

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

D R O I T E T
E N V I R O N N E M E N T

N ° 1 2 7

S O M M A I R E

ENTRETIEN AVEC MICHEL SERRES Le droit peut sauver la nature	5
FRANÇOIS EWALD Le droit de l'environnement : un droit de riches ?	13
YVES JÉGOUZO L'évolution des instruments du droit de l'environnement	23
MAYA BACACHE-BEAUVALLET Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement	35
MICHEL PRIEUR La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ?	49
FLORENCE SIMONETTI Le droit européen de l'environnement	67
MICHAEL HERZ Les grands débats autour du droit de l'environnement aux États-Unis	87
FURIO CERUTTI Le réchauffement de la planète et les générations futures	107
CORINNE LEPAGE Les véritables lacunes du droit de l'environnement	123

CHRONIQUES

GUY AGNIEL 137
Démocratie et colonialisme
dans le Pacifique ?

NICOLAS CLINCHAMPS 151
Distorsions et corps électoraux en Nouvelle-Calédonie

REPÈRES ÉTRANGERS 167
(1^{er} avril – 30 juin 2008)
PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE 181
(1^{er} mai – 30 juin 2008)
PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL

Summaries 201

www.revue-pouvoirs.fr

DROIT ET ENVIRONNEMENT EST ÉTUDIÉ PAR

MICHEL SERRES, philosophe et épistémologue, membre de l'Académie française depuis 1990. Il a récemment publié *Le Mal propre. Polluer pour s'approprier?* (Le Pommier, 2008).

FRANÇOIS EWALD, professeur au Conservatoire national des arts et métiers et directeur de l'École nationale d'assurances. Il préside le conseil scientifique de la Fondation pour l'innovation politique. Il est l'auteur de *L'État providence* (Grasset, 1986), *Le Principe de précaution* (avec Christian Gollier et Nicolas de Sadeleer, PUF, 2001 et 2008).

4 YVES JÉGOUZO, professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne), dont il est président honoraire, et ancien conseiller d'État en service extraordinaire. Actuellement directeur du GRIDAUH, GIP de recherche en droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat.

MAYA BACACHE-BEAUVALLET, docteure en sciences économiques et spécialiste en économie publique, enseigne à Telecom ParisTech, département des sciences sociales.

MICHEL PRIEUR, professeur émérite à l'université de Limoges et directeur scientifique du Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU). Il dirige la *Revue juridique de l'environnement* et la *Revue européenne de droit de l'environnement*. Il préside le Centre international de droit comparé de l'environnement et est vice-président de la commission droit de l'environnement de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN).

FLORENCE SIMONETTI, *Legal Officer* au sein du service juridique de EFTA Surveillance Authority (Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre échange). Elle représente cette institution devant la Cour EFTA et la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

MICHAEL HERZ, professeur de droit de l'environnement et de droit constitutionnel (vice-doyen) et directeur du Floersheimer Center for Constitutional Democracy à la Cardozo School of Law, Yeshiva University à New York.

FURIO CERUTTI, professeur de philosophie politique à l'université de Florence. Il a été chercheur invité à l'université Harvard et professeur invité à l'université Paris VIII et l'université Humboldt de Berlin. Il est l'auteur de *Global Challenges for Leviathan. A Political Philosophy of Nuclear Weapons and Global Warming* (Rowman & Littlefield, 2007) et le co-directeur, avec S. Lucarelli, de *The Search for a European Identity* (Routledge, 2008).

CORINNE LEPAGE, docteur en droit, avocat à la Cour.

LE DROIT PEUT SAUVER LA NATURE

Pouvoirs. Dans *Le Contrat naturel* en 1990 puis dans *Le Mal propre* en 2008, vous traitez des rapports du droit et de la protection de la nature. C'est là une approche originale pour un philosophe. 5

Michel Serres. Dans *Le Contrat naturel*, je posais la question de savoir qui était, dans l'histoire générale du droit, sujet de droit. Dans l'Antiquité n'étaient pas sujets de droit ceux pour qui il fallait se porter aval. Les enfants, les vieillards, les esclaves, les zélotes, etc. Il y avait assez peu de sujets de droit: les citoyens romains ou les citoyens athéniens. D'où la généralisation ou l'extension de la notion de sujet de droit. La Déclaration de 1789 parachève cette histoire. Tout le monde est sujet de droit.

P. La fin momentanée ?

MS. Oui, la fin momentanée. La seule théorie que j'ai développée dans *Le Contrat naturel* – où je n'ai jamais employé le mot «écologie» –, c'est qu'il serait bon de faire un pas de plus et de dire que la nature serait ce sujet de droit avec lequel on passerait ce fameux contrat. Tout le monde aussitôt a crié haro sur «l'animiste» ! J'ai été complètement condamné. Aujourd'hui, quand on dit «pacte écologique», on ne dit guère plus que «contrat naturel». Donc, effectivement, j'avais déjà confiance dans le droit.

La démarche du contrat naturel était un peu analogue à celle de Rousseau dans le contrat social. Il est bien clair que, le contrat social, personne ne l'a jamais signé. C'est une condition quasi transcendante. J'avais en gros dans la tête le même geste pour le rapport à la nature.

Le mot « environnement » est un mot qui, philosophiquement, peut-être aussi juridiquement, dit le contraire de ce qu'il veut dire. Il implique que l'homme est au centre et que le reste est dans l'environ. Donc l'homme est déjà maître et possesseur; par conséquent il n'y a plus de contrat possible. L'« environnement » est un très mauvais concept. Il est anthropocentriste. Tout mon effort dans *Le Contrat naturel* consistait à dire qu'il ne faut pas mettre l'homme au centre.

P. La récente Charte de l'environnement s'inscrit dans votre théorie quand elle autorise la réparation des dommages écologiques à des biens communs qui n'appartiennent à personne, comme les oiseaux souillés par une marée noire.

6 MS. Oui, c'est cela le contrat naturel. Tout se passe comme si l'oiseau en question était un quasi-sujet de droit. Ceci va se développer à l'avenir. Il y a déjà un mouvement en ce sens. Aux États-Unis, des procès sont faits avec comme plaignants, par exemple, le Parc de Yellowstone. Celui-ci est considéré comme un sujet de droit. Je souhaite beaucoup cette évolution. Cela fait partie du geste que j'ai fait il y a quinze ans dans *Le Contrat naturel*.

P. Qu'apporte votre second livre *Le Mal propre. Polluer pour s'approprier* ? à cette réflexion sur le contrat naturel ?

MS. Mon second livre recentre le problème, non plus sur le fondement du droit, mais sur la question « quel droit ? ». Réponse « le droit de propriété ».

Mon analyse consiste à décrire la conduite animale; il suffit de regarder dans la rue. Les mammifères, les oiseaux pissent, laissent leur déjection pour définir leur niche écologique, leur habitat... Cela a une double fonction. D'une part, qu'on les laisse tranquilles à l'intérieur du lieu où ils se reproduisent, où ils copulent, où ils élèvent leurs petits, où ils dorment, où ils mangent... Bref, leur habitat. D'autre part, une fonction d'exclusion par les odeurs à l'égard de toute personne qui voudrait s'engager au travers de cette frontière.

Cette conduite animale pourrait nous entraîner à penser, avec autant de guillemets que l'on veut, un « droit naturel ». Ce droit naturel, je le perçois assez vite dès que je vois que les hommes agissent de même. Ainsi, si je vous invite à dîner et que je crache dans la salade, vous n'allez pas la manger. Il en va ainsi pour manger mais aussi pour

habiter. Un hôtel est propre et, plus il est propre, plus il peut accueillir n'importe qui. Alors qu'au contraire si vous avez couché dans les draps ou sali les serviettes, j'aurais une certaine appréhension à faire mienne cette chambre.

Cette salissure, c'est une appropriation. Du coup, le droit de propriété ne serait pas fondé sur des conventions pures et simples, comme on le croit depuis Rousseau (celui qui enclôt...), mais sur des pratiques animales que nous perpétons. Cela ne veut pas dire que je suis pour le droit naturel parce que, par la suite, le droit refuse la nature et invente des conventions. Mais ma réflexion m'orientait peu à peu vers l'idée qu'il y avait un rapport entre pollution et appropriation. Donc le propre, c'est le sale.

P. Vous posez ce rapport entre propriété et pollution, mais est-ce réversible ? Y a-t-il un rapport entre pollution et propriété ? Car on peut chercher à ce que la pollution soit faite chez autrui ou laissée chez lui : mettre la pollution chez l'autre.

MS. Mais si vous mettez la pollution chez l'autre, vous l'excluez. Il y a deux fonctions de la pollution. Une centripète de propriété. L'autre centrifuge d'exclusion.

P. Si la pollution et la propriété sont si liées, y a-t-il des modes d'organisations politiques, plus ou moins communautaristes, qui favoriseraient la pollution et d'autres qui permettraient de la restreindre ?

MS. Je ne suis pas complètement sûr de pouvoir répondre à cette question. Ce n'est pas directement mon objet. Je voulais lancer la discussion philosophique. Le symétrique du « mal propre », c'est le « bien commun ». Il y avait des « biens communs » autrefois : les prés qui étaient à tous dans les municipalités ou dans les communes. Le but que je poursuivrais maintenant serait d'avoir une meilleure définition du « bien commun ». Qu'est-ce que serait le « bien commun » ? Les juristes et les politiques décideront quelles sont les organisations qui le favoriseraient au maximum.

P. En droit contemporain, ce qui serait le plus proche serait l'Antarctique avec son statut particulier issu du traité de Washington.

MS. Oui, exactement. Je souhaiterais profondément que ce type de convention soit adopté aujourd'hui pour l'Arctique. L'Arctique est en

danger à cause du réchauffement climatique. Celui-ci va engendrer des lignes libres de navigation sur le passage du nord-est et celui du nord-ouest plus rapides que les autres. Et donc cela va multiplier les voies maritimes dans ce secteur avec des pollutions beaucoup plus fortes dans des endroits extrêmement fragiles écologiquement.

P. C'est une illustration de votre idée générale selon laquelle le droit pourrait aider à sauver la nature. Le philosophe croit dans le droit ?

MS. Pas seulement «aider» à sauver; le droit peut sauver la nature. Mon livre ne me paraît nouveau que sur un point précis. Toutes les descriptions que je connais aujourd'hui des problèmes d'environnement écologique sont fondées – et d'ailleurs à juste titre et je les respecte et les connais – sur les sciences dures (physique, chimie, biochimie, physique du globe, climatologie). Ces sciences dures font leur travail: elles mesurent, elles observent, elles donnent des proportions par exemple de CO₂, etc. Mais toutes ces disciplines-là, depuis le XIX^e siècle, sont restreintes à la question «comment?». Qu'est-ce qu'une science? La somme des réponses à la question «comment?». Comment cela marche? Comment c'est pollué? etc. Jamais on n'a posé la question «pourquoi?». En tant que philosophe, je me vois obligé de poser la question «pourquoi?».

Pourquoi polluer? Pour s'approprier? Et pourquoi on n'a pas jusqu'à présent découvert cette finalité d'appropriation? Mais parce qu'on ne s'est jamais posé la question «pourquoi?». On s'était contenté de la question «comment?». On en est sur l'environnement au niveau où était la médecine en 1935. Celle-ci était admirable pour l'observation des diagnostics, mais ignorait d'où venait la maladie. On posait admirablement la question «comment?». On pouvait très bien vous faire la description de votre état. Et après!

P. Si la question est «pourquoi?», et si cette question renvoie au droit de propriété, pourquoi la réponse serait-elle juridique et non pas économique? Pourquoi la réponse ne passerait-elle pas par le marché et son organisation? Par exemple, en organisant les droits à polluer et leur mise en vente.

MS. J'ai réfléchi en effet à cette question. J'y répondrai par l'actualité. Nous sommes en présence aujourd'hui du dernier acte du marché concernant les voies aériennes, avec l'accord dit «Ciel ouvert» entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne. C'est-à-dire qu'on

a dérégulé l'Atlantique Nord. Chaque compagnie aérienne européenne peut désormais faire partir ses vols de n'importe quel État de l'Union. Air France peut décoller de Londres et British Airways de Paris. Le « résultat des courses » c'est que cela va multiplier le nombre de vols sur l'Atlantique en faisant baisser les prix. Mais qu'est-ce qui pollue actuellement le climat en majorité ? Ce sont les voies aériennes. Donc le marché multiplie la pollution. Plus vous laissez fonctionner les lois du marché, plus vous allez polluer.

La réponse économique consiste exactement à dire : nous avons pollué, continuons à polluer. Sinon il faut réguler le marché, donc passer par le droit. Seul le droit peut protéger l'environnement. Si vous laissez le marché libre, il polluera encore plus.

P. Vous croyez en fait plus dans des règles juridiques qui interdisent ou limitent les activités qu'en des règles qui organisent le marché ? Les règles de droit que vous imaginez pour protéger l'environnement doivent limiter les effets trop absolus du droit de propriété.

9

MS. Je n'ai pas de réponse extrêmement raffinée sur ce point. Ma préoccupation a été de creuser le fondement du « pourquoi ? ». Je dis dans mon livre que le droit de propriété est universel. Chacun a le droit de dormir, de se protéger... Je ne suis pas contre le droit de propriété. Je l'ancre dans du naturel. Mais il faut lui combiner des règles de droit pour protéger l'environnement.

Dans les règles de droit, je n'aime pas beaucoup le principe « pollueur payeur ». J'ai tenté d'apporter dans mon livre des éléments de réponse, à la faveur des analyses sur l'argent de Freud, Zola, et de beaucoup de penseurs du XIX^e siècle. Qu'est-ce que l'argent ? Vous savez que, chez Freud, l'argent est lié au stade anal. Alors « pollueur payeur » cela veut dire « pollueur pollueur ». Donc une tautologie.

Tout se passe comme si le fumier biodégradable était à deux valeurs. Polluer est en effet à double entrée. Si je convie non seulement la famille, le père, la mère, les enfants, les maîtres, les esclaves, mais aussi les bœufs, les cochons et les chiens, si j'invite donc tout ce beau monde à déposer urine et fèces sur la surface de ma propriété, au bout d'un certain temps la terre sera beaucoup plus verte que celle des voisins. C'est même peut-être une bonne hypothèse sur l'origine de l'agriculture.

La même double logique se retrouve avec l'argent. L'argent est aussi à double entrée. Si vous lisez *L'Argent* de Zola, ou les textes de Marx ou de Freud, vous y apprenez que l'argent est à la fois le fumier fécond et

la merde toxique; les deux à la fois. Bipolarité de la logique. Par conséquent, polluer c'est à la fois «fumier fécond» et «merde toxique», et l'argent c'est à la fois «fumier fécond» et «merde toxique». Dès lors, le principe pollueur payeur est une tautologie sans intérêt.

