mise en place d'une décision écologique. Ces derniers n'ont précisément pas fait l'objet d'enjeux de définitions ayant donné lieu à des échanges entre le juge et le législateur, alors même que ce dernier avait montré leur dimension "révisable" en les modifiant dans le cadre de la loi sur l'air de 1996¹⁵³¹ et de la loi sur la démocratie de proximité en 2002¹⁵³². Le traitement juridictionnel réservé par le Conseil d'État aux principes environnementaux ayant été identique à celui de tous les principes législatifs du même ordre, dans une forme de déni méthodologique, aucune analyse en termes de transformation de la concrétisation du droit ne peut être menée autrement que sous un angle théorique. Seules quelques décisions de Tribunaux administratifs et de Cours administratives d'appel ont utilisé le principe de précaution dans le contentieux des OGM et de la téléphonie mobile, domaines où les incertitudes des effets sur l'environnement et la santé humaine sont grandes. La Cour administrative de Marseille s'est ainsi prononcée en faveur de l'application du principe de précaution pour annuler une déclaration de travaux concernant l'édification d'une station radio-électrique, sanctionnant par là un défaut de précaution de la part du maire¹⁵³³. Le raisonnement déployé par la Cour illustre très clairement l'intérêt des principes dans le cadre de la gestion des situations d'incertitude. Le juge, adoptant un raisonnement qui reste architecturé par le syllogisme, commence par énoncer le principe de précaution du code de l'environnement qui constituera sa prémisse majeure. Il

¹⁵³¹ Article 42 de la loi n°96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie, J.O. n°1 du 1^{er} janvier 1997, page 11.

¹⁵³² Article 132 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, J.O. n°50 du 28 février 2002, page 3808.

¹⁵³³ Cour administrative d'appel de Marseille, 13 juin 2002, "*Association intercommunale pour la défense des quartiers de Peyre-Long, des Espinets et sites environnants*", n°97MA05052, commenté par L. BENOÎT : "Principe de précaution et téléphonie mobile", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°12/2002, page 19.

vérifie ensuite, en se référant aux pièces du dossier, la qualification des faits correspondant aux conditions d'application de ce principe, constituées par un risque de dommage grave et irréversible¹⁵³⁴ et une incertitude compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment¹⁵³⁵. Le juge constate également que le rapport de l'Organisation mondiale de la santé sur lequel se basent les requérants pour apporter la preuve de l'existence d'un risque recommande en attendant les conclusions d'une vaste étude épidémiologique d'instaurer des périmètres de sécurité autour des stations de radiofréquence et de téléphonie mobile¹⁵³⁶. Au terme du contrôle de l'appréciation de ces circonstances par le maire le juge conclut "qu'en ne s'opposant pas, par la décision contestée, à l'édification d'une station de base de téléphonie mobile émettant des radiofréquences de 1800 mégahertz à proximité immédiate d'habitations, le maire de la Commune de Cagnes-sur-Mer a fait une appréciation manifestement erronée des circonstances de l'espèce et n'a pas satisfait aux exigences du principe de précaution énoncé à l'article L. 200-1 précité du code rural"¹⁵³⁷. Se limitant, comme on l'a vu plus haut et s'agissant d'une question à haute teneur scientifique, à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge n'hésite pas dans cette décision à réaliser l'appréciation évaluative des standards de risque dommage grave et irréversible et d'incertitude scientifique en l'état des connaissances scientifiques et techniques du moment. L'intérêt de cette décision tient en ce qu'elle montre que la qualification des standards par le juge exige une médiation scientifique – la référence du juge au rapport de l'Organisation mondiale de la santé – qui, loin de lui permettre de s'immiscer dans un débat pour lequel il n'est pas compétent, porte simplement sur la manière dont l'autorité administrative a apprécié les circonstances ayant donné lieu à la décision contestée. La faible densité normative du principe de précaution, qui justifie que soit pratiqué ici un contrôle restreint, n'a donc pas pour conséquence de transformer le juge en concurrent du législateur et peut tout à fait donner lieu à une décision méthodique. Les décisions de ce type ont le mérite de montrer que pour être indéterminés et ouverts sur le monde des faits, les principes écrits ne sont pas pour autant impossibles à concrétiser dans le cadre des décisions juridictionnelles. Certes, cette indétermination permet des divergences d'appréciation des circonstances permettant de déclencher l'application du principe qui compromettent dans une certaine mesure la prévisibilité des décisions juridictionnelles¹⁵³⁸. Mais telle est la rançon de la généralité du principe, et de sa capacité à embrasser des situations très diverses.

¹⁵³⁴ "Les appelants soutiennent que les champs de radio fréquences émis par les téléphones mobiles et leurs stations de base pourraient avoir des conséquences néfastes sur la santé des personnes exposées en permanence et soutiennent, sans être contredits, que leurs habitations se situent à moins de 150 mètres de l'antenne de la station radio-électrique concernée", **L. BENOÎT** : "Principe de précaution et téléphonie mobile", op.cit. page 20.

¹⁵³⁵ "Il ressort des pièces du dossier, et notamment d'une étude menée en 1998 par l'OMS, que si aucune étude scientifique n'a permis de conclure à la nocivité des rayonnements émis par les stations de base sur la santé des personnes, il ne peut être établi, en l'état des connaissances scientifiques, avec certitude qu'il n'existe aucun risque", **L. BENOÎT** : "Principe de précaution et téléphonie mobile", op.cit. page 20.

¹⁵³⁶ Ibid., page 20

¹⁵³⁷ Ibid., pages 20 et 21.

¹⁵³⁸ "On remarquera que les divergences d'appréciation juridictionnelle de la situation de précaution ne résultent pas ici de données nouvelles sur la pertinence d'un moratoire, mais d'une appréciation différenciée de rapports déjà existants", **D. DEHARBE** : "Principe de précaution : champ d'application", note sous Cour

Sur ce plan une ultime remarque doit être faite, en forme de réponse anticipée à une critique de l'abus des principes et des notions floues dans le droit de l'environnement. Le déplacement du centre de gravité de la normativité du législateur (ou plus généralement du texte) vers le juge, offre-t-il des garanties suffisantes permettant au droit de demeurer une instance critique ? Cette question est formulée comme suit par Gustavo Just : "Comment préserver de l'instrumentalisation politique des juges-interprètes dont on dit qu'ils ne peuvent pas s'isoler dans le formalisme de la neutralité axiologique ?"¹⁵³⁹ Le "juge transcripteur" de la loi, délivré de toute tâche évaluative par des textes précis et détaillés bénéficiait, comme rempart de son indépendance, du formalisme et de la neutralité "mécanique" de ses décisions basées sur des syllogismes. En admettant que cette vision est une construction visant à masquer les incertitudes du droit, et en acceptant ces dernières par l'ouverture de la texture des normes qui fait peser sur le juge une fonction codéterminatrice plus librement assumée, ne procède-t-on pas simplement à un déplacement du problème posé par la complexité croissante de l'objet de la régulation juridique ?¹⁵⁴⁰

Conclusion du titre troisième

L'homogénéité du traitement juridictionnel des principes juridiques écrits transcende largement les quelques spécificités que leur objet imprime aux principes du droit de l'environnement. Certes, la "décision écologique" est une décision qui, de toute évidence, conduit à déplacer le centre – textuel – de gravité du droit pour le diffuser sur un axe qui transforme la normativité en un *processus* pluraliste. En conduisant le "décideur juridique" qu'est le juge à intégrer non seulement le texte, mais également les faits, et surtout la confrontation des multiples prismes qui concourent à l'encodage de ces faits, les principes environnementaux participent incontestablement d'une mutation profonde de la décision. Pourtant force est de constater que, dans la pratique, les formules de disqualification de la juridicité des principes environnementaux sont les mêmes que celles qui sont invoquées pour la plupart des principes juridiques écrits, et que les spécificités mesurables de ces principes demeurent contingentes et circonstancielles. À bien des égards, la politique jurisprudentielle du juge – et surtout du juge

administrative de Marseille, décision précitée, *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°11/2003, page 13. Voir également sur ce point les remarques et comparaisons de L. BENOÎT : "Principe de précaution, téléphonie mobile et pouvoirs de police du maire", note sous Tribunal administratif de Nice, 17 décembre 2002, "*Société Orange France S.A et autres c/ Commune de Biot*", N°01-2567, 013588, 01-3589 et 02-4000, et Tribunal administratif de Toulouse, 8 avril 2003, "*Société Orange France et autres c/Commune de Lagardelle-sur-Lèze*", N° 01-2609 et 01-4040, *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°8-9/2003, page 27.

¹⁵³⁹ G. JUST : "La jurisprudence herméneutique et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", op. cit., page, 243.

¹⁵⁴⁰ "Pour avoir une représentation réaliste de ce que font les juges, il ne suffit pas de reconnaître l'ouverture et l'indétermination de la règle de droit. Car cette seule indétermination ne compromet pas la hiérarchie abstrait-concret, elle ne fait que déplacer du législateur vers le juge, en tout ou en partie, la tâche de déterminer, toujours abstraitement, la majeure du syllogisme. Le pas décisif vers plus de réalisme méthodologique consiste précisément à renverser l'antinomie abstrait-concret en tant que telle, et non seulement en tant que corollaire des dogmes de la complétude du droit légiféré et de l'automatisme de son application", G. JUST : "La jurisprudence herméneutique et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", op. cit., page 222.

administratif, la comparaison n'étant pas possible dans le champ constitutionnel faute de jurisprudence environnementale – à l'égard des principes juridiques écrits, ne permet pas la pleine expression du potentiel empathique déployé par ces principes envers leur objet.

Conclusion de la deuxième partie

Les principes environnementaux manifestent dans leur textualité une ouverture radicale sur les dimensions complexes, globales et processuelles du réel écologique¹⁵⁴¹, mais le tropisme textuel du juge brise cet élan qui demeure comme un champ d'expérimentations non réellement exploré. Si la transposition des méthodes du juge constitutionnel, largement coutumier des raisonnements justificatifs à partir de principes, au juge de la légalité paraît peu probable, la pénétration des principes environnementaux au sein du corpus constitutionnel pourrait leur offrir une seconde chance. L'espace jurisprudentiel constitutionnel semble en effet beaucoup plus perméable à la prise de décision sous forme de pesée des intérêts, par conciliation de principes contradictoires et agencement de principes complémentaires. Mais le contrôle de constitutionnalité des lois par rapport aux nouveaux principes environnementaux, même s'il est appelé à se développer considérablement, ne permet pas directement d'appréhender des faits autres que ceux, juridiques et abstraits, qui sont mis en catégories par les lois déferées. L'utilité des principes juridiques écrits dans le cadre de la relation du droit aux faits ne se trouve pas réellement sollicitée dans le cadre de ce contrôle, même s'il ne faut pas négliger leur invocation devant les juridictions ordinaires dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs et des actes de droit privé. Autrement dit, l'intérêt des principes dans l'appréhension empathique des faits environnementaux ne pourrait se déployer pleinement que dans le cadre concret d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, voire dans le cadre d'un contrôle diffus.

¹⁵⁴¹ E. NAÏM-GESBERT : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement", op. cit., page 741.

Conclusion générale

La posture méthodologique des juristes spécialistes de l'environnement reflète la nature des enjeux qui habitent la matière, perceptibles en filigrane dans sa destinée universitaire, et que l'on pourrait qualifier d'enjeu de l'autonomie. Une première position identifiable, normalisatrice ou intégrative, consiste à considérer que l'environnement n'est jamais qu'un nouvel objet pour le droit, et qu'il doit être absorbé par les concepts opératoires et les techniques de cette discipline, comme le furent en leur temps l'évolution des conditions de travail ou le commerce mondialisé, et comme le seront probablement la cyber-criminalité ou le terrorisme international. Cette confiance dans la capacité du droit à absorber sans cesse de nouveaux objets, aussi complexes soient-ils, sans y perdre son âme, conduit les tenants de cette approche à observer l'environnement au prisme des catégories existantes du droit public ou à exiger de lui qu'il s'y intègre¹⁵⁴². C'est qu'avant lui d'autres champs, revendiquant des spécificités tout aussi criantes, ont été soumis à cette épreuve et sont devenus, après une période de probation ou de maturation plus ou moins longue, des objets pour le droit. C'est d'ailleurs ici l'autonomie du droit lui-même qui est en jeu, comme technique neutre de régulation sociale, capable d'affronter et d'absorber tous les déploiements du réel, fussent-ils parfois constitutifs de véritables chocs épistémologiques. Et bien davantage que le droit, c'est la raison elle-même qui bénéficie en dernier lieu de cette entreprise, révélant une confiance inébranlable dans sa capacité à synthétiser ce que Kant nomme le "divers sensible" dans l'esthétique transcendantale, c'est à dire une possibilité infinie de soumettre le réel à aux catégories *a priori* de l'entendement. Le droit, de la même manière, mais dans une optique prescriptive et non descriptive, ne serait qu'une vaste entreprise de conjuration du temps, une "représentation de l'ordre social désirable qu'une communauté se fait à un moment donné de son histoire"¹⁵⁴³ qui viserait à anticiper l'avenir, à domestiquer l'imprévu, à déjouer l'accident...

Sur le plan de la politique juridique, cette confiance inébranlable a des effets pervers qui sont à sa mesure ; une certaine inflation pointilliste de la règle finit inmanquablement par répondre à la complexité des nouveaux objets du droit, et à l'extension sans limites de l'empire humain du monde vécu. Tôt ou tard, "le perfectionnisme normatif, la volonté de prévoir toutes les hypothèses dans le moindre détail pousse [...] à produire sans arrêt de nouveaux textes, au risque d'être bientôt confronté à l'aporie de «la carte aussi grande que le territoire représenté» dont parlait Borges, instrument aussi impressionnant qu'inutile..."¹⁵⁴⁴. Et le droit de l'environnement de sombrer dans le technicisme d'un

¹⁵⁴² "En dépit de certaines tentatives brillantes visant à proclamer l'autonomie du droit de l'environnement par rapport aux autres branches du droit [...], il faut bien constater que l'action administrative dans le domaine de l'environnement reste d'abord régie par les principes et les théories du droit administratif général et que l'on voit mal pourquoi il en irait autrement que pour les autres interventions publiques. On peut même considérer que l'affirmation progressive de ce que toute action publique doit prendre en compte l'environnement (principe dit de l'intégration) condamne cette thèse d'un droit autonome de l'environnement", Y. JÉGOUZO : "Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement", op. cit., page 21.

¹⁵⁴³ F. OST : "Le temps du droit", op. cit., page 183.

¹⁵⁴⁴ Ibid., p 289.

droit d'ingénieurs, sorte de tour de Babel inflationniste tentant d'opposer au réel écologique un édifice juridique contrefactuel aussi détaillé que possible, mais sujet à une obsolescence qui ne tarde pas à devenir un mal chronique.

À cette posture s'oppose une position que l'on pourrait qualifier de "différentiatrice" ou d'"autonomiste", qui s'ouvre au postulat de l'empathie formelle du droit pour considérer que l'environnement ne peut être efficacement saisi par le droit sans que ce dernier n'y adapte sa structure et ses formes pour devenir un système juridique spécifique. De la même manière que l'herméneutique juridique considère qu'un phénomène de précompréhension préside à toute saisie de la réalité par des catégories normatives, l'empathie formelle crédite le droit d'une capacité "séductrice" qui lui permet, en épousant leur logique interne, d'accroître son emprise et son efficacité sur les objets de son activité performative. Les tenants de cette approche sont donc plus volontiers enclins à voir dans l'expression juridique des problématiques environnementales des outils *sui generis*, exprimant la spécificité des contraintes que cet objet a fait peser sur le droit, voire souhaitent que de nouveaux outils plus radicalement "spécifiques" soient mis en œuvre. Parmi ces outils de politique juridique, l'étude d'impact fait figure de pionnière, et la gestion intégrée de l'environnement, qui porte par exemple la notion de circonscription écologique, apparaît comme un objectif quasi ultime. Quant à la panoplie classique de l'action juridique – autorisations préalables, mesures de police, domanialité publique, droit de propriété... – elle se trouve accusée d'une désuétude qui s'argumente à l'aide de la notion de spécificité, et qui conduit les tenants de cette approche à dénigrer ces outils comme inadaptés à l'objet environnemental.

Ces deux grandes tendances sont perceptibles sur le terrain doctrinal où elles jouent le rôle de présupposés implicites. Ainsi par exemple, là où les tenants de la dernière voient dans le principe de précaution formulé dans la loi Barnier un principe directeur témoin des évolutions d'un droit post-moderne ou post-positiviste, et entré explicitement dans les pratiques juridictionnelles, les défenseurs de la première ne voient qu'un principe sans valeur juridique, faute pour lui d'avoir fait l'objet d'une consécration officielle comme principe général du droit par le Conseil d'État. De même que, face à une constitutionnalisation qui n'a pas emprunté les formes classiques des différentes catégories de principes constitutionnels, les premiers se féliciteront de la naissance d'une nouvelle catégorie de principes, à côté des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" et des "principes particulièrement nécessaires à notre temps", et les seconds ne verront que des "objectifs" s'imposant uniquement au législateur et nécessitant d'être précisés par la loi pour être directement invocables devant les juridictions ordinaires.

La pleine efficacité du droit de l'environnement repose sur une combinaison de ces deux postures méthodologiques, ce dont témoigne une part croissante de la doctrine qui envisage de plus en plus

fréquemment les progrès de cette discipline sur ces deux plans¹⁵⁴⁵. À une prise en compte de l'objet environnemental par les catégories classiques du droit (intérêt général, appréciation de l'utilité publique, police administrative, planification, notion de patrimoine, domanialité publique, technique de la dérogation, principes juridiques) est combinée la mise en place d'outils spécifiques et novateurs (étude d'impact, gestion intégrée de l'environnement, circonscriptions écologiques, principes directeurs du droit de l'environnement).