P. Ce principe permet cependant de contraindre le pollueur à réparer les conséquences de ses actes ?

MS. Mais alors autant ne pas commettre ces actes ! L'équation «pollueur payeur» n'arrête rien. C'est une complaisance. Les compagnies pétrolières ou aériennes se moquent de payer des dommages et intérêts dans l'hypothèse où elles y seraient contraintes. Elles ont fait d'immenses bénéfices préalablement en portant atteinte à la nature. De même, la taxe carbone ne me convainc pas et pour les mêmes raisons. Il vaut mieux se remettre ensemble et revoir le droit de propriété. Il vaut mieux prévenir que guérir.

P. Par voie de conséquence, vous assumez les atteintes à la liberté qu'impliquent des règles de droit contraignantes ?

MS. Oui, car polluer c'est aussi porter atteinte à la liberté. Écoutez, si je fume devant vous, je vous fais respirer quelque chose; donc l'atmosphère est à moi et pas à vous. Vous subissez mon appropriation de l'atmosphère. Il y a là des questions générales très simples. On peut porter atteinte à la liberté de certains pour en faire bénéficier le bien commun.

Quand je donnais l'exemple de «cracher dans la soupe», on peut aussi prendre l'exemple du fumeur ou celui de la musique dans les villes, les rues, les restaurants. De quel droit les intéressés s'approprient-ils l'espace ? Autre exemple: les publicités, notamment lumineuses. Leur acheteur n'achète pas seulement la surface, mais tout le volume perceptif autour. Je ne peux en effet éviter de voir cette publicité. De quel droit ! L'intéressé a acheté des mètres carrés et il s'approprie des kilomètres cubes. Pollution douce que j'analyse dans mon livre au même titre que la pollution dure.

Il faut aujourd'hui revenir à la question «pourquoi ?». À la question fondamentale: «Qu'est-ce qu'on fait maintenant en ce qui concerne le droit de propriété ?» Alors là je n'ai plus la parole. Je la donne aux politiques, aux juristes et aux économistes. Ce que je voulais faire, c'est qu'on revienne à la source de la question de la pollution, c'est-à-dire à l'appropriation.

P. Comment aborder le traitement de cette question, non plus dans un pays, mais dans la société internationale qui est aussi faite de forts et de faibles et alors que la pollution traduit, dans votre analyse, une volonté de puissance ?

MS. Je vais d'abord vous raconter une histoire. Il se trouve que j'ai rencontré à plusieurs reprises Boutros Boutros-Ghali, l'ancien Secrétaire général des Nations unies. Il me disait que, quand il allait dans n'importe quelle institution internationale, et qu'il rencontrait des fonctionnaires, il leur parlait de l'air ou de l'eau ; les intéressés lui répondaient qu'ils n'étaient pas là pour traiter ce problème mais pour représenter les intérêts de leur gouvernement. Cela traduit bien l'idée qu'à mes yeux il n'y a pas et il n'y aura jamais de solution interétatique au problème de l'environnement.

Par ailleurs, il n'y a pas de progrès historique sans utopie, sans bien commun. Une solution utopique serait donc la création d'une institution internationale, du nom de la gaufre belge, Wafel (en anglais, les initiales de l'eau, de l'air, du fer, de la terre et des vifs). Dans cette organisation, les intérêts de l'eau ou de l'air seraient ainsi représentés. Le processus de Kyoto ne peut pas, pour sa part, fonctionner, car il se fonde sur les seuls États. Certes, faute de mieux, les États sont indispensables. Mais j'aspire à une cosmocratie dans laquelle le monde aurait pris le pouvoir. La nature y serait sujet de droit. Voilà la vision du philosophe qui a comme métier d'inventer l'utopie : *I have a dream*. Je dis « et si le monde lui-même prenait le pouvoir ? ». Ce monde existe. Nous étouffons si l'atmosphère est polluée.

P. Vous enseignez aussi aux États-Unis ; l'approche des questions d'environnement y est-elle très différente ?

MS. Cette vision était différente à un certain moment. Aujourd'hui beaucoup moins. Depuis le film d'Al Gore, les choses évoluent, même si la montée du prix du pétrole valorise des gisements hier inexploitable. Cette perspective de gain rend les habitants de ces régions moins écologistes...

Le droit est peut-être une mauvaise solution pour sauver l'environnement, mais il n'en existe pas d'autres ! L'économie et la politique ne suffisent pas. Le droit suppose une norme et une sanction. En l'espèce, la sanction ne viendra pas de l'homme mais du monde. Ainsi le rythme de pollution des industries chinoises conduira à la punition

de la population. Peut-être la dégradation de l'environnement a-t-elle d'ailleurs eu une place dans l'effondrement du communisme dans l'ex-URSS ? Songeons au désastre de la mer d'Aral.

Face à la situation actuelle, il y a un retour au réel. On est en train de revenir au monde. Jusqu'à présent, la politique et la philosophie ignoraient le monde. Cela change, on le découvre. Le philosophe engagé ne se contente plus de penser les rapports humains.

J'ai une seconde utopie. L'opinion publique devient mondiale. Le connectif remplacera le collectif. Cette opinion mondiale qui est en train de se former va devenir aussi puissante que le monde. Il y a une démocratie en formation. Une vague qui va dans le bon sens. Souvent la population d'un pays est plus sage que ses gouvernants. Il est possible que, pour l'environnement, il se passe quelque chose de ce genre.

12 Voilà une seconde sanction comprise dans cette seconde utopie. Après la sanction par le monde, la sanction par l'opinion publique.

Maintenant au juriste de prendre le relais des utopies du philosophe.

R É S U M É

À l'occasion de la sortie de son nouveau livre Le Mal propre, Michel Serres étudie les rapports entre propriété et pollution : « Pourquoi polluer ? Pour s'approprier ! » Face à cette pollution, il est nécessaire, selon Michel Serres, de réagir et de promouvoir des solutions juridiques innovantes : le droit peut sauver la nature.

LE DROIT DE
L'ENVIRONNEMENT :
UN DROIT DE RICHES ?

13

Voilà bien une problématique qui relève d'une philosophie du soupçon. Quel droit, plus que le droit de l'environnement, ne se propose-t-il pas avec prétention à l'universalité ? Ses principes ont été formulés, rappelés, précisés dans des conférences internationales, sous l'égide des Nations unies, et cela dès 1972, lors du sommet de Stockholm. Le droit de l'environnement n'est-il pas universel au niveau de ses principes, ceux qui, par exemple, ont été énoncés lors du Sommet de la Terre, réuni à Rio de Janeiro, en 1992 ? N'est-il pas universel dans ses objectifs, ceux d'un développement durable, solidaire et commun à tous les terriens ? Ne l'est-il pas aussi dans ses techniques comme en témoignent les nombreuses conventions qui l'organisent ?

Cette prétention à l'universalité ne concerne pas seulement l'expression du droit de l'environnement dans des conventions internationales. Elle anime aussi les documents internes comme la Charte française de l'environnement qui a voulu placer les normes fondamentales du droit de l'environnement au même niveau que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Pourtant, il est vrai que l'on peut constater, lors de certaines réunions internationales, lors de la signature de grandes conventions comme celles portant sur le climat, une certaine réticence des pays « pauvres » à se voir imposer le partage de fardeaux, de charges, de contraintes dont ils peuvent craindre qu'elles ne rendent encore plus difficile leur propre développement. L'essentiel n'est-il pas d'abord dans le développement économique et social, quel qu'en soit le prix pour l'environnement ? Privilégier l'environnement ne les oblige-t-il pas à retarder

sinon même à mettre en danger leur propre développement ? Pourquoi devraient-ils être solidaires dans la protection contre des risques et des menaces dont on ne peut guère leur imputer la responsabilité ? Si les émissions de CO₂ sont un problème, n'est-ce pas avant tout en raison du développement désordonné des pays développés, un développement dont les pays pauvres seraient plus les victimes que les bénéficiaires ?

14 Apparaît ainsi le soupçon qu'à travers le droit de l'environnement les pays les plus développés pourraient chercher soit à ralentir le développement des autres, soit à établir des règles qui les favoriseraient dans la mesure où ils jouiraient d'avantages technologiques leur permettant de mieux y faire face. N'est-ce pas aussi une manière pour les pays « riches » de continuer à imposer, pour des motifs environnementaux en apparence incontestables, des règles, des formes de gestion des ressources, une vision du monde, des valeurs, un modèle du bien-être qui serait le leur à leur stade de développement et en fonction des crises qu'ils traversent ? Les préoccupations environnementales ne devraient-elles pas relever de la seule souveraineté des États, de leur vision de la gestion de leurs ressources en fonction des objectifs qui sont les leurs ?

UNE IDÉOLOGIE DES PAYS DÉVELOPPÉS ?

La thèse peut s'entendre de plusieurs manières.

On peut constater que le droit de l'environnement est né dans les pays développés, et que ce sont ces pays qui en sont les principaux leaders. Il y aurait d'abord un problème de leadership, un problème d'énonciation. Dans la mesure où le droit de l'environnement a d'abord été promu au sein des pays développés, comment penser qu'il n'exprimerait pas leurs intérêts ?

Le droit de l'environnement, qui explose dans les années 1960-1970, correspond à la prise de conscience par les pays développés que leur croissance n'est pas soutenable dans le temps. Cela ne veut pas dire que les pays en développement ne se sont pas dotés de règles de protection de leur environnement, qu'ils auraient dû attendre que se formule la préoccupation des pays développés pour s'en occuper eux-mêmes. Mais il est vrai que l'insistance mise sur les problèmes d'environnement dans les quarante dernières années, l'espèce de panique qui accompagne la promotion de ces thèmes, surtout depuis l'objectivation des problèmes liés au réchauffement climatique, vient des pays développés.

Dans les pays riches, la préoccupation environnementale a pris, d'emblée, une double forme : celle, d'abord, d'une lutte contre les

« dégâts du progrès », contre des pollutions de plus en plus graves, de la prévention des « risques technologiques majeurs » manifestés en particulier par la pollution de Seveso, les grandes pollutions maritimes, les catastrophes de Bhopal, Tchernobyl et plus récemment d'AZF à Toulouse – une strate de problèmes que l'on peut penser résoudre si l'on applique les règles d'une gestion prudente, mais aussi celle de la prise de conscience que, pollution ou non, le modèle de développement occidental, tel qu'il avait pu s'effectuer au cours des Trente Glorieuses, n'était pas soutenable. Si dans leur première dimension les problèmes de l'environnement peuvent rester confinés au droit interne, dans la seconde ils ont immédiatement une dimension globale.

Ceci amène à préciser que si le droit de l'environnement peut être un droit de pays « riches », ce n'est pas un droit des riches. Les « riches », multinationales ou individus, sont plutôt considérés comme destructeurs, et la cible des préoccupations environnementales. Le droit de l'environnement est plutôt né pour brider la manière dont ils pouvaient s'approprier ce qui pouvait sembler utile à leur enrichissement. Il n'est pas d'abord porté par les « riches » des sociétés riches. Il conteste au contraire leurs modes de consommation et d'appropriation. Les « riches », les forts, les puissants se sont, dans un premier temps, montrés plutôt réticents à tout ce qui pouvait brider leur pouvoir, leur force. Dans les pays riches, la prise de conscience des problèmes de l'environnement, d'une nécessaire révision des politiques économiques et technologiques n'est pas tant venue des gouvernants, des élites politiques et économiques, que de petits groupes d'« écologistes » qui se sont mis en dissidence de ce qui était la norme productiviste. Ce qui ne veut pas dire que certains « riches » n'ont pas compris et partagé l'idée qu'il n'y avait pas d'avenir dans l'égoïsme et que les valeurs de l'environnement domineraient progressivement les esprits. C'est ainsi que, dans les années 1990, on a vu se développer des associations patronales pour un développement durable et naître les premiers fonds d'investissement socialement responsable.

La considération de la double nature du droit de l'environnement, protection contre pollutions, risques et menaces à l'environnement d'un côté, et recherche d'un nouveau modèle de développement de l'autre, conduit à distinguer deux manières de l'envisager comme un droit de « riches ».

Sous l'aspect protection contre les pollutions, le droit de l'environnement peut servir sans doute à protéger les pays pauvres contre les agressions environnementales des riches, mais aussi à protéger les riches

16 contre le développement des pauvres. Le droit de l'environnement introduit, en effet, des instruments pour lutter contre la liberté du commerce. Dans le même temps que, dans le cadre de l'OMC, l'on cherche à faire tomber les barrières, à limiter les subventions que certains pays « riches » accordent à leurs industries, le droit de l'environnement peut servir à rétablir des limites et des protections, en particulier au nom de menaces concernant la santé ou la biodiversité. C'est ainsi que l'on voit le principe de précaution systématiquement introduit comme une sorte de clause de sauvegarde offerte à chaque pays pour lutter contre ce qu'il estimera être une menace grave et irréversible pour son environnement. Le droit de l'environnement est un droit protecteur qui, dans un monde globalisé, fournit des instruments de restauration des souverainetés nationales au nom de la protection des populations. La France ne plaide-t-elle pas pour une réciprocité environnementale afin de lutter contre un dumping environnemental qui ne peut guère venir que des pays « pauvres » ?

Mais ce n'est pas seulement dans sa dimension protectrice que le droit de l'environnement peut être considéré comme un droit des « riches ». Cela peut aussi bien valoir dans sa dimension de droit régulateur d'un autre modèle de développement.

La grande problématique environnementale est bien venue des pays du Nord, du sentiment que le développement tel qu'il se menait n'était pas durable. Il ne s'agissait pas seulement de lutter contre des pollutions, maritimes ou terrestres, de protéger des espaces comme la mer du Nord. Le mouvement écologiste s'est accompagné d'une profonde remise en cause des valeurs, de la philosophie, des modes de décision et de gouvernance des pays « riches », ou au sein des pays riches. Le droit de l'environnement s'est immédiatement formulé dans le sillage du fameux « Halte à la croissance » du Club de Rome et du choc pétrolier du début des années 1970. Cette dimension alarmiste a pu être, à l'époque, considérée comme marginale, l'expression de faux prophètes – souvenons-nous des scores de René Dumont aux élections présidentielles –, mais elle est devenue aujourd'hui si populaire que Nicolas Hulot n'a guère eu de mal à contraindre pratiquement tous les candidats à la dernière élection présidentielle à venir signer son Pacte écologique. Et, par les temps qui courent, il ne fait pas bon douter de l'existence comme des conséquences du réchauffement climatique. Pour partie sans doute en raison des grandes catastrophes écologiques qui ont marqué ces quarante dernières années, la conscience écologique est devenue dominante dans les pays riches. Elle est devenue une partie

constitutive de leur idéologie. De ce point de vue, on peut sans doute dire que le développement du droit de l'environnement est l'expression d'une nouvelle idéologie dominante dans ces pays.

Le droit de l'environnement peut apparaître comme un droit paradoxal. Il met en œuvre une sorte de critique du Nord par lui-même, et la volonté de trouver de nouveaux équilibres, la recherche d'un développement qui serait « durable ». À travers ce droit, le Nord fait la critique de ce qu'il a lui-même survalorisé : une croissance fondée sur le développement scientifique et technique, l'augmentation de la puissance des hommes dans leur volonté de réduire leur vulnérabilité et de dominer une nature marâtre. Et, pour cela, de s'en rendre « maître et possesseur », selon la formule de celui qui est devenu dans le même mouvement l'ennemi public numéro un : René Descartes. À travers la promotion du droit de l'environnement, c'est tout l'équipement, toute la rationalité du Nord, son « arraisonnement » de la nature qui se trouvent mis en cause. Singulier renversement des valeurs.

17

Le droit de l'environnement peut ainsi apparaître comme l'expression de la panique des pays riches quant à la durabilité de leur domination. Bien sûr, le droit international de l'environnement a pour dessein que les « riches » cessent de dévaster les pays en développement et d'« arraisonner » le reste du monde. Mais s'il faut mettre un terme au pillage du tiers monde, cela procéderait d'abord de la prise de conscience des pays riches qu'ils mettent en péril, avec leur modèle de développement, les conditions du maintien de leur puissance relative. Ainsi le droit de l'environnement serait un droit de « riches » en raison même de son énonciation, de ceux qui le promulguent, qui le conçoivent, le promeuvent. Il faut protéger l'environnement parce qu'il faut se protéger soi-même.

Le droit de l'environnement serait un droit égoïste, l'expression d'une sorte d'instinct de conservation des plus « riches » dans la conscience d'une catastrophe possible. Et la volonté d'universalité serait l'expression d'une certaine panique devant le désastre à venir. On comprend que les pays en développement, qui ont été longtemps colonisés, puissent ne pas éprouver les mêmes formes de conscience et de remords que celles de leurs anciens colonisateurs. Ils sont en droit de se demander quelle ruse peut se cacher dans le renversement des valeurs auquel ils assistent. Ils peuvent considérer que toute cette histoire n'est pas la leur, et qu'il ne leur appartient pas plus de subir la domination du Nord quand il était colonisateur que quand il s'en repent. L'histoire culturelle des pays du Nord est la sienne, celle des pays du Sud n'a pas

à lui obéir. La recherche d'une restauration d'un nouveau rapport à la « nature » peut d'ailleurs faire sourire, dans la mesure même où il cherche à s'inspirer des valeurs et des cultures des pays « pauvres », qui apparaissent comme préservés des malheurs des « riches ».

18 Pour les « pauvres », le droit de l'environnement ne peut pas exprimer la volonté de se protéger de la menace d'une sorte d'auto-destruction liée à un développement qu'ils n'ont pas connu. Il ne peut s'agir que de sortir de la catastrophe qu'ils vivent dans leur absence de développement, dans les précarités et les vulnérabilités qui l'accompagnent. Le droit de l'environnement ne peut exprimer que leur propre aspiration au développement. De ce point de vue, il y aurait bien une sorte de symétrie dans les droits de l'environnement tels qu'ils peuvent être conçus entre « riches » et « pauvres » : les premiers visent le maintien de ce qu'ils sont à travers une sorte de révolution culturelle, quand les seconds ne peuvent qu'y trouver l'expression de leur volonté de s'en sortir, sans avoir à partager une histoire qu'ils ont plus subie que choisie.

Cela ouvre sur une dernière cause pour laquelle on pourrait soutenir que le droit de l'environnement serait celui de pays riches. Elle relève d'une dimension anthropologique et culturelle : en raison même de leurs développements différents, « riches » et « pauvres » n'ont pas le même rapport au risque. Rappelons que le « risque » n'est pas le « danger ». Il n'y a de risque qu'en fonction d'une « espérance », d'un projet. Comme Pascal l'avait formulé, le risque est le prix actuel d'une espérance. C'est le prix que je suis prêt ou non à mettre en jeu dans l'atteinte d'un bien futur et dans la poursuite duquel je peux redouter des événements défavorables. Le prix du risque, sa hauteur, dépend de l'espérance.

De ce point de vue, on peut soutenir que « riches » et « pauvres » ne partagent pas la même espérance. L'homme, dans les sociétés les plus riches, dans les sociétés les plus développées, peut avoir le sentiment qu'il atteint un tel degré de bien-être que les gains qu'on lui propose, par le développement technologique en particulier, deviennent trop coûteux. L'homme des pays « riches » constate que le coût du gain de bien-être devient de plus en plus élevé eu égard aux pertes, aux dangers, aux menaces associées. Le cas des OGM est ici exemplaire : pourquoi prendre le risque de tant d'incertitudes alors que les avantages apparaissent si faibles ? Pour l'homme des pays « riches », ne mériterait plus une prise de risque que ce qui est susceptible d'améliorer sa santé. Toute activité doit désormais être évaluée en fonction des risques

qu'elle peut faire courir et des avantages qu'elle est censée apporter. L'homme des pays « riches » a le sentiment que son état de bien-être est tel qu'il a plus de risques à courir dans la croissance économique et technologique que de bien-être à gagner. Cela exprime une vision très conservatrice qui, chez certains, s'accompagne d'un rêve de frugalité et de décroissance.

Il est clair que la valorisation du risque par l'homme des pays « pauvres » ne peut pas être la même. Pour cet homme – celui qui, par exemple, abandonne tout dans l'espoir de trouver son salut dans l'accueil d'un pays « riche » –, le risque vital est quotidien. Il lui faut d'abord et avant tout s'en libérer. Face à cela, quel risque ne mérite pas d'être couru ? Les priorités ne peuvent pas être les mêmes parce que les espérances ne sont pas les mêmes. Les Occidentaux, du moins certains d'entre eux, penseront que cela ne vaut pas la peine qu'on prenne un risque, même hypothétique, alors que dans un pays en développement l'incertitude ne sera pas valorisée de la même manière, tant il y a urgence à sortir de l'état de vulnérabilité et de dépendance qui s'ensuit. Pourquoi donc l'homme des pays « riches » devrait-il imposer ses modes de valorisation du risque au reste du monde ? N'est-ce pas une manière de maintenir les plus « pauvres » dans une situation de dépendance et de vulnérabilité dont ils ne peuvent que vouloir s'affranchir ? On aboutit alors à cette contradiction, à cette idée que les règles que les Occidentaux veulent donner à la planète seraient autant de manière de limiter le développement des pays pauvres.

Mieux, on peut se demander, selon une vision qui serait inspirée par Nietzsche si, à travers le droit de l'environnement, ce n'est pas un Occident fatigué, vieillissant, à la démographie déclinante, un Occident de retraités donc, qui a perdu le goût du risque, qui sent qu'il perd la main dans un monde où apparaissent de nouvelles puissances, qui tente de continuer à imposer ses normes alors même qu'il n'a plus la volonté ni les capacités de les défendre. Le droit de l'environnement serait le droit de faibles, d'anciens « forts » qui se savent affaiblis, dont la « volonté de puissance » s'est amoindrie, et qui cherchent à reprendre l'avantage. Au fond, à travers la promotion du droit de l'environnement, les « riches » ne chercheraient pas tant à se protéger des conséquences non espérées de leurs choix, non plus qu'à préserver un mode de développement dont la durabilité est contestée, qu'à se protéger, dans la conscience de leur faiblesse, contre la domination des autres en imposant à tous une sorte de norme universelle de bien-être.

UN DROIT COMMUN DE L'HUMANITÉ

Jusqu'alors, j'ai plaidé pour la thèse selon laquelle le droit de l'environnement pouvait être interprété comme un droit de « riches ». Cela veut-il dire pour autant que le droit de l'environnement se réduirait à la volonté des riches de poursuivre une domination sur le reste du monde ? Certes non. Le droit de l'environnement peut avoir un caractère universel, même s'il n'est pas interprété de la même manière par tous. À travers ses normes, se plaide peut-être la construction d'un monde commun, les mêmes normes étant interprétées selon des objectifs différents par les uns et les autres.

20 Le droit de l'environnement est complexe. Il y a d'un côté le droit des pollutions, tout ce qui est protection contre des agressions, avec pour visée de « vivre dans un environnement sain ». C'est la dimension protectrice. Mais il y a aussi tous les autres problèmes liés à l'idée d'un monde global et commun qui apparaît aussi bien dans la conscience de menaces comme celle du réchauffement climatique que dans celle de la gestion des ressources naturelles, dans une perspective qui n'est pas de court terme, mais de long terme, celle des générations futures. Dans cette dimension, le droit de l'environnement n'est pas seulement protecteur, il est organisateur : il met en œuvre des politiques globales. Il exprime et met en œuvre un principe de solidarité planétaire, un principe de gestion globale et régulatrice des problèmes de la terre. De ce point de vue, le droit de l'environnement doit être conçu, dans son domaine, comme l'analogue des règles de l'OMC. À travers le droit de l'environnement, à travers les négociations sur le réchauffement climatique comme dans les cycles de l'OMC, se cherche une sorte de conscience commune planétaire. Le droit de l'environnement, c'est le droit des interdépendances, des solidarités nécessaires d'un monde où, pour reprendre Jean-Paul Sartre, « on ne peut pas se sauver seul ».

Faut-il dès lors parler d'un droit des « riches », craintifs quant à leur propre avenir, ou d'un droit des « pauvres », cherchant leur autonomie ? C'est plutôt la recherche d'un droit commun. Et cela d'autant plus que son élaboration ne peut plus guère être unilatérale. En droit interne, comme en droit international, il doit et devra toujours plus utiliser des structures participatives, participatives entre États, comme avec les ONG. Or, le principe de la démocratie participative est qu'aucune des parties prenantes ne peut prétendre détenir ou exprimer des valeurs universelles. Parce que précisément la valeur de ces valeurs est en question. Ce qui est le cas aujourd'hui autour de la notion de

« développement » dont la signification a perdu son évidence. Au sein des forums participatifs, toutes les parties prenantes sont invitées à exprimer leur vision, et à tenir compte de celle des autres.

On a parlé dans les années 1990 d'un « clash des civilisations ». Le droit de l'environnement, comme ses procédures, est sans doute un des lieux, un des espaces promus pour en éviter l'échéance. Et cela parce qu'à travers la conscience de l'environnement, chacune de ces civilisations peut se concevoir comme mortelle, et évaluer les conditions de sa survie. Le droit de l'environnement doit se concevoir comme un processus où se tisse sans arrêt la toile des solidarités dans un monde commun.

R É S U M É

Comment soutenir qu'un droit à prétention aussi universelle que le droit de l'environnement serait un droit des « riches » ? On peut développer trois raisons dont le motif tient à ce que le droit de l'environnement a eu les pays « riches » comme principal énonciateur. Ce droit accompagnerait les transformations contemporaines de la conscience de « riches » de moins en moins sûrs d'eux-mêmes, cherchant même chez les pauvres des modes d'existence qui les sauveraient d'eux-mêmes. Mais cette division entre riches et pauvres n'est-elle pas surannée pour interpréter un droit dont la finalité serait la construction d'un monde commun ?

L'ÉVOLUTION DES INSTRUMENTS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Sur le terrain du droit, la question de l'environnement continue à faire l'objet de nombreux débats dont les deux principaux doivent ici être mis en évidence. 23

Le premier porte sur les objectifs à atteindre.

Initialement, le droit de l'environnement avait comme unique objet de préserver, de sauvegarder, de protéger l'environnement. Il s'agissait d'un droit de la conservation d'un état de la nature considéré par la société comme faisant partie d'un patrimoine auquel elle est attachée, au même sens que le droit des monuments historiques avait comme finalité de conserver un patrimoine culturel exposé aux assauts du temps et de la modernisation. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, dans les textes, les notions de patrimoine naturel et culturel sont aussi souvent associées.

Dans une seconde étape du développement du droit de l'environnement, il fut pris conscience de ce qu'il ne suffisait pas de le protéger par le jeu de mesures conservatrices, mais qu'il convenait également de mener une action positive de restauration et de gestion de l'environnement; que la montagne ne pouvait être protégée durablement sans y maintenir des montagnards; qu'une action efficace sur la qualité des eaux ne pouvait résulter de la simple interdiction d'y rejeter les résidus d'activités polluantes et qu'il fallait en amont mettre en œuvre des politiques publiques d'investissements, etc. Toutefois, à ce stade des politiques de l'environnement, la cible reste bien identifiée. C'est l'environnement envisagé dans ses diverses conceptions et composantes: éléments, ressources, équilibres et patrimoine naturel.

L'émergence plus récente de la notion de développement durable et

son ambition de conjuguer l'action classique conduite dans le domaine de l'environnement avec le développement économique changent totalement la définition des objectifs politiques. Inscire dans la Charte de l'environnement, résultant de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005¹, que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable » et qu'à cet effet « elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement (ce qui était l'objectif premier des politiques de l'environnement), le développement économique et le progrès social » modifie fortement la cible de l'action publique. On se trouve devant un objectif global aussi bien économique et social qu'environnemental, et non plus en face d'une simple politique qualifiée de sectorielle². À vrai dire, cet adjectif convenait mal à une politique qui reposait sur l'identification des interactions de tel ou tel élément de l'environnement sur l'ensemble des « équilibres biologiques », sur « l'éco-système ». L'évolution marquée par l'émergence de la notion de développement durable était inscrite dans la logique de l'objet environnemental.

Ce premier débat a trouvé un écho sur le terrain des instruments juridiques : la question se pose de savoir quels sont ceux qui sont les mieux adaptés à la poursuite de ces objectifs.

La conservation de l'environnement pouvait s'accommoder de techniques juridiques assez classiques dont la plus utilisée a été la police spéciale, à savoir l'interdiction ou la réglementation sur la base d'un texte spécial des activités considérées comme présentant un risque important pour l'environnement, assorties de sanctions pénales ou administratives : dès 1810, c'est cette solution qui est mise en œuvre par la plus ancienne et la plus importante des grandes polices de l'environnement, la police des manufactures et ateliers insalubres, incommodes ou dangereux qui deviendra la police des installations classées. Combinée avec le procédé de la servitude administrative, utilisée notamment pour la prévention des risques et la protection du patrimoine naturel, cette technique reste le principal outil juridique employé par un droit de l'environnement qui demeure, pour une grande part, une superposition complexe de polices spéciales : eau, chasse, pêche, sites, réserves naturelles, etc. ; l'idée d'une police générale de l'environne-

1. Voir sur ce point, *AJDA*, dossier spécial sur la Charte de l'environnement, 2005, p. 1164.

2. Chantal Cans, « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, p. 210.

ment chargée de veiller au respect de l'ordre public écologique reste, pour sa part, toujours contestée³.

Par contre, la police administrative est totalement inadaptée à la mise en œuvre de ce qui va devenir rapidement le second objectif des politiques publiques de l'environnement, à savoir la restauration du milieu, la conduite d'actions positives destinées à en assurer un meilleur état, et non plus seulement la prohibition des activités qui le menacent. Cet « interventionnisme environnemental » va reposer sur un ensemble de procédés beaucoup plus complexes, au premier rang desquels il faut placer les services publics de l'environnement (eau, assainissement, déchets, etc.), caractérisés par le fait qu'ils sont le plus souvent délégués à de grands opérateurs privés. À côté de ces services publics, les politiques publiques de l'environnement ont également dû utiliser toutes les techniques de l'interventionnisme : l'appropriation publique des biens environnementaux – solution mise en œuvre, pour ne citer que cet exemple, pour assurer la protection de l'espace littoral –, les incitations financières et fiscales⁴.