Le rôle des principes juridiques écrits dans cette problématique est capital puisqu'ils appartiennent aux deux catégories qui sont en jeu, et qui constituent l'outillage à disposition du "législateur" au sens large du terme. À la fois enracinés dans la tradition juridique et mal aimés d'un système d'obédience romano-germanique, qui voit d'un œil méfiant l'émancipation du juge en dehors de certaines pratiques très encadrées, comme la "découverte" des principes généraux du droit administratif, les principes juridiques écrits sont conceptuellement suffisamment souples pour faire l'objet d'une déclinaison environnementale. Ils se trouvent donc précisément à l'interface de ces deux options de politique juridique, "intégrative" et "différenciatrice", qui fondent une sorte de dialectique de l'adaptation du droit au principe de réalité. Percevant les limites d'une stratégie normative mimétique et contrefactuelle, qui réduirait toute la problématique juridique environnementale à un système de seuils promis à une obsolescence rapide, ce "législateur" puise dans la tradition juridique l'outil le moins étranger à ce réel évolutif et complexe, sans aller jusqu'à mettre en place un outil radicalement nouveau qui pourrait conduire, à terme, à une lente dissolution du droit dans ses objets à venir.

C'est à cet objectif qu'à répondu l'adoption du corpus des quatre principes du code de l'environnement par le biais de la loi Barnier de 1995, qui demeure la manifestation la plus éclatante et la plus perceptible de ce choix de politique juridique. L'adoption de la Charte de l'environnement en offre une version plus ambiguë, car parasitée par des préoccupations de sécurité juridique et une phobie du juge¹⁵⁴⁶ qui ont profondément bouleversé l'économie de ces principes, en y réduisant notamment considérablement la place des standards et des notions à contenu variable, vecteurs pourtant essentiels de l'empathie formelle du droit. Si elle a également recours au procédé du principe juridique écrit, ce qui la rapproche des textes avec lesquels elle est placée par le Préambule de la Constitution de 1958 dans une relation d'équivalence, la Charte fait disparaître des principes la plupart des standards factuels pour leur substituer un "standard de conditionnalité législative¹⁵⁴⁷" – les

¹⁵⁴⁵ Voir notamment **A. ROUYÈRE** : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement", op. cit., pages 92 et s., et pages 101 et s. ; **S. CAUDAL** : "Les conditions juridiques de la gestion intégrée de l'environnement" in **M. PRIEUR (dir.)** : "Vers un nouveau droit de l'environnement", CIDCE, 2003, page 156 ; **Y. JÉGOUZO** : "Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement", op. cit., page 21.

¹⁵⁴⁶ Voir sur ce point **M. PRIEUR** : "On a été frappé du discours de nombreux élus face à la Charte, terrorisés à l'idée que les juges allaient devoir appliquer ce texte et devenir alors par leur pouvoir d'interprétation les nouveaux gouvernants. Une sorte d'hystérie s'est en effet emparée de certains, tant au Parlement qu'au Congrès, quant à la juridicisation de la société du fait d'un risque d'inflation des recours" in "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°4/2005, p 7.

¹⁵⁴⁷ **M. PRIEUR** : "Vers un droit de l'environnement renouvelé", op. cit., p 24.

"conditions définies par la loi", dont seul le principe de précaution est dispensé – qui reporte sur le législateur et non sur le juge la tâche d'adapter la norme au réel, non plus au cas par cas dans le cadre de l'appréciation de circonstances de fait, mais dans le cadre des grands choix de politiques législatives. Il y a d'ailleurs lieu de relever ici que ce standard de délégation, dans la mesure où il ne comporte aucun critère d'évaluation, semble destiné à faire dépendre du législateur l'ensemble de la portée de ces principes, et non tel ou tel élément de leurs conditions ou de leur dispositif¹⁵⁴⁸. À cet égard, la manière dont ce renvoi "en bloc" au législateur est opéré semble bel et bien destiné à lui ouvrir un pouvoir discrétionnaire, puisque c'est l'ensemble du principe qui est teinté d'indéterminabilité, là où un standard factuel prédictif, affectant par exemple la notion d'atteintes à l'environnement d'un facteur de "gravité", aurait guidé le législateur et favorisé la déterminabilité de la norme en regard d'hypothèses factuelles.

En tout état de cause, la portée de cette formule dont la rédaction fut essentiellement motivée par l'ancestrale crainte du "gouvernement des juges", aura sans doute beaucoup moins d'effets neutralisants que ses promoteurs ne l'ont escompté. D'une part en effet elle est purement superfétatoire par rapport à la jurisprudence de l'écran législatif qui, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, pourrait limiter la portée des principes de la Charte ; cette théorie s'appliquerait de toute façon, et s'appliquera d'ailleurs y compris pour les principes qui sont dispensés de cette formule de renvoi. D'autre part, et comme le souligne le Professeur Prieur¹⁵⁴⁹, cette formule conditionnelle n'a pas pour effet de mettre "en suspens" les principes qui y font référence, ce qui reviendrait à faire dépendre du bon vouloir du législateur l'effectivité des normes constitutionnelles, et conduirait ainsi à une singulière inversion de la hiérarchie des normes. Les principes de la Charte, conceptuellement moins novateurs que ceux qui furent formulés en 1995 dans la loi Barnier, confirment donc le lent processus d'adaptation du droit au réel environnemental sous la forme d'un léger retour de balancier, même si l'essentiel de leur efficacité résultera tout simplement de leur position surplombante dans l'ordre juridique.

La question de la spécificité des principes environnementaux se trouve donc réajustée par la mise à jour de cette "stratégie de survie" du droit, qui le conduit à ne bouleverser ses structures qu'avec une grande parcimonie, et en maintenant toujours le lien avec des formes séculaires ou traditionnelles. Le droit, par essence, serait donc incompatible avec l'affirmation de spécificités radicales au sein de certaines de ses branches, puisque soucieux de faire perdurer le mythe de sa polyvalence, de son

¹⁵⁴⁸ Voir sur ce point la remarque de **S. CAUDAL** qui précise que "Le Constituant, lequel se confond en l'occurrence avec le législateur, rend ce dernier maître de l'application du texte", in "Le devoir de prévention : une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°4/2005, p 24.

¹⁵⁴⁹ "En aucun cas le renvoi à la loi ne conditionne l'applicabilité d'un droit fondamental. La normativité et l'opposabilité d'un droit constitutionnel fondamental sont immédiates. Toute autre solution porterait atteinte au pouvoir souverain du constituant. Il n'est pas pensable que le législateur puisse tenir en otage le pouvoir constituant en paralysant l'application de principes constitutionnels par le seul fait de sa carence", in "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", op. cit., page 9

autonomie et de son unité en tant que technique de régulation. Il faut donc sans doute comprendre l'affirmation d'une spécificité comme un épiphénomène, faisant partie d'une étape dans la maturation d'une branche du droit, travaillée en profondeur par un souci identitaire d'indépendance à l'égard des disciplines voisines, par des enjeux techniques en termes de culture professionnelle propre, et par des enjeux pédagogiques en termes de mise en place de filières d'enseignement spécifiques. Une fois déconstruit ce discours qui considère volontiers le droit de l'environnement comme une avant-garde conceptuelle¹⁵⁵⁰, la spécificité se dérobe en abîme et s'exprime sous une forme beaucoup plus fine et ténue, comme une ouverture très mesurée du droit sur son objet qui s'opère par touches successives.

En l'occurrence, et pour le cas des principes qui ont fait l'objet de cette étude, cette ouverture prudente a surtout pâti du décalage entre l'ambition du projet textuel du législateur et son très timide relais juridictionnel. L'épopée jurisprudentielle des principes du code de l'environnement révèle la permanence de la configuration panlégiste de notre système juridique : c'est bien le *texte* qui constitue le centre de gravité du droit, à tel point que lorsque le juge est contraint de combler une lacune – et à cet égard le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ne se séparent que par la nature inductive ou déductive de leur raisonnement – il prend toujours un soin infini à rattacher la norme qu'il crée à un texte, de manière à ce que celle-ci apparaisse, selon les méthodes utilisées, comme son prolongement naturel actualisé ou comme une de ses manifestations latentes, ce qui finalement revient au même. Or, les principes juridiques écrits du droit de l'environnement poussent le juge dans ses retranchements, en le contraignant à une tâche de codétermination qui ne peut être fondée sur un simple recours au texte, mais doit au contraire se tourner résolument vers le fait. La difficulté des juges aux prises avec des principes juridiques écrits, qui concerne davantage le juge administratif qu'un juge constitutionnel qui a moins affaire aux questions de faits, bridera leur efficacité juridique jusqu'à ce qu'une méthodologie de concrétisation des standards et notions floues qui les constituent soit ébauchée. L'usage des principes juridiques écrits par le juge à des fins justificatives témoigne en effet d'une évolution vers une conception *dialogique* ou *coopérative* de la normativité, comme l'a systématisée Friedrich Müller avec sa "théorie structurante du droit", qui fait de celle-ci un travail à plusieurs mains. À bien des égards, ce mouvement annonce peut-être le déclin de la "démocratie du texte" face à l'institutionnalisation progressive du pluralisme des vérités. La vanité de toute volonté de systématisation définitive du réel par des catégories *a priori* n'en apparaît que plus criante, d'autant plus le texte de la norme, aussi précis soit-il, est fréquemment confronté au mal chronique de l'inapplication. Ces signes annonciateurs, au rang desquels la multiplication des principes juridiques écrits tient une place essentielle, ne s'inscrivent pas uniquement dans le champ du droit de l'environnement dont ils ne peuvent être lus comme des

¹⁵⁵⁰ "Il n'est pas paradoxal que le droit de l'environnement qui traite particulièrement des situations d'insécurité soit celui qui fournisse actuellement au droit administratif tout entier et aux autres disciplines juridiques les instruments juridiques nécessaires au traitement de l'incertitude et de l'insécurité juridiques", C. RIBOT : "L'influence des principes généraux du droit de l'environnement", in "Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité", Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe COLSON, Presses universitaires de Grenoble 2004, page 398.

spécificités au sens strict du terme. En revanche, et ce n'est pas là son moindre mérite, ce champ du droit a joué le rôle d'un révélateur de la nécessité de ces normes dont il fut le creuset, en tant qu'architecte en charge de la hiérarchisation permanente des prétentions à la vérité qui prennent l'environnement pour objet.

C'est peut être également au sein de ce droit récent que s'exprimeront les premières formes d'une démocratie moins textuelle que délibérative, où la norme adviendrait non plus comme une affirmation péremptoire formulée *a priori*, mais comme le fruit d'une confrontation avec un réel médiatisé par une pluralité d'interprètes faisant valoir leur points de vue au sujet de ce tiers ineffable qu'est l'environnement. Mais à cette fin, et en guise d'incontournable pré-requis, les "gens de droit", doivent accepter l'idée selon laquelle la normativité n'est pas la *propriété intrinsèque d'un texte* mais un *processus* dont le texte n'est que le point de départ.

Remerciements

Je remercie les chercheurs du CRIDEAU pour m'avoir enseigné que la principale qualité du juriste est la curiosité. Ma reconnaissance va tout particulièrement à Michel Prieur pour la direction attentive, constante et rigoureuse de cette recherche.

Je remercie également tous ceux qui, par leur soutien intellectuel, affectif ou logistique, ont nourri ma persévérance et rendu ce travail possible.

Bibliographie*

* Cette bibliographie énonce, en les classant par thèmes, la liste complète des références utilisées dans la recherche et dont certains extraits sont cités en note de bas de page. En revanche, par souci de concision, les matériaux textuels (notamment les nombreux extraits de codes) et jurisprudentiels n'y sont pas mentionnés, et n'apparaissent donc que dans ces notes.

I – Traités, ouvrages, manuels, rapports.

I-1 Théorie du droit, Légistique, Sociologie du droit, Philosophie du droit, Philosophie générale.

I-2 Théorie du droit de l'environnement, Sociologie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement, Philosophie de l'environnement.

I-3 Droit public.

I-4 Droit privé

I-5 Droit de l'environnement.

II – Thèses et mémoires.

II-1 Théorie du droit, Légistique, Sociologie du droit, Philosophie du droit, Philosophie générale.

II-2 Théorie du droit de l'environnement, Sociologie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement, Philosophie de l'environnement.

II-3 Droit public.

II-4 Droit privé.

II-5 Droit de l'environnement.

III – Articles, chroniques, notes de jurisprudence.

III-1 Théorie du droit, Légistique, Sociologie du droit, Philosophie du droit, Philosophie générale.

III-2 Théorie du droit de l'environnement, Sociologie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement, Philosophie de l'environnement.

III-3 Droit public.

III-4 Droit de l'environnement.

IV – Sources électroniques.

IV-1 Théorie du droit, Légistique, Sociologie du droit, Philosophie du droit, Philosophie générale.

IV-2 Droit public.

IV-3 Droit de l'environnement.

I – Traité, ouvrages, manuels, rapports.

I-I Théorie du droit, Légistique, Philosophie du droit, Philosophie générale.

AGAMBEN G.: "Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue", Collection "L'ordre philosophique", Seuil, Paris, 1997.

AMSELEK P. , GRZEGORCZYK C. (dir.) : "Controverses autour de l'ontologie du droit", PUF Questions, Paris, 1989.

AMSELEK P. (dir.) : "Théorie du droit et science", PUF, Léviathan, Paris, 1994.

ANDRINI S. : "Le miroir du réel. Essais sur l'esthétique du droit", LGDJ, Recherche et travaux du réseau européen droit et sociétés, Maison des sciences de l'homme, Paris, 1997.

ANNAS J. : "Introduction à la République de Platon", PUF, Paris, 1994.

ARISTOTE : "Organon. III : Les Premiers Analytiques", Traduction de J. Tricot, Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1992.

ARISTOTE : "Éthique à Nicomaque", chapitre X, Garnier Flammarion, Paris.

ARNAUD A.J. (dir) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, Paris, 1993.

ARNAUD A. J., FARIÑAS DULCE M.J. : "Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques", Bruylant, Bruxelles, 1998.

ARNAUD A.J., GUIBENTIF P. (dir.) : "Niklas Luhmann observateur du droit", LGDJ, Droit et société, Paris, 1993.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIQUE : "La jurisprudence et les divers systèmes juridiques", in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n°4, janvier 1993, p 1207-1240.

AUSTIN J.L. : "Quand dire c'est faire", L'ordre philosophique, Seuil, Paris, 1970.

BACHELARD G. : "Essai sur la connaissance approchée", Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1981.

BACHELARD G. : "La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective", Librairie philosophique J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, 1975.

BERGEL J.L. : "Théorie générale du droit", 3^e édition, Dalloz, Collection méthodes du droit, Paris, 1998.

BERGEAL C. : "Savoir rédiger un texte normatif", 4^{ème} édition, Collection Gestion publique, Guides d'action, Berger-Levrault, Paris, 2001.

BERTEN A. et LENOBLE J. : "Dire la norme : droit, politique et énonciation", LGDJ, Paris, 1990.

BIBLIOTHÈQUE DE L'ACADÉMIE EUROPÉENNE DE THÉORIE DU DROIT : "Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?", Bruylant, Bruxelles 1998.

BOULAD-AYOUB J., MELKEVIK B., ROBERT P. : "L'amour des lois. La crise de le loi moderne dans les sociétés démocratiques", Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Paris, 1996.

BOURCIER D. : "Approche légistique et systémique de la codification : rapport final", CNRS-UPRESA 6054 Groupe IDL informatique droit linguistique, CURAPP, 1998.

BOURCIER D., MACKAY P.(dir.) : "Dire le droit. Langue, texte et cognition", LGDJ, Paris, 1992.

BOURCIER D., TAUZIAC V. : "Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux" Rapport final, Laboratoire informatique, droit, linguistique, CNRS, Paris, 1995.

BOURCIER D., THOMASSET C. : "Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine", GRID, Bruylant, Bruxelles, 1996.

BOURCIER D., THOMASSET C. : "L'écriture du droit face aux technologies de l'information", Diderot Éditions, Arts et sciences, Paris, 1996.

BOURDIEU P. : "Méditations pascaliennes", Paris, Seuil, 1997.

BOURDIEU P. : "Ce que parler veut dire – L'économie des échanges linguistiques", Fayard, Paris, 1982.

BOURETZ P. (dir) : "La force du droit. Panorama des débats contemporains", Éditions Esprit, Paris, 1991.

BOUVERESSE J. : "Prodiges et vertiges de l'analogie. De l'abus des belles lettres dans la pensée", Éditions Raisons d'agir, Paris, 1999.

CARBONNER J. : "Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur", LGDJ, 10^{ème} édition, Paris, 2001.

CENTRE NATIONAL DE RECHERCHE DE LOGIQUE : "Le fait et le droit : études de logique juridique", Bruylant, Bruxelles, 1961.

HAZEL F., COMMAILLES J. (dir.) : "Normes juridique et régulation sociale", LGDJ, Paris, 1991.

CLAM J., MARTIN G. (dir.) : "Les transformations de la régulation juridique", LGDJ, Coll. Droit & Sociétés, Paris, 1998.

COLSON J.P. : "L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif", LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1970.

COMMAILLES J., JOBERT B. (dir.) : "Les métamorphoses de la régulation politique", LGDJ, "Droit et sociétés" vol 24, Paris, 1998.

CONSEIL D'ETAT : "De la sécurité juridique", Rapport public pour 1991, Études et document n° 43, La documentation française, Paris, 1992.

CORNU G. : "Vocabulaire juridique", PUF, 8^{ème} édition, Paris, 2000.

CORNU G. : "Linguistique juridique", Domat Droit privé, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2000.