25

L'émergence du développement durable comme objectif global des sociétés contemporaines a toutefois fait apparaître l'insuffisance de ces outils du droit de l'environnement. Dès lors qu'une gestion économe de l'environnement, combinée avec un développement économique durable, et le maintien de la cohésion sociale deviennent une des priorités non seulement de l'action publique mais aussi de l'ensemble des comportements sociaux, des outils aussi ciblés que la police ou le service public ne suffisent plus. Certains pensent même qu'ils sont dépassés et que des instruments plus fins, utilisant la dynamique sociale et le marché, doivent s'y substituer. Sur la question de savoir quels sont les instruments les plus pertinents du développement durable, deux débats sont aujourd'hui ouverts : entre l'unilatéral et le contrat, d'une part, sur la place du marché par rapport à l'intervention publique, d'autre part.

3. Voir, sur ce point, Faculté de droit de Limoges, *L'Ordre public écologique*, février 2003.

4. Ce sera le cas, notamment, de la politique destinée à maintenir l'agriculture de montagne. On notera ici que cette forme d'interventionnisme a été reprise dans le cadre européen puisqu'elle constitue l'un des objectifs les moins discutés de la politique agricole commune.

LE DÉBAT ENTRE L'UNILATÉRAL ET LE CONTRAT

«De la contrainte au contrat», tel est le sous-titre qu'avait donné le notariat à son 90^e congrès consacré à la protection de l'environnement⁵. *A priori*, cet intitulé semblerait indiquer que, pour une partie des juristes qui s'intéressent aux questions d'environnement, l'heure n'est plus à l'action unilatérale de la puissance publique, à la réglementation mise en œuvre dans le cadre de polices spéciales, mais au contrat. En fait, cela ne signifie pas que l'unilatéral doit aujourd'hui faire place au contractuel, mais plutôt qu'il doit s'inspirer du processus du contrat.

Les limites de l'action unilatérale

26 La police administrative était parfaitement adaptée à la conception classique du droit de l'environnement dans la mesure où il s'agissait alors soit de régir des activités présentant pour la salubrité, la sécurité ou le voisinage des risques certains – ces activités étant par la force des choses peu nombreuses –, soit de protéger des territoires abritant un patrimoine naturel exceptionnel, également de superficie réduite et n'accueillant généralement qu'une population restreinte. Il était dès lors possible pour la puissance publique de soumettre ces activités et ces territoires à un contrôle préalable étroit et à une surveillance constante. L'État, alors l'unique titulaire des pouvoirs de police de l'environnement, pouvait consacrer à ces missions les personnels et les financements nécessaires.

Déjà l'accroissement du nombre d'actes à contrôler dans ce cadre bien défini a conduit à s'interroger sur l'effectivité de cette action unilatérale. Le seul effet de la croissance économique conjugué avec l'élargissement des catégories d'activités considérées comme constituant un risque pour l'environnement a conduit, par exemple, à accroître sensiblement le nombre d'installations classées alors que, dans le même temps, les effectifs des corps de contrôle se réduisaient : on compte actuellement environ un inspecteur d'installation classée pour quatre cents installations à contrôler. De la même façon, l'extension considérable de la superficie des territoires protégés (ils représentent actuellement plus de 3 % du territoire) à un titre ou à un autre (parcs, sites, réserves naturelles, zones Natura 2000, etc.) a eu mécaniquement pour effet de desserrer l'intensité des contrôles tant préalables qu'*a posteriori* dont ils font l'objet. Les réglementations ayant une efficacité propor-

5. 90^e congrès des notaires de France, «Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat», Nantes, mai 1994.

tionnelle aux sanctions qui y sont attachées, on constate là une faiblesse d'un droit de l'environnement caractérisé par la lenteur et l'inefficacité des sanctions qui devraient en garantir le respect. Il y a là une évidence s'agissant des sanctions pénales; mais cela demeure vrai pour les sanctions administratives. En outre, la sophistication croissante des procédures de contrôle (le développement de l'évaluation préalable des effets des projets sur l'environnement, la prise en compte du principe de précaution, etc.) a eu pour conséquence d'accroître la difficulté des missions des administrations de contrôle et donc le niveau d'expertise exigé.

Ces difficultés déjà perceptibles dans le fonctionnement du droit de l'environnement, pris en son sens classique, changent totalement de nature et de dimension dès lors qu'il s'agit de conduire le développement durable. Alors que la police des installations classées ne concerne qu'environ 500 000 entreprises ou services (dont seulement 50 000 sont placés sous le régime de l'autorisation préalable), ce sont une multitude de décisions tant individuelles que collectives qui doivent être prises en compte si on raisonne en termes de développement durable: la passation des marchés publics, le choix d'un mode de transport ou d'un système de chauffage, etc. C'est la totalité du territoire qui est concernée et pas seulement 3 % de sanctuaires de la nature. Il est bien certain que l'outil de l'action unilatérale ne suffit plus à la gestion d'objectifs aussi ambitieux. Si même la puissance publique en avait les moyens – ce qui semble exclu dans le contexte actuel de réduction des dépenses publiques –, il semble évident que la contrainte ne peut suffire à faire en sorte que l'ensemble des acteurs de la société prennent les décisions qui conduisent au développement durable. Il faut pour cela obtenir une adhésion qui entraîne des « comportements citoyens », ainsi que les médias les qualifient assez justement. Le juriste parlera alors du contrat. Mais, n'est-ce pas en dilatant quelque peu le sens ? Ne faut-il pas davantage parler de concertation ?

Vogue du « contrat » ou exigence de concertation ?

Les contrats se sont multipliés dans le domaine de l'environnement, que ce soit des contrats de branche conclus entre l'État et les organisations professionnelles pour définir un certain nombre d'objectifs en matière de qualité environnementale et les aides aux entreprises qui en sont la contrepartie, des contrats de bruit, des contrats de rivières propres, des plans municipaux d'environnement, des contrats et des chartes pouvant être conclus dans le cadre des procédures Natura

2000, etc. Il ne s'agit pas ici de tous les énumérer mais de constater le recours croissant à ce procédé depuis plus d'une quinzaine d'années. On notera, en particulier, le passage de l'unilatéral au contrat dès lors que les mesures d'environnement concernent des superficies ou des populations plus importantes. Les parcs nationaux, peu peuplés, étaient régis par décrets, les parcs naturels régionaux, qui accueillent près de 5 % de la population française, sont dotés de « chartes ». La vogue du procédé contractuel semble d'ailleurs telle que, dans le nouveau régime des parcs nationaux issu de la loi du 14 avril 2006, la charte a succédé au décret, même s'il faut dès maintenant souligner l'ambiguïté de la terminologie utilisée dans ces domaines.

28 Cette « contractualisation » croissante du droit de l'environnement s'explique assez aisément. Le contrat est l'outil classiquement utilisé par la puissance publique lorsqu'elle a comme but d'obtenir des personnes privées et, notamment, des agents économiques la mise en œuvre d'actions au service des objectifs environnementaux qui doivent reposer sur le consensus, l'engagement volontaire, même s'ils sont souvent la contrepartie d'aides financières, fiscales ou autres. Il n'y a pas là de nouveauté : ce que l'on a qualifié d'économie concertée a reposé sur cette recherche de consensus.

Ce qui est plus nouveau, c'est l'utilisation par la puissance publique de la technique contractuelle dans des hypothèses où elle aurait la possibilité d'utiliser la voie unilatérale. Tel est le cas, notamment, des programmes de branche qui ont été utilisés pour inciter les entreprises à se mettre progressivement en conformité avec les normes environnementales, alors que les autorités administratives étaient en droit de mettre en œuvre le pouvoir de sanction dont elles disposent. En fait, ce sont la plupart des procédures d'environnement qui ont progressivement intégré le processus contractuel. De manière significative, l'étude de la pratique d'une procédure en apparence aussi unilatérale que l'autorisation d'ouverture des installations classées démontre que celle-ci résulte le plus souvent d'une négociation entre la puissance publique et le pétitionnaire. L'*instrumentum* reste unilatéral : les polices de l'environnement ne peuvent d'ailleurs donner lieu à la passation de contrats véritables, comme le rappelle le Conseil d'État⁶ en censurant ce qu'Étienne Picard qualifie de « conventions police »⁷. Par contre, le processus qui y conduit est contractuel.

6. CE 8 mars 1985, *Les amis de la Terre, Lebon*, p. 73.

7. Étienne Picard, *La Notion de police administrative*, LGDJ, 1980, p. 895.

Ceci illustre toutefois l'ambiguïté qui règne sur cette prolifération du contrat comme instrument de la politique de l'environnement. D'une part, bon nombre de ces accords n'entrent pas dans la définition traditionnelle du contrat, et la doctrine reconnaît qu'ils ne constituent pas une catégorie juridique homogène, qu'ils ne sont pas toujours des actes juridiques et que, dans l'hypothèse où ils le sont, leur portée reste discutée⁸. D'autre part, il faut souligner que c'est surtout, plus que le contrat au sens strict, le processus contractuel qui triomphe. Celui-ci peut déboucher sur la conclusion de contrats véritables, tels ceux qui peuvent être passés pour mettre en œuvre les documents d'objectifs des zones Natura 2000. Ici l'instrument et le processus sont contractuels.

Mais, dans le plus grand nombre d'hypothèses, seul le processus est contractuel. Il faut alors plus sûrement parler de concertation, de participation des intéressés au processus de décision. Cette volonté de négocier avec les acteurs, les personnes concernées et plus largement le « public » est née de la prise de conscience par la puissance publique de l'impossibilité, dans l'État postmoderne, d'imposer par la seule voie unilatérale aussi bien les contraintes que les comportements qu'implique la mise en œuvre de la politique de développement durable. Sauf à rester lettre morte, les choix opérés doivent faire l'objet de débats et d'un large consensus. Le droit tant national qu'international ou communautaire a d'ailleurs consacré cette conception, que ce soit l'article 7 de la Charte de l'environnement, 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 signée à Aarhus le 25 juin 1998, ou la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

En définitive, on ne peut prétendre que le contrat se soit substitué à la décision unilatérale comme outil privilégié du droit de l'environnement. Il a certes accru sa place au prix de constructions juridiques nouvelles, voire incertaines. C'est plutôt la « contractualisation » du processus de décision conduisant à l'acte unilatéral qui est remarquable. Ce qui traduit bien le fait que les politiques du développement global ne peuvent résulter que de la conjugaison d'une multitude de décisions dans lesquelles une place accrue est faite au marché.

8. André de Laubadère, Pierre Delvolvé et Franck Moderne, *Traité des actes administratifs*, LGDJ, 1983, t. 1, p. 403.

Au-delà de l'analyse juridique, il y a là l'illustration de la nécessité d'inventer, dans le cadre de la conduite du développement durable, une nouvelle « gouvernance » – terme d'ailleurs reconnu par le législateur français dans la loi du 13 décembre 2006 sur l'eau – fondée sur la transparence, la participation et le « contrat-concertation ».

LE DÉBAT SUR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

30 L'analyse des politiques environnementales replacées dans une optique de développement durable prend désormais en compte la compensation qui doit être opérée entre le financement des mesures nécessaires et les économies réalisées de ce fait sous la forme d'une réduction des coûts sociaux (réparation des dommages écologiques, services environnementaux, etc.). Ce qui implique une évaluation des politiques publiques permettant de comparer leur coût apparent aux gains environnementaux mesurés en termes économiques.

Cette approche économique porte notamment sur les « instruments économiques et financiers » des politiques environnementales dont le cinquième programme d'action communautaire de l'Union européenne en matière d'environnement a fait une priorité⁹. Ces instruments économiques et fiscaux jouent ainsi désormais un rôle prédominant tant en ce qui concerne les interventions publiques que l'orientation des choix des agents économiques privés, qu'ils soient producteurs ou consommateurs.

De nouveaux modes de financement des politiques publiques de l'environnement

La croissance des dépenses publiques consacrées à l'environnement a des causes mécaniques : l'urbanisation, l'augmentation de la population, l'évolution des modes de consommation, etc. Elle s'explique également par l'inflation réglementaire qui a conduit à émettre des normes de plus en plus contraignantes en ce qui concerne l'émission des substances comportant un risque et la qualité des milieux récepteurs.

En outre, et de manière assez paradoxale, les progrès enregistrés sur le terrain de la protection de l'environnement ont, à leur tour, généré des coûts nouveaux. Il en est ainsi de l'appropriation publique des biens environnementaux : l'action du Conservatoire de l'espace lit-

9. Résolution du Conseil du 1^{er} février 1993.

toral et des rivages lacustres en est un exemple remarquable. Partant du postulat – sans doute vrai – que la protection des espaces fragiles et menacés nécessitait leur acquisition par la collectivité publique, le Conservatoire a conduit une importante et efficace politique d'acquisition qui le place aujourd'hui à la tête d'un patrimoine d'environ 70 000 ha. Mais cette appropriation publique génère des coûts de gestion des biens environnementaux qui, à un certain niveau, remettent en cause la capacité d'action de l'institution, alors que ces coûts étaient inexistants – à l'exception du coût des contrôles – aussi longtemps que ces biens étaient restés des propriétés privées grevées de servitudes de protection.

Cette inflation des coûts a conduit à rechercher un nouveau mode de financement des services collectifs environnementaux bâti sur une logique de type économique originale qui se différencie à la fois du système de financement par l'impôt utilisé pour les services publics classiques (administratifs ou d'intérêt général pour se caler sur les catégories juridiques habituelles) et du financement par l'usager, qui est le modèle employé pour les services industriels et commerciaux. Il s'agit du recours au principe « pollueur payeur ». Ce principe – initié par une recommandation de l'OCDE de 1991¹⁰ – a été reconnu par la déclaration de Rio de 1992 dont le principe n° 16 dispose que les autorités nationales doivent « s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation des instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ».

Repris par la loi Barnier du 2 février 1995 (Ch. env. art. L 110-1) qui dispose « que les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur », ce principe est de plus en plus souvent à la base du système de redevances environnementales institué par la législation française, mais aussi par la plupart des législations européennes. Des redevances sont prélevées sur les pollueurs et leur produit est affecté à la prévention des pollutions. Le dispositif des agences de l'eau constitue sans doute l'un des modèles les plus achevés de ce mode de financement : il montre notamment que la notion de pollueur y est interprétée de

10. Recommandation relative à l'utilisation des instruments économiques dans la politique de l'environnement, C(90)117 (Final), OCDE, 1991.

manière très large puisque le prélèvement sur la ressource en eau est assimilé à une pollution et donne lieu au paiement d'une redevance. La logique de ce mode de financement des services environnementaux peut aller plus loin encore, comme le démontre l'exemple de la taxe départementale sur les espaces naturels sensibles: affectée à l'acquisition et à la gestion des espaces naturels à protéger, celle-ci est assise sur la construction neuve, ce qui veut dire que tout constructeur est présumé être un risque pour la protection du patrimoine naturel et doit donc contribuer au financement de sa sauvegarde.

32 Cette approche repose largement sur la conception selon laquelle les biens environnementaux ne sont pas considérés comme des biens que l'on peut consommer gratuitement. Ils ont un prix que le producteur doit intégrer dans son coût de production. D'où le développement des analyses qui partent du principe qu'il est possible d'assurer plus efficacement la protection de l'environnement en utilisant les lois du marché et le jeu des rapports de droit privé qui existent entre les utilisateurs de l'environnement.

Le jeu du marché et des rapports de droit privé

Inspiré de précédents américains et préconisé par le droit international, le système des permis d'émettre des pollutions en contrepartie de l'acquisition de quotas d'émission constitue certainement l'illustration la plus remarquable de cette évolution. Ce dispositif a fait l'objet de la directive communautaire 2003/87/CE du 13 octobre 2003, récemment transposée par l'ordonnance 2004-330 du 15 avril 2004 qui institue un système de quotas d'émission de gaz à effet de serre. En schématisant un mécanisme assez complexe, il consiste à affecter à des installations classées qui rejettent un gaz à effet de serre dans l'atmosphère, un certain nombre de quotas d'émission (attribués par autorisation), le principe étant que l'exploitant vertueux qui réduit ses émissions peut vendre les quotas non utilisés à d'autres entreprises qui seraient contraintes de dépasser leur nombre de quotas. On le constate, ce dispositif fait largement reposer sur le marché la lutte contre l'émission de gaz à effet de serre puisque, d'une part, les agents économiques « économes » en terme de dégradation des biens environnementaux pourront faire des gains en vendant leurs quotas à d'autres opérateurs économiques qui devront intégrer le prix de ces quotas dans leur coût de production et que, d'autre part, la valeur des quotas évoluera, sur le marché boursier des permis d'émettre, en fonction de l'évolution de la pollution: plus celle-ci croîtra, plus le prix des quotas augmentera.

Faut-il pour autant parler d'une substitution du marché à l'intervention publique ? Assurément non dans la mesure où ce marché des quotas est créé et régulé exclusivement par la personne publique qui fixe annuellement le nombre de quotas qui sont attribués (celui-ci devant évidemment tendre à une réduction globale des émissions) et, par ailleurs, accorde les autorisations requises. Il s'agit plutôt d'une régulation publique utilisant les mécanismes du marché.

L'utilisation des mécanismes du marché comme instrument de protection de l'environnement est plus nette avec la notation « environnementale » des entreprises qui s'est développée depuis une quinzaine d'années, dans un premier temps à l'initiative du milieu économique puis sous la pression des autorités communautaires et du législateur français. Sous les différentes formes de la certification environnementale, de l'éco-audit, du bilan environnemental d'entreprise (code du commerce, art. L 225-102-1), cette notation consiste en fait à évaluer la qualité environnementale des agents économiques en fonction de leurs comportements, des efforts déployés pour mettre en œuvre des objectifs de développement durable, des résultats obtenus. Si elle n'a pas des effets aussi directs que la notation financière qui pèse sur la capacité d'emprunt des entités concernées et les taux pratiqués, cette notation n'est pas sans incidences non seulement en termes de communication, mais aussi d'analyse des risques.

Il y a là une évolution remarquable du droit de l'environnement dont il ne faut toutefois pas conclure qu'il s'oriente vers une substitution des instruments économiques et financiers aux outils classiques reposant sur la réglementation. On se trouve en fait davantage devant un dispositif complexe, articulant contrainte et marché, indispensable pour faire face aux enjeux de plus en plus lourds qui sont ceux du développement durable.

R É S U M É

Le droit de l'environnement s'est constitué, à l'origine, comme une addition de polices spéciales visant à prévenir par la réglementation, l'autorisation et la sanction les atteintes au milieu naturel. La prise en compte de l'objectif du développement durable conduit à recourir à de nouveaux instruments reposant davantage sur le contrat, la concertation et les mécanismes économiques et financiers.

MARCHÉ ET DROIT :
LA LOGIQUE ÉCONOMIQUE
DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

35

Il n'est plus besoin d'insister sur la réalité des problèmes environnementaux. Le Groupe intergouvernemental d'experts sur le changement climatique (GIEC) a, dans son quatrième rapport d'évaluation intitulé « Changement climatique 2007 », rappelé que le réchauffement de la planète ne faisait plus de doute puisque onze des douze dernières années (1995-2006) figurent parmi les plus « chaudes » (soit depuis 1850, date des premières mesures fiables) et qu'il est bien la conséquence des augmentations de concentration de gaz à effet de serre et d'autres sources non naturelles (cette estimation étant fiable à 90 %). En revanche, la solution économique et juridique à cette question est encore loin de faire consensus, au moins dans la sphère politique. Nous sommes néanmoins passés avec le protocole de Kyoto d'une régulation de l'environnement par les normes à une régulation par les instruments économiques (taxes et marché des droits).

LES FONDEMENTS ÉCONOMIQUES
DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

L'environnement est un bien commun, source d'effets externes

L'intervention de l'État dans le domaine environnemental a deux justifications principales du point de vue de la science économique, la présence d'« externalités » et celle de « biens communs »¹.

En effet, un grand nombre de biens environnementaux sont des

1. Voir Maya Bacache-Beauvallet et Florian Mayneris, *Le Rôle de l'État*, Bréal, 2006.

biens communs² au sens où un ensemble de citoyens y a librement accès: c'est le cas, par exemple, des biens communaux, de la qualité de l'air ou de l'eau. Aucun droit de propriété privé ne vient brider l'accès ou la jouissance de tous. De plus, en tant que bien gratuit, l'environnement est le lieu d'externalités. On parle d'externalité (positive ou négative) lorsque l'action d'un agent économique a un impact (positif ou négatif) sur le bien-être d'un autre agent et que cet impact ne passe pas par l'intermédiaire du marché. L'exemple canonique dans le domaine environnemental est celui d'une entreprise qui pollue: elle réduit le bien-être des riverains mais ce dommage ne fait pas l'objet d'une transaction ou d'une réparation. L'effet externe provient de la divergence entre le coût privé supporté par l'entreprise et le coût social payé par l'ensemble des acteurs: l'entreprise qui minimise ses coûts omet le coût que représente son action pour les autres (les consommateurs ou les riverains, par exemple).

Ces caractéristiques des biens environnementaux sont des sources de «défaillance» du marché: le marché n'alloue pas efficacement les ressources, il est dit défaillant, et il faut une intervention de l'État³.

Le marché est défaillant à allouer de manière optimale les biens environnementaux. En effet, si l'entreprise subit un coût à dépolluer, les autres acteurs en tirent au contraire un bénéfice et l'on pourrait alors imaginer des transactions qui améliorent à la fois le bien-être des consommateurs et celui des entreprises. Simplement, l'entreprise n'a aucune incitation, aucun signal en ce sens. Le marché est alors défaillant à garantir un optimum économique⁴: la pollution est en excès par rapport à l'optimum car elle ne coûte rien à celui qui la produit. En revanche, il est coûteux pour l'entreprise de dépolluer car cela implique d'investir dans des outils de production moins polluants et

2. Certains biens environnementaux peuvent même être qualifiés de biens publics, soit un bien défini par deux caractéristiques: la non-exclusion (ce qui en fait un bien commun) et la non-rivalité. La non-exclusion indique qu'on ne peut pas exclure un agent de son usage et de sa consommation. La non-rivalité indique que la consommation par un agent de ce bien ne réduit pas les possibilités de consommation par un autre agent.

3. Le théorème de Coase indique que les agents n'ont pas nécessairement besoin de l'État si les coûts de transaction (de négociation principalement ici) sont assez faibles, ils peuvent s'entendre. Néanmoins, il est probable que les coûts de transaction soient suffisamment élevés, en raison notamment du nombre d'acteurs, lorsqu'il s'agit de biens environnementaux et que l'État doit intervenir.

4. On parle d'optimum au sens de Pareto lorsqu'il n'est plus possible d'améliorer simultanément le bien-être de tous les agents.

plus chers. L'entreprise est ainsi incitée à polluer puisque toute réduction de sa pollution diminue son profit.

L'optimum est restauré si le niveau de pollution est tel que le bénéfice marginal de la dépollution (c'est-à-dire le bénéfice de la dernière unité de pollution émise) est égal au coût marginal de la dépollution. À l'optimum, le niveau de pollution (et de production) étant inférieur au niveau de l'équilibre de marché, on maximise la différence entre les gains sociaux de la dépollution et son coût social, et on ne peut alors imaginer aucune autre transaction qui bénéficie simultanément aux deux agents, pollueur et pollué.

Le problème que posent les externalités est donc celui de l'absence de marché : il existe des biens que des individus veulent acheter ou vendre (moins de bruit, moins de pollution, un beau paysage, etc.), bref échanger, et pourtant il n'y a pas de marché pour le faire. Les problèmes liés aux externalités sont donc généralement liés à l'absence de définition adéquate des droits de propriété. On doit à Coase une vision générale du théorème de résolution des défaillances de marché liées aux externalités⁵. L'idée est lumineuse : si le marché est défaillant, c'est que les droits de propriété ont été mal définis. Définir les droits de propriété permet d'attribuer à la victime ou au pollueur la propriété d'un bien qui était initialement commun. En définissant les droits de propriété, on améliore la situation car on rend possibles les échanges souhaités par les agents, et on utilise le système des prix comme système d'échange.

Si le riverain possède par exemple le droit à l'eau pure, l'entreprise peut être intéressée par l'achat ou la location de ce droit – à titre de dédommagement – pour pouvoir polluer, et cela tant que le coût marginal de la dépollution est inférieur au prix du droit de location de l'eau pure ; inversement, si les droits initiaux sont détenus par l'entreprise, le riverain peut proposer d'acheter le droit d'utiliser la rivière non polluée. L'entreprise dépollue tant que l'exploitation de sa rivière lui rapporte marginalement plus que ne lui coûte sa dépollution. Dans les deux cas, propriété du bien au pollueur ou au pollué, on a internalisé l'externalité : on a créé un mécanisme de marché du bien environnemental. Ces deux solutions sont ainsi équivalentes en termes d'efficacité mais pas, bien entendu, en termes de redistribution.

5. Ronald H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, octobre 1960.

Les différents moyens dont dispose l'État

L'État est informé de manière plus ou moins fiable des dommages liés à la pollution et des coûts de dépollution; son choix revient alors à déterminer un optimum de second rang puisque l'optimum de premier rang lui fait défaut. Plusieurs instruments sont à sa disposition pour corriger les défaillances du marché des biens environnementaux, en fonction du type de pollution mais également de la fiabilité de ses informations.

38 L'instrument le plus simple est la mise en place de normes. Dans ce cadre, le système des droits reste inchangé, le bien environnemental est toujours un bien gratuit et la pollution ne coûte toujours rien à l'entreprise – tant qu'elle respecte la norme. Par conséquent, toute entreprise pollue à hauteur de ce qui lui est autorisé. On comprend alors l'importance de la détermination de la norme qui ne doit être ni trop souple (trop de pollution) ni trop stricte (dépollution trop coûteuse). Cette solution a donc deux défauts principaux: elle repose sur l'hypothèse que l'autorité de régulation est capable de déterminer précisément quel est le niveau optimal de pollution; surtout, elle ne modifie pas les incitations des entreprises et leur critère de rentabilité. C'est donc un système relativement statique qui ne permet pas aux entreprises d'innover en recherchant des techniques de production moins polluantes.

L'État dispose d'autres instruments qualifiés de plus économiques et qui consistent à rétablir la logique de marché. Ces mécanismes de prix sont dans l'ensemble plus efficaces que la norme car, au lieu de pousser les entreprises à se situer au plus proche de la limite, ils les incitent à produire une quantité de pollution variable, et les pollueurs dont les coûts de dépollution sont les plus faibles consentent l'effort de dépollution le plus important.

Ces instruments ont en commun une logique de restauration des droits de propriété. Il existe deux solutions symétriques du point de vue économique⁶. La première est de considérer que la victime est propriétaire du bien environnemental et que le pollueur doit la dédommager pour atteinte à la propriété privée. On parle alors d'internalisation de l'externalité puisque le pollueur intègre le coût du dédommagement dans la somme de ses coûts de production. Cette solution dite du « pollueur payeur » est préconisée par Arthur Pigou

6. Rappelons que le théorème de Coase, suivant lequel la quantité de pollution (ou d'externalité) est indépendante de la répartition des droits de propriété, suppose que la demande de pollution ne dépende pas du revenu.

dès 1920⁷. Elle n'est pas parfaite car elle suppose de déterminer le montant de cette taxe, c'est-à-dire de connaître le bénéfice marginal de la dépollution (ou le montant marginal du dommage subi par la victime). Toutefois, si l'État connaît suffisamment le coût de l'externalité pour fixer le taux de taxe, autant imposer à l'entreprise un niveau de pollution. La deuxième solution est symétrique de la précédente et équivalente en termes de pollution mais, bien entendu, très différente en termes de distribution: c'est le pollueur qui détient la propriété du bien environnemental et c'est le pollué qui doit payer pour avoir le droit de bénéficier de ce bien. Le fait de pouvoir rentabiliser son bien environnemental s'il n'est pas pollué rend coûteuse la pollution et incite donc à dépolluer. Dans le cas symétrique de la taxe pigouvienne, on peut imaginer une subvention (donc un prix de dépollution) fixée par l'État et reversée au pollueur s'il ne pollue pas. Le taux de subvention est égal au taux de taxe pigouvienne, lui-même égal au coût marginal de la pollution ou au bénéfice marginal de la dépollution. Néanmoins, dans ce cas, l'État rémunère l'entreprise qui ne pollue pas au lieu de taxer l'entreprise qui pollue.

39

Théoriquement, la taxe pigouvienne est aussi efficace que (et d'un montant égal à) la subvention, puisque dans les deux cas le niveau de pollution est identique. Cependant, ces deux solutions diffèrent dans une analyse dynamique avec sortie de l'industrie et renouvellement de l'appareil productif. La subvention encourage les entreprises les plus polluantes à le rester alors que la taxe incite à l'innovation « verte ».

Enfin, suivant une application directe du théorème de Coase, John H. Dales propose en 1968 la création d'un marché de droits ou de permis d'émission négociables⁸. Dans ce cadre, l'État attribue les droits de propriété. En revanche, il ne fixe pas le prix (comme dans le cas du taux de taxe ou de subvention), mais la quantité, c'est-à-dire la quantité de droits qui peuvent être échangés librement. Le droit de propriété est exclusif et échangeable, et fait donc l'objet d'un prix. Les droits à polluer sont mis en vente par l'État, puis se négocient sur le marché libre. Le prix de ces droits sur le marché se fixe au niveau du coût marginal de dépollution. En effet, s'il est plus cher d'acheter le bon et de polluer que de dépolluer, une entreprise choisira de dépolluer; et inversement. Le montant total des émissions ne dépend donc

7. Arthur C. Pigou, *The Economics of Welfare*, Londres, Macmillan, 1920.

8. John H. Dales, *Pollution, Property and Prices*, Toronto, University Press of Toronto, 1968.

pas des échanges, il est égal au nombre de permis ou droits alloués initialement.