- DABIN J. : "Théorie générale du droit", Paris, Dalloz, Paris, 1969.
- DE BECHILLON D. : "Qu'est-ce qu'une règle de droit?", PUF, Paris, 1997.
- DELEUZE G. : "Foucault", Éditions de Minuit, Paris, 1986.
- DELMAS-MARTY M. : "Pour un droit commun", La librairie du XX^e siècle, Seuil, Paris, 1994.
- DELMAS-MARTY M. : "Le flou du droit", PUF, Paris, 1986.
- DEL VECCHIO G. : "Les principes généraux du droit", LGDJ, Paris, 1925.
- DESCARTES R. : "Discours de la méthode", Garnier Flammarion, Paris, 1966.
- DESCARTES R. : "Méditations métaphysiques", deuxième méditation, "Les intégrales de philo", Nathan, Paris, 1983.
- DIJON X. : "Méthodologie juridique. L'application de la norme", Story Scientia, Collection "À la rencontre du droit", Bruxelles, 1990.
- DUBOIS J., MITTERRAND H., DAUZAT A. : "Dictionnaire étymologique et historique du français", Larousse, Paris, 1998.
- DWORKIN R. : "L'empire du droit", PUF Recherches politiques, Léviathan, Paris, 1994.
- DWORKIN R. : "Prendre les droits au sérieux", PUF Recherches politiques, Léviathan, Paris, 1995.
- DWORKIN R. : "Une question de principes", PUF Recherches politiques, Léviathan, Paris, 1996.
- EWALD F. : "L'État providence", Grasset, Paris, 1994.
- EWALD F. : "Histoire de l'Etat providence : les origines de la solidarité", Grasset, Biblio essais, Paris, 1996.
- FENET P.A., EWALD F., BELLIVIER F. : "Naissance du Code civil : la raison du législateur, travaux préparatoires du code civil", extraits choisis et présentés par les auteurs, Flammarion, Paris, 1989.
- FERRY L. : "Philosophie politique. Tome I : le droit, la nouvelle querelle des anciens et des modernes", PUF Quadrige, Paris, 1996.
- FOUCAULT M. : "Il faut défendre la société", Cours au Collège de France, 1976. Édité par l'"*Association pour le Centre Michel FOUCAULT*", sous la direction de F. EWALD et A. FONTANA, Gallimard, Hautes études, Paris, 1997.
- GERARD P. : "Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude des PGD", FUSL, Bruxelles, 1981.
- GHIRARDI O. A. : "Le raisonnement judiciaire", Bibliothèque de philosophie comparée, Philosophie du droit 16, Éditions Bière, Traduit de l'argentin par Nelly Aldana de Prol, Bordeaux, 1999.
- GIRARD R. : "Des choses cachées depuis la fondation du monde", Grasset, Biblio essais, Paris, 1978.

HAARSCHER G., INGBER L. (dir.) : "Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm Perelman", Faculté de droit, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986.

HAMON F., TROPER M., BURDEAU G. (†) : "Droit constitutionnel", LGDJ, 27^{ème} édition, Paris, 2001.

HOFSTADTER D. : "Gödel, Escher, Bach : les brins d'une guirlande éternelle", Interéditions, Centre national des lettres, Paris, 1985.

INGBER L., VASSART P. (dir.) : "Le langage du droit", Travaux du centre national de recherches logiques, Nemesis, Paris, 1991.

IVAINER T. : "L'interprétation des faits en droit", Bibliothèque de philosophie du droit, Tome 30, LGDJ, Paris, 1988.

KALINOWSKI G. : "Introduction à la logique juridique, Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique", LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, Paris, 1965.

KALINOWSKI G. : "La logique des normes", PUF, Paris, 1972.

KALINOWSKI G. : "La logique déductive : essai de présentation aux juristes", PUF, Paris, 1996.

KANT E. : "Critique de la raison pure", (traduction de J. BARNI et P. ARCHAMBAUT), Garnier Flammarion, Paris, 1987.

KANT E. : "Logique", Traduction de L. Guillermit, Bibliothèque des textes philosophiques, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1997.

KELSEN H. : "Théorie pure du droit", Traduction de C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, Paris, 1999, 367 pages.

KUHN T. : "La structure des révolutions scientifiques", traduction de L. MEYER, Champs Flammarion, Paris, 1983.

LADRIÈRE J. : "Les limitations internes des formalismes : étude sur la signification du théorème de Gödel et des théorèmes apparentés dans la théorie des fondements des mathématiques", Gabay, Sceaux, 1992.

LALANDE A. : "Dictionnaire technique et critique de la philosophie", PUF, Paris, 1996.

LATOUR B. : "La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État", Arminaire, La Découverte, Paris, 2002.

LEGRAND P. : "Le droit comparé", Que sais-je ?, PUF, Paris, 1999.

LEJBOWICZ A. : "Philosophie du droit international, l'impossible capture de l'humanité", Fondements de la politique, PUF, Paris, 1999.

LE MOIGNE J.L. : "Les épistémologies constructivistes", PUF, Que-sais-je ? Paris, 1995.

LENOBLE J. : "Droit et communication", Humanités, Cerf, Paris, 1994.

LENOBLE J. : "Introduction aux sources et aux notions générales du droit. La technique juridique et les notions générales du droit", Section 3 – La technique du conceptualisme, Cours de l'Université catholique de Louvain, Faculté de droit, année universitaire 1984-85.

LENOBLE J., OST F. : "Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique", FUSL, Bruxelles, 1980.

LUKASIEWICZ J : "La syllogistique d'Aristote dans la perspective de la logique formelle moderne", Paris, Armand Colin, 1972.

MAC CORMICK N. : "Raisonnement juridique et théorie du droit", PUF "Les voies du droit", Paris, 1996.

MOLFESSIS N. (dir.) : "Les mots de la loi", Economica, Études juridiques, Paris, 1999.

MONTESQUIEU : "De l'esprit des lois", Œuvres complètes, Tome II, Livre XI, chapitre 6, Gallimard, Pléiade, Paris, 1951.

MORAND C. A. (dir.) : "L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", Publisud, Paris, 1991.

MORAND C. A. : "Figures de la légalité", Publisud, Paris 1992.

MORAND C.A. : "La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire", Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1996.

MORAND C. A. : "Le droit néo-moderne des politiques publiques", LGDJ, Collection "Droit et société" n° 26, Maison des sciences de l'homme, Paris, 1999.

MORAND C.A. (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruylant, Bruxelles, 2001.

MOTULSKY H. : "La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs", DALLOZ, Paris, réédition 2002.

MOTULSKY H. : "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", Dalloz, Paris, 1991.

MOLFESSIS N. (dir.) : "Les mots de la loi", Études juridiques, Economica, Paris, 1999.

MÜLLER F. : "Discours de la méthode juridique", traduction d'O. JOUANJAN, PUF, 1996.

OST F. , VAN DE KERCHOVE M. : "Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit", Bruylant, Bruxelles, 1989.

OST F. : "Le temps du droit", Éditions Odile Jacob, Paris, 1999.

OST F. : "Du Sinai au Champ de Mars. L'autre et le même au fondement du droit", Lessius, Collection "Donner raison" n°7, Bruxelles, 1999.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. : "Le droit ou les paradoxes du jeu", PUF, Collection les voies du droit, Paris, 1986.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. : "Jalons pour une théorie critique du droit", Bruxelles, FUSL, 1987.

PANOFSKY E. : "Architecture gothique et pensée scolastique", Les éditions de minuit, Collection "Le sens commun", Paris, 1967.

PERELMAN C. (dir.) : "Les antinomies en droit", Travaux du Centre national de recherches logiques, Bruylant, Bruxelles, 1965.

PERELMAN C. : "Études de logique juridique. 3 - Contributions polonaises à la théorie du droit et de l'interprétation juridique", Bruylant, Bruxelles, 1967.

PERELMAN C. : "Études de logique juridique. 2. Droit et logique. Les lacunes du droit", Bruxelles, Bruylant, 1967.

PERELMAN C. (dir.) : "Études de logique juridique", Travaux du centre national de recherches logiques, Volume V, Bruylant, Bruxelles, 1973.

PERELMAN C. et VAN DER ELST R. (dir.) : "Les notions à contenu variable en droit", Bruylant, Bruxelles, 1984.

PERELMAN C. : "Logique juridique, nouvelle rhétorique", 2^e édition, Dalloz, Paris, 1999.

PESCATORE P. : "Introduction à la science du droit", Office des imprimés de l'État, Luxembourg, 1960.

PORTALIS J. E. M. : "Écrits et discours juridiques et politiques", Collection des publications du Centre de Philosophie du Droit, Université de droit et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, Presses universitaires d'Aix-marseille, 1988.

RABAULT H. : "L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique", L'Harmattan, Paris, 1997.

RENAUT A. : "Kant aujourd'hui", Champs Flammarion, n° 36, Aubier, Paris, 1997.

RENAUT A., SOSOE L. : "Philosophie du droit", PUF Recherches politiques, Paris, 1991.

RÉMY D. : "Légistique : l'art de faire les lois", Romillat, Paris, 1994.

SERVERIN E. : "Sociologie du droit", Repères , La découverte-Syros, Paris, 2000.

SOURIOUX J.-L., LERAT P. : "Le langage du droit", PUF, Collection SUP, Paris, 1975.

STRAUSS L. : "Droit naturel et histoire", Champs-Flammarion, n° 158, Paris, 1986.

TEUBNER G. : "Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation", Bruylant-LGDJ, Paris, Bruxelles, 1996.

THOMASSET C. et BOURCIER D. (dir.) : "Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine", Bruylant, Bruxelles, 1997.

TIMSIT G. : "Thèmes et systèmes de droit", PUF, Les voies du droit, Paris, 1986.

TIMSIT G. : "Les noms de la loi", PUF, Les voies du droit, Paris, 1991.

TIMSIT G. : "Les figures du jugement", PUF, Les voies du droit, Paris, 1993.

UNION ACADÉMIQUE INTERNATIONALE : "Dictionnaire de la terminologie du droit international", Sirey, Paris, 1959.

VAN DE KERCHOVE M. : "L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire", Bruxelles, FUSL, 1978.

VANNIER G. : "Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman", PUF, L'interrogation philosophique, Paris, 2001.

VILLEY M. : "Philosophie du droit", 2^e édition, Dalloz, Paris, 1978.

WESCHE S., ZANETTI V. : "Dworkin : un débat", Ousia mentis, Collection Recueil, Paris, 1999.

WINTGENS L. J. : "Droit, principes et théories : pour un positivisme critique", Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit, Bruylant, Bruxelles, 2000.

WROBLESKI J. : "Le rôle des principes dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique", Intervention au Centre de théorie du droit, Paris X Nanterre, 1983.

I-2 Théorie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement, Philosophie de l'environnement

FERRY L. : "Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'homme", Grasset, Paris, 1992.

GODARD O. (dir.) : "Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines", Maison des sciences de l'homme, INRA, Paris, 1997.

LARRÈRE C. : "Les philosophies de l'environnement", PUF, Paris, 1997.

LARRUE C. : "Analyser les politiques publiques d'environnement", Logiques politiques, L'Harmattan, Paris, 2000.

OST F. (dir.) : "L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique", FUSL, Bruxelles, 1991.

OST F. : "La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit", La découverte, Paris, 1995.

OST F. et GUTWIRTH S. (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", Bruxelles, FUSL, 1996.

RENARD D., CAILLOSSE J., DE BÉCHILLON D (dir.) : "L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit", Collection droit et société, n°30, LGDJ, Paris, 2000.

SERRES M. : "Le contrat naturel", François Bourin, Paris, 1990.

I-3 Droit public

BRAIBANT G. et STIRN B.: "Le droit administratif français", 5^{ème} édition, Presses de sciences po & Dalloz, Collection amphithéâtre, Paris, 1999.

CHAPUS R. : "Droit administratif général", Tome I, 14^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2000.

COMBACAU J., SUR S. : "Droit international public", Domat, Paris, Montchrestien, 1999.

DUPUIS P.M. : "Droit international public", 4^è édition, Précis Dalloz, Paris, 1998.

FAVOREU L. (dir.) : "Droit constitutionnel", 5^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2002.

FAVOREU L. et PHILIP L. : "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", DALLOZ, 14^{ème} édition, Paris, 2003.

MATHIEU B., VERPEAUX M. : "Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux", LGDJ, Paris, 2002.

PELLET A., QUOC DINH N., DAILLER P. : "Droit International Public", LGDJ, 1999.

RIVERO J. et WALINE J. : "Droit administratif", Précis Dalloz, 18^{ème} édition, Paris, 2000.

ROUSSEAU D. : "Droit du contentieux constitutionnel", Montchrestien, Paris, 1999.

ROUSSILLON H. : "Le conseil constitutionnel", 3^{ème} édition, Connaissance du droit, Droit public, Dalloz, Paris, 1996.

SANDS P. : "Principles of international law", Manchester University press, 1995.

SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M. : "Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", 2^{ème} édition, PUF, Thémis, Paris, 2004.

VEDEL G., DELVOLVÉ P. : "Droit administratif", 12^{ème} édition, Thémis droit public, Tome I, PUF, Paris, 1994.

VLACHOS G. : "Principes généraux du droit administratif", Ellipses, Paris, 1999.

I-4 Droit privé

B. BEIGNER (dir.) : "La codification", Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996.

I-5 Droit de l'environnement.

CHEROT J.Y., SÉRIAUX A. : "Droit et environnement : propos pluridisciplinaires sur un droit en construction", PUAM, Marseille, 1995.

COMMISSION EUROPÉENNE : "Communication sur le principe de précaution", Supplément à Europe-Environnement n°561, 8 février 2000.

GODARD O. (dir.) : "Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines", Éditions de la Maison des sciences de l'homme, INRA, Paris, 1997.

HUGLO C., DE MALAFOSSE J. : "Le droit de l'environnement industriel. Dix ans de jurisprudence", La Lettre du Jurisclasseur Environnement, numéro hors série août, Éditions du jurisclasseur, Paris, août 2001.

KISS A., BEURIER J.P. : "Droit international de l'environnement", Études internationales, 3^{ème} édition, Pédone, Paris, 2004.

KOSCIUSKO-MORIZET N. : "Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°992) relatif à la Charte de l'environnement", Assemblée Nationale, n°1595, 12 mai 2004.

KOURILSKI P., VINEY G. : "Le principe de précaution : rapport au premier ministre", Odile Jacob, La Documentation française, 2000.

LASCOURMES P. in "L'éco-pouvoir. Environnements et politiques", La Découverte, Textes à l'appui, Série écologie et société, Paris, 1994.

LEGRAND J. F. : "Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques et du plan sur le projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement", Sénat, n°4, 5 octobre 1994.

MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE : "Rapport de la Commission Coppens de préparation à la Charte de l'environnement", Consultation nationale pour la Charte de l'environnement, Paris, 2003.

MORAND-DEVILLER J. : "Le droit de l'environnement", Que-sais-je ?, 4^e édition, PUF, Paris, 2000.

OFFICE PARLEMENTAIRE DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES : "Rapport sur la Charte de l'environnement (audition publique)", déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale par C. BIRRAUX, n°869, déposé sur le bureau du Sénat par H. REVOL, n°306, 21 mai 2003.

PRIEUR M. : "Droit de l'environnement", Précis Dalloz, 2004, Collection Droit public et Science politique, 5^e édition, Paris, 2004.

PRIEUR M. : "Les conséquences juridiques de la Charte constitutionnelle de l'environnement", Rapport réalisé pour le Sénat, mai 2004.

PRIEUR M. et LAMBRECHTS C (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre KISS, Frison-Roche, Paris, 1998.

RIBOT C., AUTIN J. L. : "Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité", Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Philippe COLSON, Presses Universitaires de Grenoble, 2004.

SADDIER M. : "Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi constitutionnelle (n°992) relatif à la Charte de l'environnement", Assemblée nationale, n° 1593, 11 mai 2004.

SHERIDAN M., LAVRYSEN L. : "Environmental law principles in practice", Bruylant, Bruxelles, 2002.

VERNIER J. : "Rapport au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat relatif au renforcement de la protection de l'environnement", Assemblée Nationale, n°1722, 1994.

II – Thèses et mémoires.

II-1 Théorie du droit, Légistique, Philosophie du droit, Philosophie générale.

ABDEL-RAHMAN H. : "La logique des raisonnements juridiques", Thèse Paris IV, 1975.

BERTRAND A. : "Les dispositions législatives non prescriptives : contribution à l'étude de la normativité", Thèse droit, Toulouse I, 2000.

CHAMPEIL-DESPLATS V. : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques", Thèse droit public, PUAM, ECONOMICA, Collection droit public positif, Paris, 2001.

DIEBOLT S. : "L'évolution rétroactive des concepts juridiques", Mémoire de DEA, sous la direction de Michel TROPER, Université Paris X Nanterre, 1994, 82 p.

II-2 Théorie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement, Philosophie de l'environnement.

NAIM-GESBERT E. : "Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement : contribution à l'étude des rapports de la science et du droit", Thèse Lyon, 1997.

II-3 Droit public.

GAUDEMET Y. : "Les méthodes du juge administratif", LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1972.

PELLET A. : "Recherches sur les principes généraux du droit en droit international", Thèse, Paris, 1974.

RIALS S. : "Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité", LGDJ, Paris, 1980.

II-4 Droit privé.

DE BECHILLON M. : "La notion de principe général en droit privé", Thèse publiée, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1998.

II-5 Droit de l'environnement.

DE SADELEER N. de : "Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement", Thèse publiée, Bruylant-AUF, Bruxelles, 1999.

FOUCHER K. : "Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique", Thèse publiée, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2002.

GOSSEMENT A. : "Le principe de précaution. Essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique", Thèse publiée, L'Harmattan, Logiques juridiques, Paris, 2003.

HUTEN N. : "Les apports de la Charte de l'environnement à l'ordre juridique interne", mémoire de DEA de droit de l'environnement, sous la direction de L. FONBAUSTIER, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne et de Paris II Panthéon-Assas, 2003.

III – Articles, chroniques, notes de jurisprudence

III-I Théorie du droit, Légistique, Philosophie du droit, Philosophie générale.

AMSELEK P. : "Norme et loi", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 25, "La loi", Sirey-CNRS, Paris, 1980, p 89-107.

AMSELEK P. : "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", in MORAND A.C. (dir.) : "L'État propulsif", Publisud, Paris, 1991, p 129-154.

AMSELEK P. : "Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit", in TERRÉ F. (dir.) : "Le doute et le droit", Dalloz, Paris, 1994, p 57-78.

AMSELEK P. : "La part de la science dans les activités des juristes", *Dalloz* 1997, chronique, p 337-342.

ARNAUD A.J. : "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation", *Droit et Société*, n°35/1997, p 11-35.

ARNAUD A.J. : "Repenser le droit pour l'époque post-moderne", *Courrier du CNRS* n°75, 1990, p 81.

ARNAUD A. J. : "Catégorie", in A. J. ARNAUD : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, Paris 1993, p 58-60.

ATIAS C. : "Des réponses sans questions : 1804-1899-1999, quantitatif et qualificatif dans le savoir juridique", *Dalloz* n°42/1998, p 406-408.

AUBENQUE P. : "La loi selon Aristote", *Archives de philosophie du droit*, Tome 25 : "La loi", Sirey, 1980, p 147-157.

AUBY J.B. : "Prescription juridique et production juridique", *RDP*, 1988, p 673-686.

BATIFOL H. : "Le déclin du droit, examen critique", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 8, 1963, p 43.

BERGEL J.L. : "De quelques procédés d'expression normative", in MORAND A.C. (dir.) : "Légistique formelle et matérielle", Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, p 161-176.

BERGEL J.L. (dir.) : "Les modes de réalisation du droit", "Cahiers de méthodologie juridique", *Droit prospectif, Revue de la recherche juridique, PUAM*, n°7, 1992, p 897-1142.

BLANCHARD F. : "Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation", in BOURCIER D., MACKAY P. (dir.) : "Dire le droit. Langue, texte et cognition", LGDJ, Collection "Droit et société", Paris, 1992, p 223-232.

BLANKENBURG E. : "La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en œuvre (le concept "d'implémentation")", *Droit et Société*, n° 2- 1986, p 73-94.

BOURCIER D., CATTI E. : "Du code au cyber-code : peut-on simplifier le droit ?", *Revue française d'administration publique*, n°81, janvier 1997, p 51-64.

- BOURDIEU P. : "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Dossier "La force du droit", 1986, p 3-86.
- BOURDIEU P. : "Habitus, code et codification", *Actes de la recherche en sciences sociales*, Dossier "La force du droit", 1986, p 40-44.
- BOURETZ P. : "Prendre le droit au sérieux : de Rawls à Dworkin", in "La force du droit", Éditions Esprit, 1991, p 59-89.
- BOURETZ P. : "Le droit et la règle : Herbert L. A. Hart", in "La force du droit", Éditions Esprit, 1991, p 41-57.
- BOURETZ P. : "La force du droit", in "La force du droit", Éditions Esprit, 1991, p 9-37.
- BOURETZ P. : "Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge", *Pouvoirs* n°74, 1995, p 71-81.
- BOY L. : "Normes", *Revue internationale de droit économique*, n°2/1998, p 115-146.
- BUERGISSER M. : "La pesée des intérêts comme méthode : bref aperçu historique", in C.-A. MORAND (Dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 2-15.
- BUERGISSER M., PERRIN J.F. : "Interessenjurisprudenz. Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement", in P. GERARD (dir.) : "Droit et intérêt", Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1990, p 327-353.
- BURDEAU : "Le déclin de la loi", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 8, 1963, p 35-42.
- CARTY A. : "L'impact de Dworkin sur la philosophie du droit anglo-américaine", *Droit et Société* n°2/1986, p 7-16.
- CHANTEUR J. : "La loi chez Platon", *Archives de philosophie du droit*, Tome 25 : "La loi", Sirey, Paris, 1980, p 137-146.
- CHEVALLIER J. : "La rationalisation de la production juridique", in MORAND C. A. (dir.) : "L'État propulsif", Publisud, 1991, Paris, p 11-48.
- CHEVALLIER J. : "La dimension symbolique du principe de légalité", in MORAND A.C. (dir.) : "Figures de la légalité", Publisud, Paris, 1992, p 55-90.
- CHEVALLIER J. : "La juridicisation des préceptes managériaux", *Politiques et management public*, n°4/1993, p 111-134.
- CHEVALLIER J. : "Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique", *RDP* n°3/1998, p 659-690.
- CHEVALLIER J. : "Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation", in C.A. MORAND (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001 p 37-61.

- COMBACAU J. : "Le droit international : bric à brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit* n°31/1986, Sirey, Paris, p 85-106.
- COPPENS P., BERTEN A. : "Objectivité et représentation", in WESCHE S., ZANETTI V. : "Dworkin : un débat", Ousia mentis, 1999, Collection Recueil, p 165-204.
- COSTE J.F., DELMAS-MARTY M. : "Politique criminelle et droits de l'homme : vers une logique floue", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 1990, p 24.
- COSTE J.F., DELMAS-MARTY M. : "L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur logiques et droit", in D. BOURCIER (dir.) : "Dire le droit", LGDJ, 1992, p 119.
- DE BÉCHILLON D. : "L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, janvier 1994, p 245-274.
- DE BÉCHILLON D. : "L'imaginaire d'un code", *Droits. Revue française de théorie et de cultures juridique*, n°27, 1998, p 173- 184.
- DELMAS-MARTY M. : "La mondialisation du droit : chances et risques", *Dalloz* 1999, chronique p 43-48.
- DELMAS-MARTY M. : "Les processus de mondialisation du droit", in MORAND C. A. (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 63-80.
- DEMERS D.L. : "Les concepts flous, l'interprétation constructiviste et la modélisation", in C. THOMASSET et D. BOURCIER (dir.) : "Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine", Bruylant, Bruxelles, 1997, p 221-246.
- DURAN P. : "Piloter l'action publique avec ou sans le droit ?", *Politique et management public*, vol. 11, n°4/1993, p 1-45.
- DYENS S., SALES E. : "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen?", *Revue administrative*, n°291, p 275-284.
- EWALD F. : "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°3/1986, p 137-142.
- EWALD F. : "Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit", *Critique*, 1986, p 789-793.
- EWALD F. : "Le droit du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31 : "Le système juridique", SIREY, CNRS, 1986, pages 245-259.
- EWALD F. : "Droit et histoire", in Association française de philosophie du droit : "Droit, histoire, nature. Michel Villey philosophe du droit", PUAM, 1985, p 129-137.
- FERNBACH N. M. : "La simplification du texte juridique : étude comparative", in CENTRE INTERNATIONAL DE LA COMMON LAW EN FRANÇAIS : "Français juridique et science du droit", Bruylant, Bruxelles, 1995, page 105-121.
- FEVRIER J.M. : "Remarques sur la notion de norme permissive", *Dalloz* n°28/1998, chronique p 271-274.

- FORTIER R. : "La fonction normative des notions floues", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n° 3/1991, p 755-768.
- FREIBURGHANUS D. : "Le développement des moyens d'action étatiques", in MORAND A.C.(dir.) : "L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", Publisud, Paris, 1991, p 49-63.
- FREUND J. : "La rationalisation du droit selon Max Weber", *Archives de philosophie du droit*, Tome 23, Sirey-CNRS, 1978, p 69-92.
- GARANT P. : "Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires au Canada", in *Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, Paris, 1996, p 275-291.
- GARAPON A. : "La question du juge", *Pouvoirs* n°74, 1995, p 13-26.
- GARCIA AMADO J. A., JUAN A. : "Niklas Luhmann : autorégulation et sociologie du droit", *Droit et Société*, n°11-12/1989, p 12-58.
- GARCÍA AMADO J.A. : "La société et le droit chez Luhmann" in A. J. ARNAUD et P. GUIBENTIF (dir.) : "Niklas Luhmann observateur du droit", Collection droit et société vol. 5, LGDJ, Paris, 1993, page 101-145.
- GARDIES J. L. : "La structure logique de la loi", *Archives de Philosophie du Droit* Tome 25, 1980, p 108-121.
- GIANFORMAGGIO L. : "La conception volontariste du droit du demier Kelsen", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°28/1999 : "La volonté", p 99-112.
- GOYARD FABRE S. : "L'inspiration kantienne de Hans Kelsen", *Revue de métaphysique et de morale*, avril-juin 1978, p 183-204.
- GOYARD-FABRE S : "Les fondements de la légalité", in MORAND A.C. (dir.) : "Figures de la légalité", Publisud, Paris, 1992, p 29-54.
- GOYARD-FABRE S. : "Comment le droit a détruit le droit", *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, n° 77/2001 "Nietzsche et le droit", p 19-30.
- GRIZE J. B. : "Déduction et inférence", in D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.) : "Dire le droit. Langue, texte et cognition", LGDJ, Collection "Droit et société" n°3, Paris, 1992, pages 233-236.
- GRUA F. : "Les divisions du droit", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/1993, p 59-71.
- GRZEGORCZYK C. : "Le rôle du performatif dans le langage du droit", *Archives de Philosophie du droit* tome 19 : "Le langage du droit", Sirey, Paris, 1974, p 229-241.
- GRZEGORCZYK C. : "Le droit comme interprétation officielle de la réalité", *Droits. Revue de théorie juridique*, n°11/1990, page 31-34.
- GUASTINI R. : "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", *Droit et Société*, n°2/1986, p 17-28.
- GUTMANN D. : "L'objectif de la simplification du langage législatif", in MOLFESSIS N. (dir.) : "Les mots de la loi", *Économica, Études juridiques*, Paris, 1999, p 73-88.

- HÉRON J. : "Existe-t-il des règles de non imputation ?", in "Écrits en hommage à Gérard Comu", Paris 1994, p 217-226.
- HUBERLANT C. : "Antinomies et recours aux principes généraux", in C. PERELMAN (dir.) : "Les antinomies en droit", Travaux du Centre national de recherches logiques, Bruylant, Bruxelles, 1965, page 204-236.
- HUISMAN D. : "Michel Foucault", article in "Dictionnaire des philosophes", PUF, 1984, Paris, Tome I, p 941.
- HUSSON L. : "Les apories de la logique juridique", in Centre de philosophie du droit comparée de Toulouse : "La logique juridique", Toulouse, 1967, p 29-63.
- HUSSON L. : "L'infrastructure du raisonnement juridique", in C. PERELMAN (dir.) : "Études de logique juridique", Travaux du centre national de recherches logiques, Volume V, Bruylant, Bruxelles, 1973, p 3-20.
- JEAMMAUD A. : "Les règles juridiques et l'action", *Dalloz* 1993, chronique, p 207-212.
- JEAMMAUD A. : "La règle de droit comme modèle", *Dalloz* 1990, chronique, p 199-210.
- JESTAZ P. : "La sanction ou l'inconnue du droit", *Dalloz* 1986, chronique, p 197-204.
- JESTAZ P. : "Les standards dans les divers systèmes juridiques : rapport de synthèse", *Droit prospectif. Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de Méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM 1988/4, p 1181-1193.
- JESTAZ P. : "Le langage et la force contraignante du droit", in INGBER L., VASSART P. : "Le langage du droit", Nemesis, Travaux du centre national de recherches logiques, 1991, p 69-86.
- JOUANJAN O. : "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°37/2003, numéro spécial : "Michel Troper", p 31-48.
- JUST G : "La jurisprudence herméneutique et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°40, 2004, p 219-243.
- KALINOWSKI G. : "Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit", *Archives de Philosophie du Droit* Tome 23, Sirey, Paris, 1978 p 60-68.
- KALINOWSKI G. : "La logique juridique et son histoire", *Archives de Philosophie du droit*, n°27/1982, p 275-289.
- KAMTO M. : "La mise en œuvre et le suivi du droit international de l'environnement. Rapport introductif général" in "M. PRIEUR (dir.) : "Mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones", Agence universitaire de la francophonie, PULIM, 2003, p 9-41.
- KOUBI G. : "Questionnements sur les mots dans les textes juridiques : lecture, interprétation et traduction", in D. Bourcier, C. THOMASSET : "Interpréter le droit : le sens l'interprète, la machine", Bruylant, Bruxelles, 1997, p 197-219.

- KDHIR M. : "Vers la fin de la sécurité juridique en droit français", *Les Petites Affiches*, 16 août 1993, n° 98, p 9-12.
- LAJOIE A., ROBIN R., CHITRIT A. : "L'apport de la rhétorique et de la linguistique à l'interprétation des concepts flous", in D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.) : "Dire le droit, langue, texte et cognition", LGDJ, Collection "Droit & Société", n°3, Paris, 1992, p 155-163.
- LASCOUMES P., SERVERIN E. : "Théories et pratiques de l'effectivité du droit", *Droit et Société*, n° 2/1986, p 155-177.
- LASCOUMES P. : "L'analyse sociologique des effets de la norme : de la contrainte à l'interaction",
- LATOURNERIE D. : "La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration", *La Revue administrative*, 1981, p 591-595.
- LEADER S. : "Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Dworkin", *Droit et Société*, n°2/1986, p 29-52.
- LEFAS A. : "Essai de comparaison entre le concept de natural justice en droit administratif anglo saxon et les principes généraux du droit ainsi que les règles générales de procédure correspondant en droit français", *Revue internationale de droit comparé*, 1978, page 745-775.
- LUHMANN N. : "L'unité du système juridique", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 31 : "Le système juridique", 1986, Sirey, Paris, p 161-188.
- MAC CORMICK N. : "La texture ouverte des règles juridiques", in AMSELEK P. et GRZEGORCZYK C. (dir.) : "Controverses autour de l'ontologie du droit", PUF Questions, 1989, Paris, p 109-126.
- MACKAY E. : "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", *Langages*, n°53/1979, p 33-50.
- MAC LAUHLAN W. : "La fonction communicationnelle de la loi", in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT (dir.) : "L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques", Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Paris, 1996, p 363-370.
- MAISANI P., WIENER F. : "Réflexions autour de la conception post-moderne du droit", *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n°27/1994, p 443-464.
- MANAÏ D. : "La raison juridique : mono-rationnelle ou pluri-rationnelle?", in "Procès, cahier d'analyse politique et juridique", 1983, n°13, p 151-163.
- MAZEN N.J. : "Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique", *Les petites affiches*, n°149, 14décembre 1994, p 70-78.
- MOCKLE D. : "Crise et transformation du modèle légicentrique", in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT (dir.) : "L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques", Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, Paris, 1996, pages 17-52.
- MODERNE F. : "Légitimité des principes généraux et théorie du droit", *RFDA* 4/1999, p 722-742.

- MODERNE F. : "Pierre Bourdieu et la codification : regards d'un juriste de droit public", *RFDA* n°6/2004, p 1062-1067.
- MONIN L. : "Droit et pouvoir selon Michel Foucault", in F. RIGAUX, G. HAARSCHER, P. VASSART (dir.) : "Droit et pouvoir", Tome I : "La validité", Centre interuniversitaire de philosophie du droit, Story Scientia, Bruxelles, 1987, p 41-51.
- MOOR P. : "Introduction à la théorie de la légalité", in MORAND C. A. : "Figures de la légalité", Publisud, Paris, 1992, p 11-28.
- MOOR P. : "Intérêts publics et intérêts privés", in MORAND C.A. (dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 17-39.
- MORAND C.A. : "Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, PUAM, n°4/1989, p 853-877.
- MORAND C. A. : "La légalité de la légalité", in MORAND C. A. : "Figures de la légalité", Publisud, Paris, 1992, p 185-203.
- MORAND C. A. : "La simplification des procédures ou comment faire simple avec du complexe ?" in C. A. MORAND (dir.) : "Aménagement du territoire et protection de l'environnement : la simplification des procédures", Publié par, Helbing & Lichtenmann, Bâle et Francfort sur le Main, 1995, Faculté de droit de Genève, p 247-262.
- MORAND C.A. : "La fin des règles fixes", *Revue européenne des sciences sociales*, n°34/1996, p 195-205.
- MORAND C.-A. : "Structures temporelles de la loi", in P.A. CÔTÉ, J. FRÉMONT (dir.) : "Le temps et le droit", Actes du quatrième congrès de l'association internationale de méthodologie juridique, Éditions Y. BLAIS Inc., Québec, 1996, p 55-77.
- MORAND C. A. : "Éléments de légistique formelle et matérielle", in MORAND C. A. (dir.) : "Légistique formelle et matérielle", Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, p 17-45.
- MORAND C. A. : "Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations", in MORAND C. A. (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 81-105.
- MORAND C. A., OST F. : "Y-a-t-il un texte dans le prétoire ?", *RIEJ* n°42/1999, p 1-6.
- NERHOT P. : "Le fait du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, Sirey-CNRS, 1986, p 261-279.
- NIORT J. F. : "Formes et limites du positivisme juridique", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°1/1993, p 157-192.
- NIORT J. F., VANNIER G. : "Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°19/1994, p 161-168.
- NITSCH N. : "L'inflation juridique et ses conséquences", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Sirey-CNRS, 1982, p 161-179.

OPPETIT B. : "L'hypothèse du déclin du droit", *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°4/1986, p 9-20.

OPPETIT B. : "De la codification", in B. BEIGNER (dir.) : "La codification", Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, p 7-18.

ORIANNE P. : "Les standards et les pouvoirs du juge", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique, Cahiers de Méthodologie juridique* n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM, 1988/4, p 1037-1068.