Cette solution est meilleure que celle de la norme environnementale puisque les entreprises dont le coût de pollution est trop élevé peuvent acheter un bon alors que celles dont le coût est bas dépolluent et vendent leur bon. Ainsi le coût total de la dépollution est minimal. En bref, le marché de droits à polluer correspond à une norme différenciée par entreprise.

Dès lors, le problème est de comparer le système du marché des droits et celui de la taxation (ou subvention). Le marché des droits et la taxe pigouvienne ne sont pas équivalents si l'État ne détient pas d'informations sur les coûts de dépollution. Cette situation est la plus fréquente car l'État connaît probablement mieux les dommages subis par la collectivité que le coût de dépollution pour les entreprises. Le marché des droits est plus efficace que la taxe si le dommage est très sensible au niveau de pollution, et réciproquement... En effet, si le dommage marginal de la pollution dépend du niveau de pollution, mais que le coût marginal de la dépollution y est peu sensible, alors l'instrument quantitatif (c'est-à-dire le marché des droits) permet de fixer le niveau de pollution globale et l'on garantit ainsi que le dommage ne dépasse pas un certain seuil. Une taxe sous-estimée aboutirait à un niveau de pollution (donc de dommage) trop élevé. Inversement, si le coût marginal de la dépollution est dépendant du niveau de pollution alors que le dommage marginal ne l'est que peu, un marché de droits ne règle pas le risque de coûts. En effet, si le régulateur a sous-estimé la quantité de droits, le prix du droit à polluer risque de s'élever trop par rapport aux coûts de dépollution que devront supporter les entreprises. De même, le prix peut s'effondrer si le régulateur a émis trop de droits à polluer.

Il faut donc examiner, par type de pollution, la pertinence relative d'une régulation par les quantités (marché de droits) ou par les prix (taxe). En 1998, William A. Pizer se prononce ainsi pour une taxe internationale concernant le réchauffement climatique, car il estime que le dommage marginal est moins variable que le coût marginal de réduction de carbone⁹. En effet, dans le cas de l'effet de serre, le dommage dépend du stock de gaz déjà présent dans l'atmosphère et peu des nouvelles émissions; en outre, la fiscalité est plus adaptée à un dommage constant, pour lequel il est plus efficace de contrôler le coût que

9. William A. Pizer, « Combining price and quantity controls to mitigate global climate change », *Journal of Public Economics*, 85,3, 2002, p 409-434.

la quantité. Plus généralement, Boris Courne de et Sylviane Gastaldo préconisent une solution mixte avec un marché des droits encadré par un système de taxe qui introduit un prix plafond et une subvention pour fixer un prix plancher¹⁰. Ainsi, si l'évaluation de la quantité de pollution permise est trop sévère au regard des coûts de dépollution, les entreprises pourront dépasser le seuil autorisé et acquitter une taxe. Ce système combinerait donc le marché des droits et la taxe pigouviennne et éviterait le risque d'une envolée des prix des droits de pollution. Ainsi l'État ou le régulateur a trois instruments (le nombre de droits, la taxe et la subvention) pour atteindre la meilleure solution possible dans un univers incertain.

DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE À LA RÉALITÉ JURIDICO-POLITIQUE

41

La réalité juridique du marché des droits à polluer se structure autour de deux régulations : le protocole de Kyoto au niveau mondial et la directive du 13 octobre 2003 au niveau européen.

Le protocole de Kyoto : une timide introduction d'un marché des droits

Le protocole de Kyoto a connu une naissance par étapes mais entre officiellement en vigueur le 16 février 2005 après sa ratification par la Russie le 18 novembre 2004¹¹. Il engage juridiquement les États à réduire leurs émissions annuelles nationales de gaz à effet de serre de 5,2 % entre 1990 et 2008-2012¹².

Ce protocole de Kyoto est particulièrement novateur en ce qu'il introduit à coût faible la logique de marché dans le droit de l'environnement¹³. Ainsi, les États peuvent recourir à des mécanismes de

10. Boris Courne de et Sylviane Gastaldo, « Combinaison des instruments prix et quantité dans le cas de l'effet de serre », *Économie et Prévision*, 2002, p 156.

11. Le protocole entre en vigueur s'il est ratifié par des États qui représentent au moins 55 % des émissions de gaz à effet de serre des pays dits « de l'annexe B », soit les pays de l'OCDE – à l'exception du Mexique et de la Corée – et les pays en transition. Cette condition ne fut plus respectée à la suite du retrait en 2001 des États-Unis (36,1 % des émissions). La Russie, émettant 17,4 % des émissions, compensait le refus américain.

12. Lors du Conseil Environnement du 20 février 2007, les 27 pays de l'UE se sont accordés sur un objectif d'au moins 20 % des émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2020 par rapport à 1990.

13. Les États-Unis avaient lancé en 1995 un marché des droits des émissions de dioxyde de soufre responsable des pluies acides, l'*Acid Rain Program*.

flexibilité, de marché pour réaliser leur norme quantitative, soit directement soit *via* leurs entreprises.

Parmi ces mécanismes de marchés, citons les trois principaux :

- Depuis le début de l’année 2008, les États qui ont des difficultés à atteindre leurs objectifs peuvent acheter des permis auprès de ceux qui ont déjà dépassé leur objectif. Ces droits d’émission sont appelés unités de quantité attribuées (UQA). En revanche, ce mécanisme de flexibilité n’est que partiel puisque, pour participer à ce marché des droits, les États doivent satisfaire des prérequis : réalisation annuelle d’inventaires d’émissions, établissement d’un registre électronique des droits d’émission connecté avec le futur registre international des Nations unies, etc.
- 42 – De plus, depuis 2005, le « mécanisme de développement propre » (MDP) permet directement aux entreprises (et non aux États) qui réalisent des projets de réduction d’émissions dans des pays en développement (non engagés dans le protocole) d’obtenir des crédits d’un montant équivalent aux émissions évitées (ces crédits sont appelés des unités de URCE, « réduction certifiée d’émissions »). Là encore, le marché est régulé puisque ces projets doivent être validés par un comité exécutif du MDP rattaché à l’ONU.
- Enfin, les entreprises qui réalisent des projets de réduction d’émissions dans d’autres pays du protocole (MOC, « mise en œuvre conjointe ») perçoivent des droits d’émission (URE, « unités de réduction d’émissions »).

Ce marché existe aujourd’hui et permet la fixation d’un prix. Si l’offre est relativement constante, la demande provient des États signataires qui anticipent que leurs émissions nationales dépasseront le plafond autorisé, mais également des entreprises (contraintes par la directive européenne) et plus généralement des agents qui spéculent sur une hausse des prix de ces actifs. Les échanges d’actifs carbone se sont fortement développés et concernent essentiellement les crédits issus des projets (URCE et URE). Le risque lié à l’éventuelle absence de validation des crédits échangés est souvent porté par le vendeur, ce qui augmente bien entendu le prix du droit à polluer d’une prime de risque.

L’évaluation du protocole de Kyoto et du fonctionnement du marché a fait couler beaucoup d’encre. Citons pour une synthèse exhaustive le rapport au CAE de Robert Guesnerie qui montre que les coûts du protocole de Kyoto sont néanmoins bien faibles au regard du risque climatique et que l’on est encore bien loin du niveau de

pollution optimal¹⁴. Au regard de la théorie économique, il pourrait utilement être complété d'un mécanisme mixte de prix plancher et plafond. Néanmoins, au regard des groupes de pression et des intérêts engagés, il a rendu politiquement faisable l'introduction d'une régulation certes imparfaite mais dont l'architecture est suffisamment ouverte pour être perfectible.

Le marché de droits européen: un système régulé avec quelques mécanismes de marché

La directive européenne 87 du 13 octobre 2003 met en place pour le 1^{er} janvier 2005 un marché de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union européenne: le système européen d'échanges de quotas d'émissions de CO₂ (SEQUE). Ce marché ne concerne pas l'ensemble de l'économie mais certains secteurs uniquement, dont principalement le secteur énergétique (électricité et chaleur), ainsi que les secteurs d'industrie lourde consommatrice d'énergie (sidérurgie, ciment, verre, tuiles, briques, papier carton, raffinage, etc.), soit 45 % des émissions de CO₂ de l'Union européenne et 10800 installations industrielles.

43

Sur la base d'un inventaire national et des objectifs de Kyoto, chaque État européen établit un plan national d'affectation des quotas (PNAQ) qui quantifie le montant total de quotas alloués pour chaque période (1^{re} phase: 2005-2007, puis des phases de cinq ans) aux industriels concernés. Les exploitants reçoivent leurs quotas sur le compte de dépôt de leurs installations au plus tard le 28 février de chaque année. Pour faire coïncider le nombre de permis qu'ils détiennent et le volume de leurs émissions, ils peuvent acheter les quotas manquants ou, si leurs efforts de réduction d'émissions ont été suffisants, vendre leurs surplus sur le marché européen.

Ce dispositif permet donc aux industriels dont les coûts de réduction sont les plus élevés d'acheter des quotas aux entreprises qui sont dans la situation inverse. Le coût global de l'effort de réduction des émissions se trouve ainsi minimisé. Une fois l'année écoulée, les exploitants dressent un bilan de leurs émissions de CO₂ (vérifié par un organisme accrédité) et les déclarent à l'administration régionale avant le 15 février de l'année suivante, pour une restitution finale des quotas au 30 avril. Si le volume des émissions excède le nombre de quotas restitués, le site concerné doit non seulement acheter les droits

14. Roger Guesnerie, *Kyoto et l'Économie de l'effet de serre*, Rapport du CAE, n°39, La Documentation française, 2003.

manquants mais aussi s'acquitter d'une pénalité de 40/t (100/t pour 2008-2012).

Dans le but de faciliter l'échange de quotas entre les entreprises, chaque État membre doit avoir établi un registre national¹⁵ qui gère les comptes carbone des entreprises: ces comptes sont crédités des allocations initiales, retracent l'ensemble des transactions qui ont eu lieu au cours de l'année et sont débités du montant de quotas – correspondant aux émissions – que les installations doivent restituer en fin d'année.

Le lien entre le marché européen et le protocole de Kyoto est assuré par la *linking* directive 2004/101/CE du 27 octobre 2004 qui permet aux entreprises européennes d'utiliser les crédits issus des mécanismes de projets pour leur conformité sur le marché européen.

44 Plus qu'une logique de marché, les premiers plans (PNAQ) reflètent la volonté politique des États de pénaliser le moins possible leurs économies domestiques. Entre le marché et l'État, le marché des droits européens s'apparente davantage à une régulation qu'à une libéralisation du secteur. Et ce pour trois raisons contraires aux mécanismes de marché.

1. Les modes de distribution des permis: alors que la directive autorisait les États à vendre aux enchères jusqu'à 5 % des quotas pour 2005-2007 – 10% pour 2008-2012 –, seuls la Hongrie, le Danemark, l'Irlande et la Lituanie ont choisi de vendre les leurs, les autres pays ont opté pour une allocation totalement gratuite qui favorise les entreprises en leur accordant une rente, puisque les États peuvent revendre ce qu'ils ont eu gratuitement. En 2008-2012, huit d'entre eux ont décidé de procéder à des enchères (1,9 % de l'allocation totale), notamment l'Allemagne (10 % des émissions par an), le Royaume-Uni (7 %) et l'Italie (5,4 %). L'attribution gratuite augmente évidemment l'acceptabilité du système des droits par les entreprises, mais les enchères améliorent l'information puisqu'elles permettent de donner un prix aux quotas. Elles améliorent de même l'incitation marginale à réduire les émissions de CO₂, et modifient ainsi les investissements des entreprises.

2. Le volume de quotas alloué: dans l'ensemble, les États ont évalué les besoins prévisionnels des industriels suivant une formule qui s'ap-

15. En France, ce registre, le SERINGAS, est géré par la Caisse des Dépôts et Consignations. Ces registres nationaux sont regroupés dans une plate-forme électronique gérée par la Commission européenne, le journal européen indépendant des transactions (*Community Independent Transaction Log – CITL*).

parente à une mixture magique : sur la base des émissions historiques constatées, affectées d'un coefficient multiplicateur reflétant les prévisions de croissance et le progrès technique puis minorées à partir d'un taux d'effort arbitraire (2,43 % pour la France). Cette formule n'est pas incitative puisque tout effort de réduction du taux de pollution se traduirait par une baisse des quotas pour la période suivante.

En France, les émissions réelles en 2005 ont été inférieures de 14 % à l'enveloppe globale de permis distribués, avec des écarts plus ou moins grands selon les secteurs : 4 % pour l'électricité, 7 % pour la sidérurgie, 12 % pour le raffinage, 31 % pour le papier et 37 % pour l'agroalimentaire¹⁶. Parmi les grands pays, seuls le Royaume-Uni et l'Espagne ont des émissions supérieures à leur allocation. On a ainsi distribué des permis « surnuméraires » qui ne correspondent pas aux émissions. Ce surplus de quotas accordé à certains secteurs peut s'apparenter à une subvention ou une rente de situation puisqu'ils peuvent être monétisés. Enfin remarquons que cette surabondance de quotas européens consiste à accorder à certains secteurs, au détriment des autres, des droits d'émissions au titre du protocole de Kyoto. Ce mécanisme a donc laissé la porte ouverte aux efforts de lobbying des industriels de l'énergie.

45

Le secteur de l'électricité a pu, par exemple, incorporer le prix du quota de CO₂ dans les tarifs de l'électricité alors qu'il n'en a payé qu'une partie. Le profit obtenu fut de l'ordre de 9,1 €/MWh, soit environ un quart du prix de référence du marché de l'électricité¹⁷.

L'excès de quotas alloués par rapport aux émissions constatées pour la première phase, soit jusqu'à la fin de l'année 2008, a abouti à un décrochage brutal puis à une baisse progressive du prix de la tonne de CO₂, qui est proche de zéro en 2008. En effet, cette chute du prix a été accélérée par le fait qu'on ne peut pas revendre pendant la deuxième phase – après 2008 – ses quotas ; ainsi, en approchant de la date de la première phase, le prix du bien devient nul.

3. Le régime applicable aux nouveaux entrants et aux sortants d'un secteur n'est pas le même : les nouvelles installations reçoivent une allocation gratuite de droits d'émission, ce qui diminue les coûts de

16. Olivier Godard, « Évaluation approfondie du plan français d'affectation des quotas de CO₂ aux entreprises », *Cahier*, n° 2005-017, juin 2005, École polytechnique, Centre national de la recherche scientifique.

17. Cambridge Energy Research Associates (CERA), « Le secteur électrique dans l'ETS – Conformité 2005 et implications », Conférence CDC-CGEMP à l'université Paris-Dauphine, 19 juin 2006.

production du nouvel entrant et ne l'incite pas, par exemple, à prendre en compte la contrainte carbone dans ses choix d'investissements ; en revanche, les entreprises qui quittent le secteur doivent restituer leurs quotas, ce qui retarde la fermeture des installations vétustes et polluantes et interdit à l'entreprise de valoriser financièrement les quotas résiduels.