OST F. : "La régulation : des horloges et des nuages", in OST F., JADOT B. (dir.) : "Élaborer la loi aujourd'hui : mission impossible ?", FUSL, Bruxelles, Bruylant, 1999, p 11-34.

OST F. : "Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge", in P. BOURETZ : "La force du droit. Panorama des débats contemporains", Éditions Esprit, Collection philosophie, Paris, 1991, p 241-272.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M. : "De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science juridique", *Archives de philosophie du droit*, Tome 33, Sirey-CNRS, 1988, p 177-206.

OST F. : "Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, 1986, Sirey, Paris, p 133-162.

OST F. : "L'interprétation systématique et logique et le postulat de la rationalité du législateur", in KERCHOVE M. Van de : "L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire", Bruxelles, FUSL, 1978, p 97.

OST F., MORAND C. A. : "Y-a-t-il un texte dans le prétoire ?", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999-42, p 1-6.

OST F., VAN DE KERCHOVE M. : "Le jeu de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique", *Archives de Philosophie du Droit*, tome 27, Sirey-CNRS, 1982, p 395-409.

PACTEAU B. : "La sécurité juridique : un principe qui nous manque ?", *AJDA* 1995, p 151-155.

PATTARO E. : "Les principes généraux du droit entre raison et autorité", in VASSART P., HAARSCHER G., INGBER L., VAN DER ELST R. : "Arguments d'autorité et arguments de raison en droit", Travaux du centre national de recherches logiques, Nemesis, Bruxelles, 1988, p 273-290.

PAULSON S. L. : "La normativité dans la Théorie Pure du Droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendants ?" (traduit par Françoise Michaut), *Droit et Société*, n°7/1987, p 341-362.

PERELMAN C. : "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", in PERELMAN C. et VAN DER ELST R. (dir.) : "Les notions à contenu variable en droit", Bruylant, Bruxelles, 1984, p 363-374.

PETEV V. : "Standards et principes généraux du droit", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique, Cahiers de Méthodologie juridique* n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM, 1988/4, p 825-831.

PETEV V. : "Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur", in MORAND C. A. (dir.) : "Légistique formelle et matérielle", Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, p 299-307.

PINARD D. : "Le droit et le fait dans l'application des standards", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique, Cahiers de Méthodologie juridique* n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM, 1988/4, p 1069-1122.

PIZZORUSSO A. : "Standards et contrôle de constitutionnalité des lois", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique, Cahiers de Méthodologie juridique* n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", PUAM, 1988/4, p 977-987.

POIRIER R. : "Rationalité juridique et rationalité scientifique", *Archives de Philosophie de Droit*, Tome 23, Sirey, Paris, 1978, p 11-34.

POMART C. : "Les dispositions légales non normatives : une invitation à penser la légalité en termes de continuum", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°3/2004, p 1679-1697.

PRAETERE T. de : "La justification du principe de non contradiction", *Revue philosophique de Louvain*, n°1/1998, page 51-63.

PUTMAN E. : "Le syncrétisme dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique, Cahiers de méthodologie juridique* n°7 : "Modes de réalisation du droit", PUAM, 1992/4, p 952-959.

PUTMAN E. : "Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n°4/1989, p 879-893.

RAZ J. : "Legal principles and the limits of the law", *Yale Law Journal*, 1972, p 823-854.

RENOUX T. S. : "La liberté des juges", *Pouvoirs* n°74, 1995, p 55-70.

RIALS S. : "Les standards : notion critique du droit", in PERELMAN C. (dir.) : "Les notions à contenu variable en droit", Bruylant, Bruxelles, 1984, p 39-53.

RIALS S. : "La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néo-classique", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, , n°37/2003, numéro spécial : "Michel Troper", page 49-85.

RIALS S. : "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 31, Sirey-CNRS, 1986, p 57-76.

RICHEVAUX M. : "La rédaction législative à l'épreuve de la pratique", in MORAND C.-A. (dir.) : "Légistique formelle et matérielle", Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, p 179- 200.

ROUHETTE G. : "L'article premier des lois", in N. MOLFESSIS (dir.) : "Les mots de la loi", *Études juridiques*, Economica, Paris, 1999, p 34-54.

SACCO R. : "Le droit muet", *Revue trimestrielle de droit civil*, n°4/1995, p 783-796.

SALMON J. : "La construction juridique du fait en droit international", *Archives de Philosophie de Droit*, Tome 32, Sirey, Paris, 1987, p 136-151.

- SAMPER C. : "Argumentaire pour l'application de la systémique au droit", *Archives de Philosophie du Droit*, n°43, Sirey, Paris, 1999, p 327-348.
- STAMATIS C. M. : "La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale", *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 31, Sirey, Paris, 1986, p 45-55.
- STOCKINGER P. : "Possibilités d'une représentation conceptuelle de la situation normative", *Droit et Société* n°8/1988, p 29-44.
- STOCKINGER P. : "Concept", in ARNAUD A. J. (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, Paris 1993, p 87-89.
- TANQUEREL T. : "La pesée des intérêts vue par le juge administratif", in C.-A. MORAND (Dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 189-213.
- TARUFFO M. : "La justification des décisions fondées sur des standards", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, Cahiers de méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", n°4/1984, p 1123-1145.
- TERRÉ F. : "La crise de la loi", *Archives de Philosophie du Droit*, tome 25, p 17-28.
- TEUBNER G. : "Un droit spontané dans la société mondiale ?", in MORAND C. A. (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 197-220.
- THIBIERGE C. : "Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p 599-628.
- TIMSIT G. : "Science juridique, science du texte", in BOURCIER D., MACKAY P.(dir.) : "Dire le droit. Langue, texte et cognition", LGDJ, Paris, 1992, p 457-464.
- TIMSIT G. : "La codification, transcription ou transgression de la loi ?", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°24/1996, p 83-93.
- TROPER M. : "Présentation dossier Ronald Dworkin, première partie", *Droit et Société*, n°1/1985, p 29-33.
- TROPER M. : "Le juge pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", *Droit et Société*, n°2/1986, p 53-72.
- TROPER M. : "Une théorie réaliste de l'interprétation", in O. JOUANJAN (dir.) : "Dossier théories réalistes du droit", *Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg*, n°4/2000, p 51-68.
- TROPER M. : "L'élaboration du droit : la jurisprudence", *Revue administrative*, numéro spécial n°3/2000, p 86-87.
- TROPER M. : "Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges", in COLLIARD J.-C. et JÉGOUZO Y. (dir.) : "Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC", Economica, Paris, 2001, p 49-65.

- VALADIER P. : "Nietzsche et la noblesse du droit", *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, n° 77/2001 "Nietzsche et le droit", p 31-38.
- VAN HOECKE M. : "Définitions légales et interprétation de la loi", *Droit et Société* n°8/1998, p 101-111.
- VAN HOECKE M. : "Comment les normes juridiques sont-elles formulées dans les textes législatifs ?", in L. INGBER, P. VASSART (dir.) : "Le langage du droit", Nemesis, Travaux du centre national de recherches logiques, 1991, p 107-122.
- VILLA V. : "La science juridique entre descriptivisme et constructivisme", in P. AMSELEK (dir.) : "Théorie du droit et science", PUF, Léviathan, Paris, 1994, page 281-291.
- VILLEY M. : "Le droit dans les choses", in AMSELEK P. ET GRZEGORCZYK C. (dir.) : "Controverses autour de l'ontologie du droit", PUF Questions, Paris, 1989, p 11-26.
- VITANYI B. : "La signification de la généralité des principes du droit", *RGDIP* 1976, p 536-543.
- VITANYI B. : "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de PGD", *RGDIP* 1982, p 49-116.
- WALINE M. : "Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?", in "Mélanges en l'honneur de Jean DABIN", Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1963, p 359-371.
- WEINBERGER O. : "Luhman'S approach to ethics, jurisprudence, and legal sociology : my reason for doubt", *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale*, n°4/1996, p 543-552.
- WILLKE H. : "La théorie autopoïétique du droit : autonomie du droit et transférences contextuelles", in AMSELEK P. (dir.) : "Controverses autour de l'ontologie du droit", PUF Questions, 1989, p 161-177.
- WILLKE H. : "Trois types de structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels", in MORAND C.-A. (dir.) : "L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État", Publisud, Paris, 1991, p 65-94.
- WROBLESKI J. : "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit", *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, n° 4/1988, Cahiers de méthodologie juridique n°3 : "Les standards dans les divers systèmes juridiques", p 848-867.
- WROBLESKI J. : "Principes du droit", in A. J. ARNAUD (dir.) : "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", LGDJ, 1993, p 474-476.
- WROBLESKI J. : "The general principles of law", Rapports polonais présentés au Sixième Congrès international de droit comparé, Varsovie, 1962, p 218-234.
- WROBLESKI J. : "Les langages juridiques, une typologie", *Droit et Société* n°8/1988, p 13-28.
- ZARKA Y. C. : "Foucault et le concept non juridique du pouvoir", "Cités. Philosophie, politique, histoire" n° 2/2000, mars 2000, n° spécial : "Michel Foucault : de la guerre des races au bio-pouvoir", PUF, 246 pages, p 41-52.

III-2 Théorie du droit de l'environnement, Philosophie du droit de l'environnement.

CAILLÉ A., CHANIAL P., VANDENBERGHE F. : "Chassez le naturel... Écologisme, naturalisme et constructivisme", Présentation du numéro spécial de la revue *Recherches. Revue du M.A.U.S.S.* n°17/2001, p 5-21.

COUDEL C. : "Le principe de précaution. Précaution, philosophie et droit", *Droit de l'environnement* n° 90, juillet août 2001, p 172-175.

DELHOSTE M. F. : "Le langage scientifique dans la norme juridique", in Institut Fédératif "Environnement et eau" : "Incertitude juridique, incertitude scientifique", Les cahiers du CRIDEAU n°3, p 57-87.

DOUSSAN I. : "La place de la discipline juridique dans la problématique environnementale", Dossier de l'environnement de l'INRA, 1999, n°17, p 85-94.

GOSSERIES A. : "L'éthique environnementale aujourd'hui", *Revue philosophique de Louvain*, Tome 96, n°3, 1998, p 395-204.

GUTWIRTH S. : "Sciences et droit de l'environnement : quel dialogue ?" in F. OST, S. GUTWIRTH (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement?", FUSL, Bruxelles 1996, p 21-42.

HERMITTE M. A. : "Santé, environnement, pour une deuxième révolution hygiéniste", in M. PRIEUR, C. LAMBRECHT (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche, Paris, 1998, p 23-44.

KNOEPFEL P. : "Les cycles écologiques et le principe de légalité. De la nécessité d'assouplir les liens de causalité", in A.C. MORAND (dir.) : "Figures de la légalité", Publisud, Paris, 1992, p 141-184.

LASCOUMES P. : "La précaution : un nouveau standard de jugement", *Esprit*, novembre 1997, p 129-140.

LASCOUMES P. : "Les arbitrages des intérêts légitimes en matière d'environnement - L'exemple des lois Montagne et Littoral", *Revue française de sciences politiques*, n°3/1995, vol. 45, juin 1995, p 396-420.

LASCOUMES P., MARTIN G. : "Des droits épars au Code de l'environnement", *Droit et société*, 30-31/1995, p 323-343.

MARTIN G. : "Principes pour une codification de l'environnement (à la lumière de l'expérience française)", in "Quel avenir pour le droit de l'environnement?", Bxl, FUSL, 1996, p 287-307.

MONÉDIAIRE G. : "Qualification matérielle et qualification juridique des faits : expertise et droit de l'environnement", INSTITUT FÉDÉRATIF ENVIRONNEMENT ET EAU : "Incertitude juridique. Incertitude scientifique", Les cahiers du CRIDEAU, n°3, Pulim, 2001, p 107-143.

MORAND C. A. : "La coordination matérielle : de la pesée des intérêts à l'écologisation du droit", *Le droit de l'environnement dans la pratique*, n°5/1991, p 201-225.

MORAND C. A. : "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", in OST F. et GUTWIRTH S. (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", Bruxelles, FUSL, 1996, p 261-285.

NAIM-GESBERT E. : "Expertise scientifique et droit de l'environnement", F. OST et S. GUTWIRTH (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", FUSL, Bruxelles 1996, p 43-88.

OST F. : "Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature", C. A. MORAND (dir.) : "Le droit saisi par la mondialisation", Collection droit international, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 5-36.

PRIEUR M. : "Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement", in Institut Fédératif "Environnement et eau" : "Incertitude juridique, incertitude scientifique", Les cahiers du CRIDEAU n°3, p 9-15.

RIBOT C. : "L'influence des principes généraux du droit de l'environnement", in "Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité", Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe COLSON, Presses universitaires de Grenoble 2004, p 393-411.

ROUYÈRE A. : "Le droit comme indice. Existe-t-il des politiques d'environnement ?", in D. RENARD, J. CAILLOSSE, D. de BÉCHILLON (dir.) : "L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit", Collection droit et société, n°30, LGDJ, Paris, 2000, p 92.

SOHNLE J. : "Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement" (1^{ère} partie), *REDE*, n°3/1998, p 262-285.

SOHNLE J. : "Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement" (2^{ème} partie), *REDE*, n°4/1998, p 449-463.

SOHNLE J. : "Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J. : l'affaire Gabçikovo-Nagymaros", *RGDIP* n°1/1998, p 84-121

III-3 Droit public.

BACHELIER G. : "Le référé-liberté", *RFDA*, 2002, p 261-268.

BELORGEY J.M. : "La place des principes non écrits dans les avis et décisions du Conseil d'État français", *Revue administrative*, 52^e année, n°4/1999, n°spécial : "Les juridictions administratives dans le monde", p 78-91.

DELPÉRÉE F. : "La place des principes dans les avis et les décisions des Conseils d'État", *Revue administrative*, 52^e année, n°4/1999, n°spécial : "Les juridictions administratives dans le monde", p 122-125.

CHAPUS R. : "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", *Dalloz*, 1966, Chronique, p 99-106.

COSTA J. P. : "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle", in "Conseil constitutionnel et Conseil d'État", LGDJ, Montchrestien, p 133-144.

DRAGO G. : "La conciliation entre principes constitutionnels", *Dalloz* 1991, Chronique, p 265-269.

FAURE B. : "Les objectifs à valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?", *RFDC* n°21/1995, p 47-77.

FAVOREU L. : "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", in O. DUHAMEL et Y. MÉNÉY (dir.) : "Dictionnaire constitutionnel", PUF, Paris, 1992, p 825-826.

FAVOREU L. : "Principes généraux du droit et Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", *RFDA* n°5/1996, p 882-885.

FAVOREU L.: "La constitutionnalisation du droit", in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.) : "La constitutionnalisation des branches du droit", Association française des constitutionnalistes, PUAM, ECONOMICA, Paris,1998, p 181-195.

FAVOREU L. : "Dualité ou unité de l'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ?", in "Conseil constitutionnel et Conseil d'État", Colloque des 21 et 22 janvier 1988, LGDJ Montchrestien, Paris, 1988, p 145-190.

FRISON-ROCHE A.M., BARANÈS W. : "Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi", *DALLOZ*, 2000, chronique, p 361-368.

GENEVOIS B. : "Normes de référence du contrôle de constitutionnalité", in "L'État de droit", Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT, Dalloz, Paris, 1996, p 323-340.

GENEVOIS B. : "Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", *RFDA* 3/1998, p 475-494.

GERARD P. : "Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit", *Déviante et société*, 1988, vol 12, n°1, p 75

GICQUEL J. : "L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle", in DELMAS-MARTY M., LUCAS de LEYSSAC C. : "Libertés et droits fondamentaux", Seuil, Paris, 1996, p 238-249.

GLÉNARD G. : "Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du Code de justice administrative", *AJDA*, 2003, page 2008-2017.

KEI L. : "Les principes généraux du droit civil chinois", *Gazette du Palais*, n°183, juillet 95, p-26-27.

LEWALLE P. : "Les règles non écrites dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir : les principes généraux du droit", *Revue administrative*, 52^e année, n°4/1999, n°spécial : "Les juridictions administratives dans le monde", p 30-47.

LONG M. : "La loi", *Revue administrative*, n°324/2001, p 566-572.

LOSCHAK D. : "Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?", *Pouvoirs* n°13/1980, p 35-48.

MODERNE F. : "Actualité des principes généraux", *RFDA* 3/1998, p 495.

MORANGE G. : "Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit", *RDP* 1977, p 761-778.

PHILIP L. : "La valeur juridique de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel" in "Études offertes à Pierre Kayser", Tome II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p 317-337.

REUTER P. : "Les principes de droit international public", RCADI, 1961, Tome 133, p 425-456..

RIBES D. : "Codes en stock. Le Conseil constitutionnel et les aléas de la codification", RFDC, n° 41/2000, p 120-124.

ROUSSEAU D. : "Le conseil constitutionnel et le Préambule de 1946", *Revue administrative* n°297/1996, p 160-169.

SCHOETTL J. E. : "La codification par ordonnances", AJDA 2000, p 31-35.

SUR S. : "Quelques observations sur les normes juridiques internationales", *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, p 900-928.

VENEZIA J.C. : "Les mesures d'application", in M. LONG, G. DURRY, J. RIVERO, G. VEDEL (dir.) : "Mélanges René Chapus, Droit administratif", Montchrestien, Paris, 1992, p 673-679.

VERDROSS A. : "Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1932, II, volume 52, p 195-251.

VERPEAUX M. : "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ?", *Les Petites affiches*, n°84/1993, p 9-13.

III-4 Droit privé.

GAUTHIER P. Y. : "De l'art d'être furtif, le droit constant des codes de la propriété intellectuelle et de la consommation", in B. BEIGNER (dir.) : "La codification", Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, p 107-116.

MOLFESSIS N. : "Les illusions de la codification à droit constant", RTDC 2000, p 186-193.

III-5 Droit de l'environnement.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J. : "Le Conseil d'État et le principe de précaution : l'affaire du maïs transgénique", *Droit administratif*, juin 1999, p 4-8.

BAGHESTANI-PERREY L. : "La valeur juridique du principe de précaution", RJE n° spécial "Le principe de précaution", 2000, p 19- 27.

BARALLE J. P. : "Risque avéré de pollution et principe de précaution", *Droit de l'environnement* n°7/2000, p 9-12.

BARALLE J. P. : "Participation en droit de l'urbanisme", *Droit de l'environnement*, n°90 juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 123-127.

BARNIER M. : "L'apport de la loi", RFDA n°2/1996, Dossier spécial "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement", p 200-201.

BILLIET C. M. : "Instruments et techniques du droit de l'environnement : l'abécédaire méconnu", *Aménagement-Environnement*, décembre 2000, n° spécial "Regards sur le droit de l'urbanisme et de l'environnement au tournant du millénaire", pages 35-43.

BILLET P. : "La (dé)responsabilisation des auteurs d'atteintes à l'environnement par l'article 4 de la Charte constitutionnelle", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 25-27.

BELVÈZE H. : "Lignes directrices pour l'application du principe de précaution", *NSS* n°3/1999, p 71-77.

BENOÎT L. : "Principe de précaution téléphonie mobile et pouvoirs de police du maire", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°6/2004, p 26-27.

BENOÎT L. : "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme fondement de la prise en compte par les États des impératifs environnementaux", *Revue mensuelle du jurisclasseur environnement*, n°1/2005, p 24-26.

BENOÎT L. : "Le principe de précaution... reste un principe", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 27-29.

BERNET I. : "Des prescriptions spéciales peuvent-elles être imposées au nom du principe de précaution par le préfet avant le début du fonctionnement d'une installation soumise à déclaration ?", Note sous CAA Nantes (2^{ème} chambre) 23 juin 1999, Association pour la défense des habitants des Essarts et autres riverains et autres, *Ministre de l'Environnement*, req. N°95-64 et 95-147, *BDEI* n° 2/2000, p 32-36.

BOY L. : "La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation", *Les Petites Affiches*, n°4/1997, p 4-8.

BOY L. : "Le principe de précaution : de la morale au droit", *La Recherche*, décembre 1999, n°326, p 86-89.

BOY L. : "La nature juridique du principe de précaution", *NSS*, n°3/1999, p 5-11.

BOY L. : "Réponse à Olivier Godard", *NSS* n°1/2001, p 48-50.

BUSSON B. : "Le point de vue des associations : bilan et insuffisances", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 135-138.

CANS C. : "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", *RJE* n°2/1995, p 195-217.

CANS C. : "Le principe de précaution : nouvel élément du contrôle de légalité", *RFDA* n°4/1999, p 750-762.

CANS C., FERRU J. : "Les méandres du principe de précaution rectifiés par le juge administratif", *Droit de l'environnement*, juillet-août 2001, n°90, p 182-187.

CAUDAL S. : "Un nouvel obstacle pour l'écotaxe sur l'énergie. Commentaire de l'extrait de la décision du Conseil constitutionnel N°2000-441 du 28 décembre 2000, concernant l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes à l'énergie", *RJE*, n°2/2001, p 215-230.

- CAUDAL S. : "Le devoir de prévention : une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 23-25.
- CHABANNE-POUZYNNIN : "Le principe pollueur-payeur au travers des textes réglementaires de l'environnement industriel", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, n° spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 158-162.
- CHAGNOLLAUD D. : "Le principe de précaution est-il soluble dans la loi ?", *Dalloz* 2004, p 1103-1107.
- CHARBONNEAU S. : "De l'inexistence des principes juridiques en droit de l'environnement", *Revue Préventive et sécurité*, n°23, septembre-octobre 1995, p 43-45.
- CHARBONNEAU S. : "Le principe de précaution ou les limites d'un principe politique", *NSS* n°2/2001, p 44-50.
- CHAUMET F., EWALD F. : "Autour de la précaution", *Risques*, n°11, 1992, p 99-104.
- COHENDET M. A. : "Vers la constitutionnalisation d'un droit de l'homme à un environnement sain et équilibré" in "Vingt ans de protection de la nature", Hommage au Professeur Michel Despax, PULIM, Limoges, 1996, p 253-295.
- COHENDET M. A. : "Les effets de la réforme", *RJE*, 2003, n°spécial : "La Charte constitutionnelle en débat", p 51-68.
- COËNT J.-F. : "Ombres et lumières jurisprudentielles sur la loi littoral et philosophie du juge administratif", *RJE* 2004, n°spécial, "Le juge administratif et l'environnement", p 43-50.
- DEGUERGUE M. : "La responsabilité administrative et le principe de précaution", *RJE* 2000, numéro spécial, "Le principe de précaution", p 105-117.
- DEHARBE D. : "Le principe de proximité : un objectif législatif dépourvu de portée normative", note sous TA Melun, 17 mai 2000, Préfet du Val-de-Marne c/Commune de Saint Maur des fossés, n°991349, *Droit de l'environnement*, n°81, septembre 2000, p 7-9.
- DEHARBE D. : "Planification réglementaire et approche intégrée", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 144-147.
- DEHARBE D. : "Vers une assimilation des principes de précaution et de prévention ?", note sous Conseil d'État, 24 octobre 2001, "Commune de Marennes", n°228543, *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2002, p 18-19.
- DEHARBE D. : "La responsabilité du fait des lois environnementales : l'application inavouée du principe pollueur-payeur", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°7/2004, p 10-12.
- DEHARBE D. : "Le principe d'intégration ou une méthodologie juridique pour le développement durable", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 29-31.
- DÉJEANT-PONS M. : "Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", Mélanges Marc-André EISSEN, LGDJ, Paris, 1995, p 79-115.

DE SADELEER N. : "Les principes comme instrument d'une plus grande cohérence et d'une effectivité accrue du droit de l'environnement" in OST F. (dir.) : "Quel avenir pour le droit de l'environnement ?", 1996, FUSL, Bruylant, Bruxelles, p 239-259.

DE SADELEER N. : "Le principe de proportionnalité : cheval de Troie du marché intérieur ?", *Revue des affaires européennes*, n° spécial : "Vingt cinq ans de politique communautaire de l'environnement, bilan et perspectives", n°3-4/1999, p 379-387.

DE SADELEER N. : "Le principe de précaution : du slogan à la règle de droit", *Droit de l'environnement*, n°77, avril 2000, p 14-15.

DESCLOUX M. : "Pondération et protection de l'environnement ?", in C.-A. MORAND (Dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 87-105.

DRAGO G. : "Principes directeurs d'une Charte constitutionnelle de l'environnement", *AJDA* n°3/2004, p 133-137.

DUPUY P. M. : "Où en est le droit de l'environnement à la fin du siècle?", *RGDIP* n°4/1997, p 873-903.

DUREN J. : "Le pollueur-payeur : l'application et l'avenir du principe", *Revue du Marché Commun*, n°305, mars 1987, p 144-149.

EOCHE-DUVAL C. : "Le principe de précaution et le juge constitutionnel français : la décision IVG du 27 juin 2001", *Droit de l'environnement* n°92, octobre 2001, p 232-236.

EOCHE -DUVAL C. : "Du droit de l'environnement au droit de la santé publique : l'affirmation du principe de précaution", note sous CE, 28 juillet 2000, Association Force ouvrière consommateurs et autres, *Droit de l'environnement*, n°86, mars 2001, p 46-49.

FELDMAN J. P. : "Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement", *Dalloz* n°14/2004, chronique p 970-972.

FERRU J. : "La codification française du principe de précaution soumise aux exigences du pluralisme européen", *Droit de l'environnement*, n°85, janvier-février 2001, p 17-19.

FÉVRIER J. M. : "Les principes constitutionnels d'information et de participation", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 31-32.

GALLAND J. P. : "Les responsabilités des experts et le principe de précaution", *NSS*, n°1/1998, vol. 6, p 46-49.

GILHUIS P. : "The consequences of introducing environmental law principles in national law", in SHERIDAN M., LAVRYSEN L. (dir.) : "Environmental law principles in practice", Bruylant, Bruxelles, 2002, p 45-58.

GIRARD M. : "L'environnement, facteur tératogène pour l'expertise", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°4/2004, p 10.

GIRAUD C. : "Le droit et le principe de précaution : leçons d'Australie", *RJE*, 1997/1, p 21-36.

GODARD O. : "L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision", in "Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines", Godard (dir.), Paris, Maison des sciences de l'homme, INRA, 1997, p 37-83.

GODARD O. : "Le principe de précaution, règle impérative ou principe possibiliste en appelant au jugement", *NSS*, n°2/2000, p 56-57.

GODARD O. : "Réponse à Laurence Boy", *NSS* n°1/2001, p 50-52.

GOSSEMENT A. : "Sur la légalité des arrêtés municipaux portant interdiction des cultures d'OGM", Note sous TA Toulouse, Ord., 3 août 2004, Préfet de la Haute-Garonne c/ Commune de Bax, n°0402397-3, *Droit de l'environnement*, n°122, octobre 2004, p 183-187.

GURREY B. : "L'environnement entre dans la Constitution", *Le Monde*, jeudi 26 juin 2003, p 7.

HÉLIN J.C. : "Y-a-t-il des principes généraux de droit de l'environnement ?", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, Numéro spécial : "Les principes du droit de l'environnement", Actes du colloque organisé par l'Université d'Artois, p 193-196.

HERMITTE M.A., NOISVILLE C. : "La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement : une première application du principe de prudence", *RJE* n°3/1993, p 391-423.

HERMON C. : "Biotechnologies-OGM", note sous CE, 25 septembre 1998 et 11 décembre 1998, Association Greenpeace France, *RJE* n°4/1999, p 561-576.

HERMON C. : "Police administrative et environnement. Plaidoyer pour une police municipale environnementale", *Droit de l'environnement*, n°121, septembre 2004, p 164-170

HUGLO C. : "Pourquoi l'adoption d'une Charte constitutionnelle de l'environnement pose-t-elle tant de difficultés en France ?", *Revue mensuelle du Jurisclasseur Environnement*, n°6/2004, p 3.

HUGLO C. : "Les inconnues de la Charte de l'environnement", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 3.

JADOT B. : "La pesée des intérêts en matière d'environnement et l'aménagement du territoire en Belgique : une pesée globale ?", in Charles -Albert MORAND (Dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 107-127.

JÉGOUZO Y., LOLOUM F. : "La portée juridique de la Charte de l'environnement", *Droit administratif*, mars 2004, p 5-8.

JÉGOUZO Y. : "Les principes généraux du droit de l'environnement", *RFDA* n°2/1996, Dossier spécial "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement", p 209-217.

KAMTO M. : "Les nouveaux principes du droit international de l'environnement", *RJE* n°1/1993, p 11-21.

KAMTO M. : "Singularité du droit international de l'environnement", in M. PRIEUR et C LAMBRECHTS (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre KISS, Frison-Roche, Paris, 1998, p 315-322.

KISS A. : "Les traités cadres: une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement", *AFDI*, 1993, p 792-797.

KISS A.: "Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?", *RJE* 2002, numéro spécial : "Le code français de l'environnement", p 15-20.

KRAMER L. : "Le principe du pollueur payeur en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité CEE", *Aménagement et environnement*, n°1/1991, p 3-13.

KROMAREK P. : "Le principe de précaution vu par l'industrie", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 188-192.

LAMBERT-HABIB M.-L. : "Décentralisation constitutionnelle et environnement", *RJE* n°1/2004, p 17-32

LANOY L. : "Réflexion sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement", *BDEI* n°2/1996, p 2-7.

LASCOURMES P. : "La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité", *L'année sociologique*, vol. 46, 1996/2, Paris, PUF, p 359-380.

LE LOUARN P. : "Le principe de participation et le droit de l'environnement", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 128-134.

LEPAGE C. : "Une Charte qui fait régresser le droit de l'environnement", *Le Monde*, mercredi 16 avril 2003, p 15.

LONDON C. : "La protection de l'environnement au regard des principes fondamentaux du droit communautaire", *Les Petites Affiches*, n°82, juillet 97, p 18-24.

LONDON C. : "Constitution européenne : la protection de l'environnement acquiert ses lettres de noblesse", *Droit de l'environnement*, n°121, 7/2004, p 158-159.

MAES F. : "Environmental law principles, their nature and the law of the sea : a challenge for legislators", in SHERIDAN M., LAVRYSEN L. : "Environmental law principles in practice", Bruylant, Bruxelles, 2002, p 59-89.

MAKOWIAK J. : "Le juge administratif face aux arrêtés "anti-OGM" : de la censure à l'ouverture" ? *RJE* n°4/2004, p 385-403.

MALJEAN-DUBOIS S. : "Le projet de Charte française de l'environnement au regard du droit européen et international", *REDE* n°4/2003, p 410-426.

MANSUY V. : "Le principe de précaution : un principe en quête de méthodologie ?", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°6/2004, p 6-13.

MARGUÉNAUD J.-P. : "Inventaire raisonné des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à l'environnement", *REDE* n°1/1998, p 5-19.

MARGUÉNAUD J.-P. : "Vols de nuit et droits européen des droits de l'homme", *RJE* n°2/2002, p 171-181.

MARGUÉNAUD J.-P. : "Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme", *RJE* 2003, numéro spécial, "La Charte constitutionnelle en débat", p 15-21.

MARTIN G. J. : "Précaution et évolution du droit", *Dalloz* 39/1995, chronique, p 299-306.

MARTIN G. J. : "Principe de précaution, mesures provisoires et protection de l'environnement", *Aménagement-Environnement*, 1996/4, p 215-218.

MARTIN G. J. : "Observations d'un privatiste sur la Charte de l'environnement", *RDP* n°5/2004, p 1207-1209.

MARTIN-BIDOU P. : "Le principe de précaution en droit international de l'environnement", *RGDIP* n°3/1999, p 631-666.

MATHIEU B. : "Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15/2003, *Dalloz*, p 145-152.

MAUDHUIT S. : "La notion de compatibilité en droit de l'environnement", *BDEI* n°3/1997, p 2-10.

MILLEREAU M.W. : "Principes généraux et poursuite des objectifs de la loi sur l'air : du déclaratoire aux effets juridiques", *Droit de l'environnement*, mars 1997, n°46, p 14-15.

MORAND-DEVILLER J. : "Droit et gestion de l'environnement, un nouveau système à inventer", *Revue Française d'Administration Publique*, n°53, 1990, p 23-32.

MORAND-DEVILLER J. : "Les grands principes du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme", *Droit de l'environnement* n°95, janvier-février 2002, p 8-15.

NAÏM-GESBERT E. : "L'anormalité d'un trouble à l'ordre public écologique", *Droit de l'environnement* n°120, juillet-août 2004, p 139-141.

OST F. : "Les études d'incidence : un changement de paradigme", in F. OST (dir.) : "L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique", FUSL, Bruxelles, 1991, p 7-12.

PAPP R. : "Le concept de meilleure technologie disponible en droit de l'environnement", *BDEI* n°2/1995, p 39-44.

PÂQUES M. : "La CJCE et le principe de précaution : l'ESB et l'OGM", *Aménagement-Environnement*, n°1/2001, p 5-9.

PARADELL-TRIUS L. : "Principles of international environmental law : an overview", *Review of european community and international environmental law*, n°2/2000, p 93-99.

PÉLISSIER G. : "Le principe du pollueur-payeur dans la jurisprudence administrative", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 167-171.

PICARD V. : "Applicabilité directe de la Convention d'Aarhus lors de la modification d'une installation nucléaire de base", *Revue mensuelle du juriste de l'environnement*, n°12/2004, p 18-20.

PRIEUR M. : "Le Code de l'environnement", *AJDA*, 20 décembre 2000, p 1030-1038.

PRIEUR M. : "L'environnement entre dans la Constitution", *Droit de l'environnement*, n°106, mars 2003, p 38-42.

PRIEUR M. : "La charte, l'environnement et la Constitution", *AJDA* 3 mars 2003, p 353.

PRIEUR M. : "L'importance de la réforme constitutionnelle", *RJE*, septembre 2003, n°spécial, "La Charte constitutionnelle en débat", p 7-11.

PRIEUR M. : "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15/2003, *Dalloz*, p 130-139.

PRIEUR M. : "Un huron au Parlement", *RDP* 5/2004, p 1201-1205.

PRIEUR M. : "Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 7-11.

ROANY C. de : "Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée", *RJE* n°2/2004, p 143-156.

ROMI R. : "Politique publique d'environnement : à nouveaux concepts, nouveaux principes", *Droit de l'environnement* n°29, février-mars 1995, p 1-3.

ROMI R. : "L'ancrage du droit de l'environnement : aspects institutionnels, réglementaires et jurisprudentiels", *RDP*, n°3/1999, p 902-918.

ROMI R. : "Interdiction du Gaucho : application du «principe de prévention» et «approche de précaution»", note sous CE, 9 octobre 2002, union de l'apiculture française, n°233876, *Droit de l'environnement*, n°104, décembre 2002, p 295-297.

ROMI R. : "Les principes du droit de l'environnement dans la Charte constitutionnelle : jouer le jeu ou mettre les principes hors jeu?", *RJE* n° spécial, 2003, "La Charte constitutionnelle en débat", p 45-49.

ROMI R. : "La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement : de la grandeur à la mesquinerie ? Les contours du rapport Coppens", *Droit de l'environnement*, n°109, juin 2003, p 114-116.

ROUYÈRE A. : "L'exigence de précaution saisie par le juge", *RFDA*, n°2/2000, Dossier : "De nouveaux principes généraux du droit ?", p 266-287.