L'ÉCONOMIE POLITIQUE DU MARCHÉ DES DROITS À POLLUER

46 Les politiques publiques ne peuvent pas être comprises sous le seul angle de l'économie publique normative mais doivent être analysées par les outils de l'économie politique, c'est-à-dire l'économie des choix rationnels des hommes politiques à l'origine des décisions, des compromis, des négociations internationales. Que le marché des droits environnementaux ne suive pas les prescriptions n'est pas en soi étonnant ou nouveau ; en 1989 déjà, Robert W. Hahn mesurait l'écart entre les prescriptions du docteur et le comportement du malade¹⁸. L'attribution gratuite initiale des droits, le montant des droits alloués, la répartition de ces droits, le montant des amendes en cas de non-respect du protocole, etc., toutes ces variables sont l'objet de recherche de rente de la part des entreprises et des acteurs de l'économie de l'environnement. Dès lors, la question posée n'est pas tant l'efficacité du marché à allouer de manière optimale les biens environnementaux que celle du marché politique et, plus exactement, des règles institutionnelles et des garde-fous politiques. Le sujet est donc, une fois acquise la mise en place des droits à polluer, celui des mécanismes institutionnels permettant aux consommateurs de se faire représenter dans le débat public. Au total, c'est bien ce qui rend la solution du marché des droits à polluer la plus pertinente, non pas tant du point de vue de l'efficacité économique que de celui de la faisabilité politique.

18. Robert W. Hahn, « Economic prescriptions for environmental problems: how the patient followed the doctor's orders », *Journal of Economic Perspectives*, n° 3, 1989, p. 95-114.

R É S U M É

Les problèmes liés aux externalités le sont généralement aussi à l'absence de définition adéquate des droits de propriété. L'instrument le plus simple est certes la mise en place de normes mais l'État dispose d'autres instruments plus efficaces qui consistent à rétablir la logique de marché. En revanche, les bienfaits relatifs d'une régulation des prix via une taxe ou d'une régulation des quantités via les marchés des droits dépendent du type de pollution considérée. Cet article fait le point sur l'état actuel des marchés des droits dans le cadre du protocole de Kyoto et de la directive européenne au regard des prescriptions économiques.

LA CHARTE DE
L'ENVIRONNEMENT :
DROIT DUR OU GADGET
POLITIQUE ?

Lorsque le projet de loi constitutionnelle fut présenté au conseil des ministres le 25 juin 2003, le journal *Le Monde* en fit sa une: « Le “droit à l’environnement” entre dans la Constitution », ce qui laissait supposer une réforme juridiquement substantielle, le garde des Sceaux la qualifiant même de « révolution ». Mais le dessin du jour de Plantu était propre à semer immédiatement le doute. On y voyait Chirac, en vendeur habile, mettre en solde des combinaisons antinucléaires sous un panneau publicitaire: « Tout doit disparaître », avec en fond des fumées d’usines et un pétrolier qui coule et au premier plan un couple de Français moyens disant: « Ça sent l’arnaque ! »

Supposer que la réforme ne serait que de la poudre aux yeux était donc un réflexe bien partagé. Constitutionnaliser l’environnement ne pouvait conduire à court terme qu’à de telles accusations. En effet, les problèmes d’environnement sont devenus pour l’opinion des questions concrètes se traduisant par du bruit, des marées noires, le changement climatique, des déchets, les risques radioactifs, la pollution de l’eau ou les pesticides. Vouloir, soudain, en faire un domaine symboliquement élevé au plus haut niveau de la hiérarchie des pouvoirs publics pouvait donner l’illusion qu’à partir de cette constitutionnalisation tous les problèmes d’environnement seraient résolus par un coup de baguette magique. Chacun sait que c’est impossible. Le contraste entre, d’un côté, l’abstraction d’une révision constitutionnelle, tout juste compréhensible pour des juristes avertis, et, de l’autre, la prégnance ainsi que

la visibilité des pollutions et nuisances, ne pouvait que susciter des critiques au demeurant assez démagogiques, du style: « Et alors ? Est-ce que cela change quelque chose à la dégradation de l'environnement ? »

La mise en doute des intentions d'un chef d'État devenu subitement plus vert que les verts¹ pouvait par ailleurs s'appuyer sur un passé qui ne l'avait pas fait remarquer comme un gardien particulièrement soucieux de l'environnement. N'avait-il pas repris les essais nucléaires peu après son élection en 1995 ? N'était-il pas un farouche défenseur d'une agriculture intensive et donc polluante ? N'avait-il pas à l'époque enterré le projet de loi sur l'eau ? N'avait-il pas laissé peser les restrictions budgétaires sur la protection de l'environnement ? N'avait-il pas laissé mettre à mal la loi sur le littoral et la montagne ?

50 Bien entendu, l'affaire est plus complexe tant sur le plan politique que juridique. Mais n'en est-il pas ainsi pour bon nombre de réformes ? Il y a toujours un contraste entre l'affichage d'une réforme et la visibilité de ses applications, particulièrement dû au temps qui s'écoule – d'autant plus qu'en matière d'environnement celui-ci est à la fois plus long et plus court que le temps ordinaire du droit².

Au-delà du temps nécessaire à l'application d'une réforme complexe et à tiroirs, l'objet même de la réforme, l'environnement, par sa dimension scientifique, idéologique et populaire ne pouvait manquer de susciter à la fois enthousiasme et sarcasme. Pour beaucoup, parmi les élus, les juristes et les journalistes, l'environnement reste encore « une mode », c'est-à-dire un phénomène mineur et passager. Il suffit d'évoquer les réactions de Charles Hernu dans les années 1970 et celles du député Jean Lassalle ou du sénateur Michel Charasse aujourd'hui qui, de familles politiques opposées, votèrent tous deux « non » à la Charte à l'Assemblée et au Sénat. Pour d'autres, l'environnement est *a priori* une menace contre le développement économique qui trouve son origine dans un complot monté par des gauchistes des années 1968. Pourtant, devenues une priorité internationale de l'ONU avec les conférences de Stockholm en 1972, Rio en 1992 et Johannesburg en 2002, les politiques d'environnement sont désormais intégrées à tous les niveaux, tant dans les affaires publiques que privées.

Avec la réforme, l'environnement est tellement pris au sérieux qu'on en fait une matière constitutionnelle ! Cela ne peut qu'irriter les scep-

1. « Chirac en vert », *Le Monde*, 26 juin 2003, éditorial.

2. Jessica Makowiak, « À quels temps se conjugue le droit de l'environnement ? », *Mélanges Michel Prieur. Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 263.

tiques. On en fait aussi un droit fondamental, cela ravit l'opinion mais suscite méfiance ou hostilité chez ceux qui se prétendent les gardiens du temple des droits de l'homme. Pourtant, dès 1977, le président de la Ligue des droits de l'homme déclarait : « Les droits que les écologistes entendent protéger font partie intégrante des droits de l'homme³. »

S'il y a bien entendu plus de « droit dur » que de « gadget » dans la réforme⁴, on tentera de confronter les apparences et la réalité d'une révision constitutionnelle unique en son genre dans l'histoire constitutionnelle française.

LA CHARTE, UN GADGET POLITIQUE ? DES APPARENCES SANS RÉALITÉ

Il nous faut imaginer un machiavélisme politique tel que le chef de l'État décide de jouer avec la Constitution. On se rend très vite compte que cette hypothèse ne peut être que d'école. Et pourtant, tant sur la forme que sur le fond, la Charte peut présenter les aspects d'un gadget politique masquant une simple stratégie politique. La réalité est moins simpliste.

51

Le temps de l'annonce de la réforme a pu laisser supposer que Jacques Chirac ait cherché à séduire les écologistes et à diviser la gauche dans une perspective électorale. En effet, l'introduction de l'environnement, si elle n'est pas une idée nouvelle à l'étranger et même en France (les premiers projets datent de 1970 et se sont multipliés en 1977, 1989 et 1995)⁵, fait tout à coup l'objet d'une annonce publique en pleine cohabitation, un an avant la présidentielle (discours d'Orléans du 3 mai 2001) et avant la campagne (discours d'Avranches du 18 mars 2002). Cette annonce réussira à semer le trouble au Parti socialiste qui se divisera, votant contre au Sénat, s'abstenant à l'Assemblée nationale et refusant de voter au Congrès, alors que 9 députés et 5 sénateurs socialistes votèrent pour, malgré les consignes du groupe.

Les modalités de la révision s'appuient sur une formulation qui va susciter questionnements et ricanements propres à « faire parler du projet » : « Je souhaite, proclame Jacques Chirac, que la Charte soit "adossée" à la Constitution aux côtés des droits de l'homme et des droits économiques

3. Henri Noguères, « Et pourquoi pas les droits de l'homme ? », *Le Monde*, 18 mars 1977.

4. Dominique Chagnollaud, « Un mélange de droit mou et dur », *Le Figaro*, 24 juin 2003.

5. Voir Michel Prieur, « La constitutionnalisation de l'environnement », in Bertrand Mathieu (dir.), *Cinquantenaire de la Constitution de 1958*, Dalloz, 2008.

et sociaux.» En utilisant un vocabulaire non juridique, mieux compris par le grand public que par les spécialistes, il suscite l'intérêt des uns et des autres. Le mystère sur la procédure de révision sera entretenu en 2003 et 2004, Chirac décidant, en janvier 2005, de ne pas recourir au référendum pour ne pas troubler le référendum sur la Constitution européenne. On imagine ce qu'aurait donné l'appel aux deux référendums le même jour (pratique courante aux États-Unis ou parfois en Suisse) avec une majorité de non pour l'Europe et une majorité de oui pour l'environnement... C'eût été finalement un lot de consolation non négligeable pour l'aura politique de Jacques Chirac. L'élaboration de la réforme par la commission Coppens n'est pas un processus habituel en la matière. La médiatisation qui l'accompagne, avec un président de commission sans hermine à pois rouges mais homme de communication médiatique et télévisuel, non docteur en sciences, semble-t-il, étonnera plus encore. Certes, avec la convention d'Aarhus, l'environnement se prêtait bien à une vaste consultation populaire au nom de la participation des citoyens. Mais le caractère inédit, pour une révision constitutionnelle, d'un questionnaire adressé à 55 000 acteurs nationaux et régionaux avec 14 000 réponses à des questions telles que: « Êtes-vous favorables à ce que des principes fondamentaux du droit de l'environnement et du développement durable soient inscrits dans un texte de niveau constitutionnel? Souhaitez-vous voir inscrits d'autres principes dans la Constitution? » et la réponse de 1 500 internautes, ne peut manquer d'effaroucher ceux qui considèrent qu'une révision constitutionnelle ne peut se préparer par Internet sans être taxée de « gadget ».

Cette façon de faire irritera l'opposition en public et la majorité en privé. Ainsi, pour Noël Mamère, la Charte est un leurre qui permet de ne pas s'attaquer aux problèmes réels. Pour François Hollande, il s'agit d'une argumentation publicitaire, le ps dénonçant un simple effet d'affichage. Pour Henri Emmanuelli: « C'est une Charte de circonstance, une façon médiatique de faire de la politique comme en témoigne la façon dont s'est passée la convocation du Congrès. On a appris l'avancée de quinze jours du Congrès en pleine séance parlementaire par une dépêche de l'Agence France Presse. Même Jean-Louis Debré n'en avait pas été informé. Ce sont des méthodes de hussard. On ne peut pas mélanger "Ushuaia" avec la Constitution⁶. » Cette dernière allusion vise le journaliste Nicolas Hulot considéré comme le mentor de Jacques Chirac en matière d'environnement et l'inspirateur de la Charte. Nicolas

6. Interview dans *Le Monde*, 28 février 2005, p. 7.

Hulot l'a d'ailleurs lui-même reconnu⁷. La médiatisation ne pourra pas cependant aller jusqu'à faire adopter la Charte par le conseil des ministres du 4 juin, veille de la Journée mondiale de l'environnement, comme cela avait été annoncé à la presse, mais seulement le 25 juin !

L'adossement à la Constitution a pu apparaître comme une complication inutile conduisant à un découpage entre la mention de l'environnement dans le Préambule de la Constitution et le renvoi à une charte annexée à la Constitution mais formellement en dehors. Ce montage relevant d'un bricolage constitutionnel avait conduit certains membres de la commission Coppens à proposer de développer la Charte dans une loi organique, ce qui n'aurait pas été mieux pour la lisibilité de l'ensemble. Lors des débats parlementaires, compte tenu des renvois à des lois dans trois articles de la Charte, il a été demandé au gouvernement d'informer la représentation nationale du contenu des mesures législatives envisagées et de leur calendrier « estimant qu'une simple déclaration de principe sans texte d'application traduirait davantage la recherche d'un affichage politique que la volonté de mettre en œuvre cette charte⁸ ». Même les élus n'eurent pas communication de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi constitutionnelle.

53

Sur le fond, l'aspect « gadget » peut d'abord tenir au style, considéré comme excessivement solennel et de ce fait assez creux sous des airs grandiloquents. Ce reproche vise en particulier la rédaction des considérants, fortement marquée par l'empreinte du paléontologue Yves Coppens. Au Sénat, Robert Badinter fut implacable. Pour lui, le projet « peut se résumer en trois mots : la suffisance, l'inutilité et la confusion ». Il considéra même la Charte comme une sorte de gadget idéologique portant de surcroît atteinte au principe de laïcité puisqu'elle prend des positions scientifiques qui violent la neutralité républicaine lorsqu'il est écrit que « les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité⁹ ». Pour certains analystes, « l'objet constitutionnel qu'est l'environnement apparaît bien fantomatique¹⁰ ». De plus, le texte mélange les objectifs, les règles et les

7. Nicolas Hulot, *La Terre en partage. Éloge de la biodiversité*, Paris, La Martinière, 2005.

8. Christophe Caresche, Commission des lois, Assemblée nationale, 4 mars 2004.

9. « Sénat » (débat), *JO*, 23 juin 2004.

10. Xavier Bioy, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou qu'est-ce que constitutionnaliser ? », in Henry Roussillon, Xavier Bioy et Stéphane Mouton (dir.), *Les Nouveaux Objets du droit constitutionnel*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 29.