RUIZ FABRI : "La prise en compte du principe de précaution par l'OMC", *RJE* 2000, numéro spécial : "Le principe de précaution", p 55-66.

SACHS O. : "Principe de précaution et contrôle de légalité", *CJEG*, décembre 1999, p 420-426.

SANSON C. : "La genèse de la loi", Dossier spécial : "La loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement", *RFDA* n°12/1995, page 203-208.

- SMETS H. : "Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement ?", *RGDIP* n°2/1993, p 339-364.
- SMETS H. : "Le principe pollueur-payeur : un principe évolutif", *Droit de l'environnement*, n°90, juillet-août 2001, numéro spécial : "Les principes généraux du droit de l'environnement", p 155-157.
- SMETS H. : "Examen critique du PPP", in PRIEUR M. et LAMBRECHTS C (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre KISS, Frison-Roche, Paris, 1998, p 79-95.
- TANGUY Y. : "Du droit au littoral, du littoral au droit", *RJE* 2004, n°spécial, "Le juge administratif et l'environnement", p 31-37.
- THUNIS X., DE SADELEER N. : "Le PPP : idéal régulateur ou règle de droit positif ?", *Aménagement-Environnement*, n° spécial "Urbanisme et environnement : réparation et sanctions", 1995, p 3-15.
- TRÉBULLE F.G. : "OGM : une illustration de la mise en œuvre du principe de précaution", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°10/2004, p 9-15.
- TRÉBULLE F. G. : "Du droit de l'homme à un environnement sain", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 18-21.
- TREVES T. : "Le rôle du droit international de l'environnement dans l'élaboration du droit interne de l'environnement : quelques réflexions", in PRIEUR M. et LAMBRECHTS C (dir.) : "Les hommes et l'environnement", Études en hommage à Alexandre KISS, Frison-Roche, Paris, 1998, p 345-348.
- TROUILLY P. : "Le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement : obligation morale ou juridique ?", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 21-23.
- UNTERMAIER J. : "Représentation et pesée globale des intérêts en droit français de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement", in C.-A. MORAND (Dir.) : "La pesée globale des intérêts", Helbing & Lichtenmann, Faculté de droit de Genève, 1996, p 129-150.
- UNTERMAIER J.: "Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques", *RJE* n°4/1978, page 329-367.
- VERPEAUX M. : "L'enfer constitutionnel est pavé de bonnes intentions", *AJDA* n°23/2004, p 1209.
- VERPEAUX M. : "La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution", *Revue mensuelle du Jurisclasseur environnement*, n°4/2005, p 12-16.
- WINISDOERFFER Y. : "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement", *RJE* n°2/2003, p 213-228.
- WINISDOERFFER Y. : Note sous Cour européenne des droits de l'homme, 22 mai 2003, Affaire *Kyrtatos C/ Grèce*, *RJE* n°2/2004, p 171-179.

IV – Sources électroniques

IV-1 Théorie du droit, Légistique, Philosophie du droit, Philosophie générale

ARNAUD A. J. : "Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche", document accessible en ligne sur le site du réseau "Droit & Sociétés", http://sos-net.eu.org/red&s/communic/arnaud/ciress_4.htm

ARNAUD A.J. : "Crise contemporaine de nos sociétés, crise du droit et réflexion juridique", document accessible en ligne sur le site du réseau Droit & Sociétés, <http://sos-net.eu.org/red&s/communic/arnaud/arnaud5.htm>

CAYLA O. : "Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", *Cahiers du conseil constitutionnel* n°7/1999, "La Constitution, le traité et la loi contribution au débat sur la hiérarchie des normes", <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc7/cayla.htm>

DIEBOLT S. , DURRIEU C. : "Logiques non standard et droit", document accessible en ligne sur le site du réseau "Droit & Sociétés", <http://sos-net.eu.org/red&s/communic/logique1.htm>

MORAND C.A. : "Pesée d'intérêts et décisions complexes", document accessible en ligne sur le site du réseau Droit & Sociétés, <http://sos-net.eu.org/red&s/communic/morand01.htm>

CONSEIL D'ETAT BELGE, Bureau de coordination, Légistique formelle, recommandations et formules, Novembre 2001, <http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf>

IV-2 Droit public.

RUBI-CAVAGNA Eliette (dir.) : "Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes", Rapport de synthèse, Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID), GIP Mission de recherche Droit & Justice, <http://www.gip-recherche-justice.fr>

IV-3 Droit de l'environnement.

BRAIBANT G. : "L'environnement dans la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne", *Cahiers du conseil constitutionnel* n°15/2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc15/env6.htm>

KISS A. : "Environnement, droit international, droits fondamentaux", *Cahiers du conseil constitutionnel* n°15/2003, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc15/env5.htm>

Table des matières

Sommaire	p 5
Abréviations principales	p 7
Introduction	p 11
1 – L'antinomie structurelle du principe juridique	p 17
2 – L'acclimatation du principe juridique en droit de l'environnement	p 21
3 – L'hypothèse de l'empathie formelle du droit	p 25
4 – La "juridicité" des principes à l'aune d'un pluralisme méthodologique.....	p 29
5 – Sur la notion de "spécificité" appliquée à un procédé d'expression normative	p 34
PREMIÈRE PARTIE – UN PROCÉDÉ D'EXPRESSION NORMATIVE STIMULÉ PAR L'EMPATHIE FORMELLE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT	p 39
TITRE PREMIER – La dimension métaphysique du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme de la transcendance	p 43
Chapitre I – Une figure polymorphe de l'inconditionné	p 47
Chapitre II – Le principe juridique face à "l'effondrement des transcendances"	p 53
Chapitre III – Une voie médiane entre autonomie et hétéronomie	p 59
Conclusion du titre premier	p 67
TITRE DEUXIÈME – La réception d'une notion juridique incertaine en droit de l'environnement	p 69
Chapitre I – Le principe juridique écrit dans le droit français : un corpus hétérogène et dénué de régime juridique propre	p 73
Section 1 – L'encadrement relatif de la notion de principe écrit au niveau constitutionnel	p 73
§ 1 – Le paysage ordonné des principes écrits "originares"	p 74
A – Les "principes particulièrement nécessaires à notre temps" : des principes explicites	p 75
B – Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République": une "catégorie explicite de principes implicites"	p 75
§ 2 – Le paysage désordonné des principes écrits dérivés des textes par le juge.....	p 76
A – Les "principes à valeur constitutionnelle"	p 77
B – Les " objectifs à valeur constitutionnelle "	p 77
C – Les " exigences constitutionnelles "	p 78
Section 2 – La banalisation de la notion de principe écrit au niveau législatif et réglementaire	p 79
§ 1– Le développement des principes législatifs écrits n'est pas un phénomène nouveau	p 79
§ 2 – Les principes législatifs écrits sont présents dans toutes les branches du droit	p 80
§ 3 – Les principes écrits sont également utilisés par le pouvoir réglementaire	p 81
A - Les principes écrits sont utilisés dans les ordonnances.....	p 81
B - Les principes écrits sont utilisés dans les décrets	p 82
C - Les principes écrits sont utilisés dans les arrêtés.....	p 82

D - Les principes écrits sont utilisés dans les circulaires	p 83
E - Les principes écrits sont utilisés dans les annexes techniques	p 83
§ 4 - Les principes écrits sont essentiellement des dispositions liminaires	p 84
A - Les principes écrits sont utilisés pour leur dimension clarifiante	p 84
B - Les principes écrits sont utilisés pour leur dimension fondatrice	p 85
Section 3 - L'indétermination conceptuelle de la catégorie des principes juridiques écrits	p 86
§ 1- Les principes constitutionnels écrits : l'absence de régime juridique unifié	p 87
A - L'irréductibilité des catégories de principes créées par le constituant	p 87
B - La substituabilité des catégories de principes créées par voie prétorienne	p 87
1 - L'absence de distinctions de régimes juridiques entre les "principes" à valeur constitutionnelle et les "objectifs" à valeur constitutionnelle	p 88
2 - L'absence de distinctions de régimes juridiques entre les "principes" à valeur constitutionnelle et les "exigences" à valeur constitutionnelle	p 89
§ 2 - Les principes législatifs écrits : un label emblématique plus qu'une catégorie juridique	p 90
A - Des disparités quantitatives	p 91
1 - Les codes abusant de la figure du principe	p 91
2 - Les codes l'utilisant avec parcimonie	p 91
B - Des disparités qualitatives	p 92
1 - Des principes apparentés à des objectifs législatifs	p 92
2 - Des principes apparentés à la définition d'un champ d'application	p 93
3 - Des principes apparentés à des définitions légales	p 94
4 - Des principes attribuant des droits subjectifs	p 94
5 - Des principes institutionnels ou attributifs de compétence	p 95
6 - Des principes procéduraux	p 95
7 - Des principes imposant des obligations	p 95
§ 3 - La substituabilité des normes inaugurales placées en exergue des codes	p 96
A - L'absence de distinction entre le principe "général" et le principe "fondamental"	p 96
B - L'absence de distinction entre le principe "général" et le principe "directeur"	p 97
C - L'absence de distinction entre le "principe" général et la "disposition" générale	p 98
D - L'absence de distinction entre le "principe" général et la "règle" générale	p 99
E - L'absence de distinction entre le "principe général" et la "généralité"	p 100
§ 4 - Doit-on élaborer des sous-catégories de principes législatifs écrits ?	p 100
A - La distinction entre les principes législatifs stricto sensu et ceux qui sont issus d'autres sources du droit	p 100
1 - Les principes législatifs stricto sensu	p 100
2 - Les principes réitératifs	p 101

B – La tentative d'établir des distinctions logiques	p 102
1 – Les principes définitoires	p 103
2 – Les principes synthétiques	p 105
3 – Les principes inauguraux.....	p 106
4 – Les principes finalistes.....	p 107
5 – Les principes programmatiques.....	p 107
Chapitre II – La configuration légistique des principes du droit de l'environnement : une double vertu clarifiante et fondatrice.....	p 109
Section 1 – L'identification formelle des principes du droit de l'environnement.....	p 110
§ 1 – Comparaison des principes du droit de l'environnement avec les catégories de principes juridiques écrits existantes : une analyse par élimination	p 110
A - Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"	p 111
B - Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes particulièrement nécessaires à notre temps".....	p 115
C - Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "principes fondamentaux" de l'article 34 de la Constitution	p 116
§ 2 – Des principes législatifs et constitutionnels sui generis ?	p 118
A - Vers la figure banale du principe législatif écrits : la nébuleuse des "principes directeurs"	p 119
B – La constitutionnalisation ambiguë des principes environnementaux.....	p 120
1 – Les principes de la Charte de l'environnement : nouvelle catégorie de principes constitutionnels ?	p 121
2 – La Charte consacre-t-elle de nouveaux principes en plus des quatre principes tirés du code de l'environnement ?.....	p 122
3 – La qualification des principes environnementaux dans la Charte : les enjeux liés à la notion de "principe"	p 123
Section 2 – Les données politiques et juridiques du recours à la notion de principe juridique écrit	p 127
§ 1 – L'hostilité de la tradition légistique envers les notions floues	p 127
A – Une tendance multi-séculaire de "l'art de faire les lois"	p 127
B – Une méfiance qui reste d'actualité	p 129
§ 2 – Le principe écrit : notion clé de la codification à droit constant	p 131
§ 3 – Le principe écrit au service de l'obligation constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi ?	p 133
§ 4 – L'irruption du principe écrit parmi les techniques d'expression normative du droit de l'environnement.....	p 140
§ 5 – Une exception à la méfiance envers les notions floues: le règne du principe écrit dans la formulation du droit constitutionnel	p 142
Section 3 – Le langage des principes du droit de l'environnement : anatomie textuelle	p 144
§ 1 – La richesse des registres lexicaux	p 144
A – Le vocabulaire courant.....	p 144
B – Le lexique environnemental	p 146
C – Le lexique juridique.....	p 147
D – Champ paradigmatique et "univers du discours" des principes.....	p 148

§ 2 – L'écriture législative des principes du droit de l'environnement : la polysémie contrôlée des termes utilisés	p 149
A - De la légistique comme enjeu politique : la cristallisation mouvementée du texte des principes lors des débats parlementaires	p 150
1 – Le principe de précaution	p 151
2 – Le principe de prévention	p 154
3 – Le principe pollueur-payeur	p 156
4 – Le principe de participation	p 157
5 – Les principes "morts nés"	p 160
B - L'issue de la "guerre des mots" : un agrégat de standards et de notions à contenu variable	p 162
1 – Le rôle des standards et des notions à contenu variable dans le texte environnemental	p 162
a – Un droit de l'incertain : le standard comme outil de perfectionnement du texte environnemental	p 163
b – Un droit du désaccord : le standard comme outil d'euphémisation du texte environnemental	p 165
2 – Un agrégat de standards et de notions à contenu variable : essai de typologie	p 166
a - Une distinction formelle : standards prédicatifs et notions à contenu variable	p 167
b – Une distinction matérielle : standards généraux et standards environnementaux	p 169
§ 3 – L'écriture constitutionnelle des principes du droit de l'environnement : l'éviction du concept de "principe"	p 173
A - L'évolution de la formulation des principes durant la phase gouvernementale du projet	p 173
1 – Le principe de précaution	p 174
2 – Le principe de prévention	p 176
3 – Le principe pollueur-payeur	p 177
4 – Le principe de participation	p 178
B - La "guerre des mots" n'aura pas lieu : l'avalisation par le Parlement d'une transfiguration des principes législatifs du droit de l'environnement	p 179
1 – Le principe de précaution	p 180
2 – La prévention des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement	p 182
3 – La contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement	p 183
4 – Le droit d'accéder aux informations de participer à l'élaboration des décisions publiques	p 183
<u>Conclusion du titre deuxième</u>	p 184
TITRE TROISIÈME – Les principes juridiques écrits comme outils d'une écologisation du texte de la norme ?	p 185
Chapitre I – La spécificité du texte des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison	p 189
Section 1 – Les données concrètes d'une spécificité textuelle des principes du droit de l'environnement par rapport aux autres principes juridiques écrits	p 190
§ 1 – La spécificité de leur origine et de leurs sources formelles et matérielles	p 190
A – Une complexité ontologique héréditaire : essai de clarification du statut des principes environnementaux en droit international, communautaire et européen	p 191

1 – Les hésitations du droit international sur la nature juridique des principes environnementaux	p 191
a – Les principes environnementaux sont-ils des principes généraux du droit international ?.....	p 192
b – Les principes environnementaux constituent-ils une coutume internationale ?.....	p 193
c – Les principes environnementaux sont-ils des principes conventionnels écrits ?.....	p 194
2 – Des principes explicites ou implicites du droit communautaire ?	p 196
a – À quels principes se réfère le Traité sur l'Union européenne ?	p 197
b – Les principes dans le projet de constitution européenne	p 199
c – Le droit dérivé comme source de définition des principes environnementaux ?.....	p 201
3 – Principes environnementaux et droit européen des droits de l'Homme : vers une reconnaissance explicite des principes environnementaux dans un nouveau Protocole additionnel ?.....	p 203
B – Les spécificités des principes du code de l'environnement : une position ambiguë dans la hiérarchie des normes.....	p 208
1 – Des principes homéonomiques utilisés comme technique de transposition des textes internationaux ?	p 208
2 – Des principes syncrétiques au service d'une pesée des intérêts.....	p 211
3 – Des principes qui ne doivent pas leur qualification au codificateur.....	p 213
C – La variabilité des formulations et le développement des principes à tous les niveaux hiérarchiques : une spécificité transversale.....	p 215
1 – Dans le champ international.....	p 215
2 – Dans le champ interne : les conséquences d'une constitutionnalisation par sédimentation	p 217
a - Une spécificité quantitative : l'importance du corpus formé par les principes environnementaux au sein du bloc de constitutionnalité.....	p 217
b – Une spécificité normative : la coexistence des principes constitutionnels de la Charte avec les principes législatifs du code	p 218
§ 2 – La spécificité de leur portée juridique <i>a priori</i>	p 220
A – L'essence des principes du droit de l'environnement au regard de la typologie théorique des principes juridiques.....	p 221
1 – Les principes du code de l'environnement sont des principes emblématiques	p 221
a – Des "principes-noms"	p 221
b – Des principes "définitoires".....	p 222
2 – La nature des principes de la Charte de l'environnement : des principes conditionnés par la loi ?.....	p 224
B – La portée juridique ambiguë des principes du droit de l'environnement	p 226
1 – Des principes jurisprudentiels du droit international, communautaire et européen ?	p 227
2 – Les principes du code de l'environnement sont-ils des principes de valeur supra législative ?.....	p 228
a – De la capacité du législateur à se soumettre à une auto-injonction	p 228
a – La valeur supra-législative des principes ?.....	p 230
3 – Le champ de l'invocabilité des principes de la Charte de l'environnement au regard de leur forme rédactionnelle	p 232
a – Principes du droit de l'environnement et droits-créances	p 232
b – Principes du droit de l'environnement et droits-libertés.....	p 233

c – Le sens de la formule : "dans les conditions définies par la loi"	p 234
Section 2 – La difficile mesure de la dimension proprement environnementale de cette spécificité	p 234
§ 1 – L'objet environnement impose aux principes une dimension pédagogique marquée	p 235
A – Les principes environnementaux comme outil d'accès au droit	p 236
1 – Les principes comme clé de lecture synthétique du code	p 236
2 – Les principes comme clé de lecture des politiques publiques environnementales	p 238
B – Les principes comme instruments du dialogue entre le droit et la science	p 239
C – Les principes comme instruments d'une vision stipulative de la réalité	p 240
§ 2 – Le dépassement de la logique d'action sectorielle : la dimension intersystémique confirmée par leur constitutionnalisation	p 241
A – Les principes organisent l'orchestration des intérêts contradictoires	p 242
B – Les principes permettent de hiérarchiser les intérêts des différents systèmes	p 243
C – La constitutionnalisation des principes : mise en œuvre ipso facto du principe d'intégration ?	p 244
Chapitre II – Le conceptualisme juridique au service de l'empathie formelle du droit : les principes juridiques écrits comme outils d'une "légalité environnementale" ?	p 247
Section 1 – Les principes environnementaux au prisme du conceptualisme juridique	p 247
§ 1 – Le conceptualisme juridique : une technique de schématisation du réel utilisée par le droit	p 247
§ 2 – Le fonctionnement logique des principes du droit de l'environnement	p 250
A – Les principes ne sont pas des normes "conditionnelles"	p 250
1- Analyse logique des principes du code de l'environnement	p 250
a – L'hyper généralité des conditions	p 251
b – La faiblesse du dispositif	p 253
2 – Analyse logique des principes de la Charte de l'environnement	p 254
a – Des conditions homogénéisées et affinées	p 254
b – Un dispositif affaibli par la référence à une déclinaison législative	p 255
B – Les principes environnementaux sont des "macro-standards"	p 257
1 – Standards et fonctionnement logique des principes	p 257
a – Principe ou règle fixe : une question de standards et de notions à contenu variable	p 257
b – Un usage spécifique des standards et des notions à contenu variable au sein des principes du code de l'environnement ?	p 260
c – La disparition des standards au sein des principes de la Charte de l'environnement	p 261
2 – L'économie du macro-standard : l'énoncé du modus operandi du droit de l'environnement	p 262

Section 2 – Contribution des principes environnementaux à la définition d'une "légalité écologique"	p 263
§ 1 – Les principes du code de l'environnement : modèles d'un droit qui adapte ses formes à son objet ?	p 264
A – Une pénétration de la logique environnementale dans la texture du droit... ..	p 264
B – ...qui n'a pas débouché sur la mise en place d'une variante environnementale du principe de légalité	p 265
§ 2 – Les principes de la Charte sont ils toujours à même de participer d'une empathie formelle du droit de l'environnement ?	p 266
A – Une ouverture sur les faits compromise par la disparition de certains standards	p 266
B – Un standard non factuel : les conditions définies par la loi	p 268
§ 3 – Un très faible "effet de système" : la timide concrétisation normative des principes du droit de l'environnement	p 269
A – Principe juridique écrit et concrétisation normative	p 269
B – L'invitation à la concrétisation des principes du code restée "lettre morte"	p 271
C – La concrétisation législative : une dimension intrinsèque des principes constitutionnels du droit de l'environnement ?	p 273
<u>Conclusion du titre troisième</u>	p 274
Conclusion de la Première partie	p 274
DEUXIÈME PARTIE – UN MOYEN DE JUSTIFICATION DES DÉCISIONS BRIDÉ PAR LE TROPISME TEXTUEL DU JUGE	p 277
TITRE PREMIER – La dimension justificative du principe juridique : une notion sous l'emprise du paradigme panlégiste	p 281
Chapitre I – Le principe juridique et la figure du juge transcripateur	p 285
Section 1 – Le paradigme panlégiste.....	p 285
Section 2 – Le modus operandi du panlégisme : le syllogisme judiciaire	p 287
§ 1 – L'architecture idéal-typique du syllogisme	p 287
§ 2 – L'incompatibilité entre le modèle du syllogisme et le principe juridique.....	p 288
§ 3 – La justification politique de l'usage du syllogisme.....	p 290
§ 4 – Une objection décisive au modèle du juge transcripateur : la condition d'homogénéité de Kant et la notion de précompréhension juridique	p 293
Section 3 – La conséquence de l'emprise du panlégisme : le dédoublement fonctionnel de la notion de principe juridique.....	p 295
§ 1 – Le principe implicite renforce le mythe de l'autosuffisance des textes	p 295
§ 2 – Le principe explicite révèle la nécessaire codétermination des textes par le juge	p 297
Chapitre II – Le principe juridique et la figure du juge codéterminateur	p 299
Section 1 – La complexité, facteur d'émergence du juge codéterminateur	p 299
Section 2 – La théorie réaliste de l'interprétation au secours du principe juridique ?	p 301
Section 3 – Les présupposés de l'utilisation des principes juridiques dans la justification des décisions.....	p 302

§ 1- La norme doit être distinguée du texte de la norme	p 303
§ 2 – L' indétermination des textes n'est pas source de pouvoir discrétionnaire pour le juge	p 304
Section 4 – Interprétation ou concrétisation des principes juridiques écrits ?	p 306
§ 1 – L'impossible interprétation des principes écrits.....	p 306
A – L'interprétation sémiotique ou la barrière de l'imprécision	p 307
B – L'interprétation exégétique ou génétique.....	p 307
C – L'interprétation systématique ou la mise en abîme du droit	p 308
D – L'interprétation téléologique : comble des principes directeurs	p 308
§ 2 – Le principe comme norme "concrétisable" : la théorie structurante de droit de Friedrich Müller	p 309
A – Les données de l'espèce.....	p 310
B – Le choix du texte de la norme.....	p 310
C – Le programme normatif	p 311
D – Le champ normatif	p 312
E – La norme juridique	p 312
F – La norme décision	p 313
<u>Conclusion du titre premier</u>	p 313
TITRE DEUXIÈME – La réception d'une notion émancipatrice par le juge.....	p 315
Chapitre I – La notion de principe juridique écrit dans la justification des décisions juridictionnelles : constitution d'un référentiel comparatif	p 319
Section 1 – L'intégration des principes écrits dans les syllogismes constitutionnels est une réalité éprouvée	p 319
§ 1 – Le rapport entre la loi et le principe constitutionnel écrit : une relation facilitée par un travail d'interprétation homogénéisante	p 320
A – Le principe constitutionnel écrit et la notion de conformité	p 321
B – La nécessaire homogénéisation des normes à confronter	p 321
§ 2 – Le rapport entre les différents principes constitutionnels écrits : une application cumulative qui permet de concilier des principes antinomiques	p 325
A – L'intérêt des principes constitutionnels écrits : un système de normes pondérables et d'application cumulative.....	p 325
B – Le contrôle de la conciliation des principes : erreur manifeste et proportionnalité.....	p 326
Section 2 – Le principe juridique écrit dans la jurisprudence administrative : une réalité terminologique mais non juridique.....	p 329
§ 1 – Un constat : le juge administratif intègre des principes écrits soulevés par les requérants dans les normes de référence du contrôle de légalité	p 329
A – Une pratique récente mais qui tend à s'amplifier	p 329
B – Une pratique qui concerne de nombreux champs et niveaux du droit.....	p 331
C – Des principes très variés et souvent qualifiés comme tels par le juge	p 333

§ 2 – L'hétérogénéité des qualifications employées par le juge.....	p 335
A – Les "principes"	p 335
B – Les "principes législatifs"	p 336
C – Les "principes posés par la loi"	p 336
D – Les "principes énoncés par la loi"	p 337
E – Les "principes directeurs"	p 337
§ 3 – Le "principe législatif écrit" : une figure de rhétorique plus qu'une catégorie juridique pour le juge administratif	p 337
A – La substituabilité des qualifications utilisées par le juge pour désigner des principes	p 338
B – L'absence de correspondance entre les principes posés par le législateur et ceux utilisés par le juge	p 339
C – Des normes qui ne correspondent pas à la définition logique des principes mais à celle des règles	p 340
§ 4 – La faible utilité justificative des principes écrits dans la décision du juge	p 340
A – Un constat très fréquent : "l'acte attaqué n'a pas méconnu le principe invoqué"	p 340
B – Une formule de disqualification : "ces dispositions n'impliquent pas par elles mêmes"	p 341
C – Une hypothèse rarissime : "l'acte a méconnu le principe invoqué"	p 343
Chapitre II – Les principes du droit de l'environnement dans la motivation des décisions juridictionnelles	p 345
Section 1 – En amont du contentieux : l'usage croissant des principes environnementaux dans la motivation des décisions administratives	p 345
§ 1 – L'exemple du principe de précaution dans la motivation des décisions de police municipale	p 346
A – Le succès médiatique et juridique du principe de précaution	p 346
1 – Les arrêtés s'opposant à l'implantation de relais de téléphonie mobile	p 347
2 – Les arrêtés s'opposant à la culture d'organismes génétiquement modifiés	p 348
B – Les raisons de la présence plus discrète des autres principes.....	p 349
1 – Une consubstantialité entre les principes de prévention et de précaution et la nature de la police administrative ?	p 349
2 – Les principes de participation et du pollueur-payeur n'ont pas pour objet l'appréhension d'un risque	p 350
§ 2 – Le principe de précaution est un moyen de motivation non autonome et concurrencé	p 350
A – Le principe de précaution n'est pas un fondement suffisant pour l'adoption d'une mesure de police municipale	p 350
B – Le principe de précaution est un fondement concurrencé par l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales et par la dimension préventive de la police administrative	p 352
§ 3 – Les effets de la constitutionnalisation du principe sur la motivation des décisions de police administrative	p 353
A – Un principe dont la valeur juridique est désormais fixée.....	p 354
B – Un principe dont le contenu est modifié au regard du concours entre police générale et spéciale.....	p 354
Section 2 – L'identification des principes du droit de l'environnement par rapport aux normes jurisprudentielles existantes	p 356
§ 1 – Les principes du droit de l'environnement et les normes jurisprudentielles constitutionnelles	p 356

A – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des "exigences", "règles" ou "principes" à valeur constitutionnelle	p 356
B – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des objectifs à valeur constitutionnelle : l'exemple du principe de précaution.....	p 358
§ 2 – Les principes du droit de l'environnement et les normes jurisprudentielles administratives	p 362
A – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des principes généraux du droit administratif.....	p 362
B – Les principes du droit de l'environnement ne sont pas des standards jurisprudentiels.....	p 365
Section 3 – Les principes du droit de l'environnement dans la jurisprudence administrative	p 366
§ 1– Un succès jurisprudentiel indéniable mais déséquilibré : les principes n'ont pas été considérés comme un corpus.....	p 366
A – Le non respect des principes : un moyen massivement soulevé par les requérants.....	p 367
B – Une prédilection pour le principe de précaution : les raisons d'un succès	p 368
1 – La sollicitation du juge par les requérants	p 368
2 – La mobilisation par le juge d'un capital symbolique.....	p 369
§ 2 – Une très faible contribution méthodologique du juge à l'utilisation des principes environnementaux	p 370
A – L'absence d'examen in concreto des critères posés par les principes	p 371
B – L'absence de "pesée des intérêts législatifs" basée sur des principes	p 373
C – Raisonement ou principe de précaution ?.....	p 373
D – La confusion entre précaution et prévention comme reflet d'une carence méthodologique	p 375
§ 3 – La faible efficacité juridiques des principes sur les décisions juridictionnelles	p 376
A – Le constat laconique du respect des principes par les actes contestés	p 377
B – La rareté des annulations d'actes pour violation d'un principe.....	p 378
§ 4 – La généralité des principes n'est pas acceptée comme telle par le juge.....	p 379
A – Le déni de la juridicité des principes : "ces dispositions n'impliquent pas par elles mêmes".....	p 380
B – L'imprécision dénoncée des allégations des requérants : "le moyen n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé".....	p 381
C – Les difficultés liées au régime de la preuve : "il ne ressort pas des pièces du dossier".....	p 382
D – Les aléas d'un contrôle à intensité variable : les principes environnementaux sont ils source de pouvoir discrétionnaire pour l'Administration ?.....	p 383
Section 4 – Les principes du droit de l'environnement dans la jurisprudence constitutionnelle : de quelques effets potentiels de la Charte de l'environnement.....	p 385
§ 1 – Le contrôle de "l'environnementalité des lois" : nouvelle compétence du Conseil constitutionnel	p 386
A – Une probable inflation du contentieux par le biais de la saisine parlementaire : l'opposition gardienne de l'environnement ?	p 387
1 – Les textes menacés d'inconstitutionnalité environnementale	p 387
2 – Quels principes environnementaux seront le plus souvent invoqués comme moyens d'inconstitutionnalité ?	p 389

B – L'application des techniques du contrôle de constitutionnalité aux principes environnementaux	p 389
1 – "L'effet cliquet" : la pérennisation des garanties environnementales législatives ?	p 390
2 – L'erreur manifeste d'appréciation : une technique de contrôle les standards scientifiques et techniques ?	p 391
3 – La gradation des verdicts : une marge de manœuvre pour adoucir les effets de la Charte ?	p 392
C – La conciliation des principes constitutionnels existants avec les principes environnementaux	p 393
1 – Les principes antinomiques	p 394
2 – Les principes complémentaires	p 395
3 – L'intégration des valeurs environnementales dans la méthode de pesée des intérêts constitutionnels	p 395
§ 2 – L'invocation des principes de la Charte devant les juridictions ordinaires	p 399
A – Tous les principes de la Charte sont-ils invocables devant les juridictions ordinaires ?	p 399
1 – La position des rédacteurs de la Charte : une distinction entre "objectifs" et "règles" constitutionnelles	p 400
2 – La portée de cette distinction au regard de la jurisprudence des juridictions ordinaires	p 402
B – L'applicabilité directe des articles de la Charte au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, juge de la constitutionnalité des actes administratifs	p 405
1 – Les principes constitutionnels appliqués par le Conseil d'État dans le contentieux de l'excès de pouvoir	p 406
2 – Les principes constitutionnels appliqués par le Conseil d'État dans le cadre du "référé-liberté" de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative	p 408
3 – Le Conseil d'État et les principes de la Charte de l'environnement : essai d'analyse prospective	p 409
a - Les principes de la Charte dans le contentieux de l'excès de pouvoir	p 410
b - Les principes de la Charte : libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ?	p 410
C – L'applicabilité des articles de la Charte au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, juge de la constitutionnalité des actes de droit privé	p 414
<u>Conclusion du Titre deuxième</u>	p 416
TITRE TROISIÈME – Les principes du droit de l'environnement comme outils d'une écologisation de la décision juridique ?	p 417
Chapitre I – La spécificité jurisprudentielle des principes du droit de l'environnement : essai de comparaison	p 421
Section 1 – Les données concrètes d'une spécificité des principes environnementaux par rapport aux autres principes juridiques écrits	p 421
§ 1– Une donnée quantitative : l'invocation massive des principes environnementaux par les requérants	p 422
§ 2 – Les atouts liés à la qualification législative des principes	p 423
A – Les seuls principes emblématiques d'un code utilisés par le juge	p 423
B – Une stabilité de la terminologie juridictionnelle	p 424
§ 3 – Une carence méthodologique qui reste pourtant comparable à celle des autres principes législatifs écrits	p 424

A – Le traitement méthodologique des principes environnementaux n'est pas distinct de celui des autres principes juridiques écrits	p 425
B – Une méthode de mise en œuvre qui ne profite qu'au "raisonnement" de précaution	p 425
C- Une faible efficacité juridique partagée avec les autres principes législatifs	p 427
 § 4 – Un contrôle du juge à intensité variable : une jurisprudence traditionnelle appliquée au principe de précaution	p 427
A – Un contrôle normal lorsque les standards sont appliqués au domaine général	p 428
B – Un contrôle restreint lorsque les standards sont appliqués au domaine scientifique	p 428
 § 5 – Une spécificité formelle : le juge aux prises avec la présence des principes environnementaux au rang législatif et au rang constitutionnel	p 429
 Section 2 – La difficile mesure de la dimension proprement environnementale de cette spécificité	p 431
 § 1 – Une majorité de spécificités purement circonstancielles	p 431
A – Un engouement sociétal explique le succès des principes environnementaux dans les prétoires	p 431
B – La qualité de leur codification explique la constance terminologique de leur utilisation par le juge	p 432
 § 2 – Quelques spécificités qui témoignent d'une détermination strictement environnementale	p 433
A – L'environnement suscite des principes qui placent le juge devant ses limites cognitives	p 433
B – La visibilité du parcours historique des principes environnementaux dans le droit positif : des principes législatifs qui cohabitent avec des principes constitutionnels	p 435
 § 3 – En guise de conclusion : les principes du droit de l'environnement sont des principes juridiques comme les autres	p 435
 Chapitre II – Un constructivisme juridictionnel au service de l'empathie formelle du droit : les principes du droit de l'environnement comme outils d'une "décision écologique" ?	p 437
 Section 1 – Les principes environnementaux et la construction de la réalité par le juge	p 438
 § 1 – Le standard environnemental : mandat conféré au juge d'arbitrer la construction sociale et collective de la réalité ..	p 438
A – L'effet du standard environnemental sur la posture du juge face à la réalité	p 438
B – Le renvoi à une échelle de valeurs courantes du corps social	p 440
C – Le renvoi à une échelle de valeurs médiatisée par la science	p 441
 § 2 – Le corpus des principes environnementaux envisagé comme un ensemble de macro-standards	p 442
A – Le fonctionnement des principes environnementaux comme macro-standards	p 442
1 – Les principes constitutionnels du droit de l'environnement sont-ils assimilables à des "macro-standards"	p 442
2 – Le rôle du "macro-standard" dans le contexte constitutionnel	p 443
 B – La pesée des macro-standards constitutionnels par le juge	p 444
 Section 2 – La contribution des principes environnementaux à la définition d'une "décision écologique"	p 445

§ 1 – Tentative de définition de la "décision écologique" au vu de la prise en compte de l'environnement par le juge administratif.....	p 445
§ 2 – Le principe écrit comme outil de la "décision écologique" : un outil sous exploité par le juge	p 448
<u>Conclusion du titre troisième</u>	p 450
<u>Conclusion de la deuxième partie</u>	p 451
Conclusion générale	p 453
Remerciements	p 459
Bibliographie	p 461
Table des matières	p 499