54 principes dans un joyeux désordre, comme l'a souligné le professeur Guy Carcassonne devant la commission des lois de l'Assemblée nationale. Dans la mesure où tous les principes énoncés existent déjà, soit en droit international, soit en droit communautaire, et figurent dans la partie législative du code de l'environnement, l'innovation ne devient que formelle, ces principes passant d'une valeur législative ou supra-législative à une valeur constitutionnelle. De plus, leur contenu a été affaibli ou établi au profit d'une rédaction plus banale. Il en résulterait au mieux un immobilisme juridique contrastant avec le spectacle mis en scène¹¹, au pire une véritable régression du droit de l'environnement¹². Le doute sur la pureté des intentions de Jacques Chirac va durer tout au long de l'élaboration de la Charte: « Politiquement il est clair que si les citoyens réalisent que la Charte de l'environnement était largement un miroir aux alouettes destiné à leur donner l'illusion qu'on renforçait le droit de l'homme à l'environnement pour mieux le réduire en réalité, ils n'apprécieront guère cette manœuvre¹³. »

Pourtant la réalité des intentions du chef de l'État, pour autant qu'on puisse les sonder, ne semble pas être aussi machiavélique. Ce n'est bien entendu pas lui qui va mettre en œuvre la Charte et celle-ci lui échappera aussitôt la promulgation de la loi constitutionnelle signée le 1^{er} mars 2005. Il appartient alors aux juges, aux citoyens et au Parlement d'en faire bon usage¹⁴. Mais le choix présidentiel, s'il est le fruit d'une révélation personnelle sur les menaces qui pèsent sur la planète, est fondé sur une analyse sérieuse de la situation. Il s'est exprimé à ce propos dans un discours qui a eu une répercussion internationale importante lors du sommet mondial sur le développement durable qui s'est tenu à Johannesburg, du 26 août au 4 septembre 2002: « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs. La nature, mutilée, surexploitée, ne parvient plus à se reconstituer, et nous refusons de l'admettre. [...] La terre et l'humanité sont en péril et nous en sommes tous responsables. Il est temps, je crois, d'ouvrir les yeux [...]. Nous

11. Raphaël Romi, « Les principes du droit de l'environnement dans la Charte constitutionnelle: jouer le jeu ou mettre les principes hors jeu ? », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2003, p. 45.

12. Corinne Lepage, « Une Charte qui fait régresser le droit de l'environnement », *Le Monde*, 16 avril 2003, p. 15.

13. Marie-Anne Cohendet, « Les effets de la réforme », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2003, p. 56.

14. Michel Prieur, « Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Environnement*, n° 4, avril 2005, p. 7.

ne pourrons pas dire que nous ne savions pas ! Prenons garde que le XXI^e siècle ne devienne pas, pour les générations futures, celui d'un crime de l'humanité contre la vie. » Il a lancé une diatribe contre les « voyous des mers » après le naufrage du *Prestige* en janvier 2003 et a fait plusieurs plaidoyers en faveur du développement durable. Quand il était Premier ministre du président Giscard d'Estaing, il avait lancé les premiers textes sur l'environnement. Si cela n'avait pas été une conviction, il n'aurait pas créé une fondation consacrée au développement durable après son départ de l'Élysée, se voulant, à l'égal de l'ancien président Gorbatchev et de l'ancien vice-président Al Gore, un nouveau missionnaire globe-trotter de l'environnement. Ces idées le conduiront à justifier de façon détaillée la constitutionnalisation de l'environnement dans plusieurs discours, à examiner la question lors de l'un des premiers conseils des ministres juste après sa réélection le 5 juin 2002 et à en faire un des objectifs prioritaires du gouvernement Raffarin dans le discours de politique générale de ce dernier devant le Parlement le 3 juillet 2002.

55

Au niveau général des idées, la réforme a naturellement une forte valeur symbolique. Ce n'est pas là l'un des moindres de ses mérites. Elle traduit au plus haut niveau de l'État la volonté d'être à l'avenir une société « responsable » au sens de Hans Jonas. Elle procède d'une démarche exemplaire. Elle fait le choix d'inscrire une « écologie humaniste au cœur de notre pacte républicain », selon les termes de Jacques Chirac, repris dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle. Pour Nicolas Hulot, elle est l'expression d'une « occasion historique » (*Le Journal du dimanche*, 27 février 2005). Pour Brice Lalonde : « dans un moment de recul des politiques publiques en matière d'environnement, c'est une entreprise audacieuse » (*Le Figaro*, 1^{er} juillet 2003).

On ne peut pas considérer que le chef de l'État en ait tiré un quelconque bénéfice politique dans la mesure où il ne devait pas se représenter et où le vote de la Charte a au contraire soulevé une vague d'oppositions au sein même de sa propre majorité et contribué à assombrir la fin de son mandat. Malgré l'abstention des communistes et le refus de vote des socialistes au Congrès, la Charte a été approuvée à une large majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés (majorité requise : 333, pour l'adoption : 531). Seules 23 voix s'opposeront à la Charte dont 17 issues de la majorité. On peut parler malgré tout d'un consensus en demi-teinte qui aurait été du même type si la réforme avait été initiée par la gauche. Dans ce dernier cas, le procès en « gadget

politique» n'aurait pas été moins virulent, mais dans l'autre sens. Si le rêve d'un consensus sur l'environnement n'a pas été atteint, ce n'est malheureusement pas du fait du peuple, mais parce que les débats parlementaires ont plutôt révélé les fractures partisans ou idéologiques et la peur viscérale des juges.

L'absence du peuple a été à juste titre relevée alors que la Charte débute par « Le peuple français... » et que sa procédure d'adoption aurait dû conduire à écrire: « Les représentants de la Nation... », ou: « Les représentants du peuple ». Mais les représentants du peuple ne sont-ils pas le peuple lui-même ?

56 L'adossement à la Constitution, qui avait fait sourire les juristes, va devenir une expression largement utilisée, même par les constitutionnalistes. Elle fait bien comprendre la place de la Charte, au même rang constitutionnel que la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, ne figurant donc pas dans la Constitution mais située à côté d'elle, tout comme les annexes d'un traité international qui font partie de ce traité. Dans la mesure où, pour des raisons de principe d'ordre quasi mystique, on n'osait pas toucher aux textes sacrés de 1789 et de 1946, la seule solution était soit d'insérer l'environnement dans un nouvel article de la Constitution, ce qui aurait défiguré des articles uniquement consacrés aux pouvoirs publics, soit de créer un texte distinct, ce qui permettait d'attirer plus l'attention sur la Charte. En visant l'environnement dans le Préambule de la Constitution, pour la première fois le constituant lui-même (et non plus simplement le juge constitutionnel et la doctrine) considère ce Préambule comme une disposition constitutionnelle ordinaire ayant pleinement valeur de droit positif, comme cela a été souligné¹⁵.

Cette autonomisation formelle de la Charte n'est pas sans avantages. Elle a plusieurs conséquences. En qualifiant ce document annexe au Préambule de « Charte », on insiste sur son caractère solennel et fondamental. On donne ainsi plus de visibilité aux problèmes de l'environnement. L'environnement n'est pas noyé au sein de la Constitution, contrairement à ce qui existe ailleurs. La Charte pourra être modifiée plus facilement sans toucher au reste de la Constitution et des droits fondamentaux, à condition bien entendu de respecter la procédure de révision constitutionnelle. Inversement, on pourra abroger la Consti-

15. Bertrand Mathieu, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », CCC, n° 15, p. 146; Michel Verpeaux, « La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution », *Environnement, JCl.*, LexisNexis, n° 4, avril 2005, p. 14.

tution de 1958 le jour venu, sans pour autant devoir abroger aussi la Charte de l'environnement. De même, son autonomie par rapport aux textes de 1789 et 1946 introduit pour l'avenir une certaine souplesse pour adapter ou non ce texte fondateur aux temps modernes, sans devoir pour autant tout remettre sur le métier. Enfin l'autonomie formelle de la Charte est une garantie de son autonomie matérielle. On va pouvoir plus facilement considérer que l'environnement est une dimension nouvelle des droits fondamentaux.

LA CHARTE, DU DROIT DUR ? UNE RÉALITÉ SANS APPARENCES

Une lecture de la Charte pour qui n'est familier ni du style des droits de l'homme ni du vocabulaire et des concepts du droit de l'environnement conduit à n'y voir qu'un texte flou et verbeux sans aucune apparence normative. La réalité est tout autre, même si la normativité de la Charte est à géométrie variable.

57

La réforme n'a pas les apparences d'un droit dur, essentiellement à cause d'un mélange des styles opposant les considérants au dispositif. Étant directement inspirée de la déclaration de Rio de 1992, dont on sait, en droit international, qu'il s'agit d'un document non juridiquement contraignant assimilé à du droit « mou », la Charte pouvait de ce fait être facilement assimilée elle-même à du droit « mou ». Cette assimilation pouvait viser aussi bien les considérants que le dispositif puisque les deux reprennent, à quelques mots près, les énoncés de Rio. N'a-t-on pas dit que la Charte était « l'enfant de Rio »¹⁶ ?

De façon plus substantielle, de vigoureux propos ont tenté de s'attaquer à l'idée même qu'il puisse y avoir un droit de l'homme à l'environnement en droit positif. Une analyse systématique des divers ouvrages relatifs aux droits de l'homme, écrits par les auteurs les plus autorisés avant la révision constitutionnelle, montrerait qu'une majorité d'auteurs considéraient alors cette reconnaissance comme impossible, à la fois parce que l'environnement est une notion trop vague pour fonder un droit de l'homme et parce qu'on ne saurait pas qui sont les titulaires et les débiteurs de ce prétendu nouveau droit fondamental.

De plus, l'environnement ne pourrait pas être reconnu comme un droit nouveau parce qu'il viendrait porter une atteinte frontale à des

16. Jean-Louis Nadal, « Qu'est devenu l'enfant de Rio ? », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2005, p. 15.

droits fondamentaux déjà existants, tels que le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie, voire la liberté d'expression. Certains ont même qualifié le droit à l'environnement de « droit liberticide ». Ces critiques sont toutefois assorties d'un point d'interrogation¹⁷.

La méfiance vis-à-vis d'une constitutionnalisation qui serait purement symbolique et sans aucun effet de droit a pu être aggravée du fait des premiers exemples de constitutionnalisation en droit comparé. En effet, les premiers États qui ont introduit l'environnement dans leur Constitution furent les États communistes dont on a pu mesurer dans le passé l'ineffectivité des droits formellement consacrés. Ils se sont directement inspirés à l'époque de la déclaration de Stockholm de 1972, première déclaration internationale de droit « mou » (Constitutions bulgare de 1971, hongroise de 1972, yougoslave de 1974, polonaise de 1976, soviétique de 1977, chinoise de 1978). Ces précédents n'ont évidemment pas joué en faveur de l'environnement, mais il en était alors de même pour tous les autres droits de l'homme qui eux n'ont pas été déconsidérés.

À un niveau plus juridique, le procès fait à la Charte a consisté à nier purement et simplement sa juridicité en recourant à deux concepts pour affaiblir sa portée : l'effet direct et les objectifs de valeur constitutionnelle. L'effet direct consisterait à ne rendre justiciable que les droits dont l'énoncé se suffit à lui-même parce qu'étant assez précis, et qui ne nécessitent pas l'intervention du législateur pour leur mise en œuvre. Cette théorie permettait de mettre hors jeu les considérants parce que trop vagues et abstraits, et de ne retenir paradoxalement, compte tenu des critiques importantes qui l'ont concerné, que l'article 5 sur le principe de précaution. Pour Bertrand Mathieu, visant l'ensemble de la Charte : « ce texte [est] dépourvu pour l'essentiel, de portée directe¹⁸ ». Le recours au concept d'objectif à valeur constitutionnelle tel qu'énoncé et reconnu par le Conseil constitutionnel a été un moyen pour considérer comme inopposables devant les tribunaux la plupart des articles de la Charte, en particulier l'article 1 et l'article 5, au nom du souci de la sécurité juridique et du fait du caractère de droit-créance attaché *a priori* au droit à l'environnement. Ainsi la Charte ne serait qu'un guide pour le législateur et seul le Conseil

17. Manuel Gros, « Un droit peut-il en chasser d'autres ? », *AJDA*, 3 mai 2004, p. 897 ; Fernand Bouyssou, « L'environnement : nouveau droit de l'homme ou droit liberticide ? », in *Mélanges Jacques Mourgeon, Pouvoir et Liberté*, Bruylant, 1998, p. 535.

18. Bertrand Mathieu, *op. cit.*, p. 152.

constitutionnel en serait le gardien. Le seul droit subjectif reconnu serait l'article 7 sur l'information et la participation¹⁹.

Ce sont les principes énoncés dans la Charte qui ont été considérés par d'autres comme insuffisamment précis pour en faire une utilisation juridique réelle. Il a été constaté d'abord que le qualificatif même de principe a disparu du texte des articles en cause, seule la précaution est qualifiée de principe. Le contenu des articles 3, 4, 5 et 7 introduit des différences de rédaction par rapport à ces mêmes principes figurant dans le code de l'environnement qui n'ont pas été abrogés, ce qui risque de susciter à l'avenir des difficultés d'interprétation²⁰.

Enfin la doctrine, pratiquement unanime, a considéré que les articles 8 à 10 relatifs à l'éducation, la recherche et l'influence internationale avaient une normativité voisine de zéro, leur portée ne pouvant être que symbolique et politique. Tout au plus y voit-on une affirmation de l'importance que l'État devrait donner à l'éducation et à la recherche en environnement. Ces dispositions ont été introduites sur la demande insistante des membres non juristes de la commission Coppens et reflètent les revendications populaires exprimées lors des consultations publiques. Il est étonnant que le gouvernement ait maintenu ces dispositions qui seraient plus opérationnelles si elles figuraient dans une loi-programme sur l'environnement. Qui sait, cependant, si se dessinait à l'avenir une vraie politique d'éducation et de recherche sur l'environnement autre qu'au jour le jour, on ne pourrait en trouver l'origine dans la Charte ?

59

Ces apparences de non-normativité sont trompeuses. La réalité est à la fois plus simple et plus compliquée. S'agissant d'un texte constitutionnel ayant une forme et un fond particuliers et inédits, il serait présomptueux de le qualifier de bloc de droit dur seulement trois ans après son adoption. On ne peut aucunement présumer les applications et interprétations futures. Même les constituants de 1946 ne pouvaient imaginer ce qu'est devenu, plus de soixante ans après, le Préambule de 1946 qui aurait pu disparaître en 1958. C'est uniquement au vu de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de l'ensemble des juridictions que l'on pourra apprécier le degré de juridi-

19. Voir Bertrand Mathieu, *ibid.*, p. 145 *sq.*; Yves Jégouzo et François Loloum, « La portée juridique de la Charte de l'environnement », *Droit administratif*, JCl., n° 3, mars 2004, p. 5 *sq.*

20. Raphaël Romi, « La constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement : de la grandeur à la mesquinerie », *Droit de l'environnement*, n° 109, juin 2005, p. 114.

60 cité de la réforme. Les juridictions administratives et peut-être encore plus, paradoxalement, les juridictions judiciaires ont entre leurs mains l'avenir de la Charte. Le président de la Cour de cassation Guy Canivet a lancé, dès la promulgation de la Charte, un appel à la « dynamique interprétative » des juridictions²¹. Les juges d'aujourd'hui sont plus réceptifs aux questions d'environnement que leurs prédécesseurs. On a vu ainsi à la conférence de Johannesburg se constituer un forum international des juges sur l'environnement qui a donné lieu à la création, dans toutes les régions du monde, d'associations de juges désireux de promouvoir les idéaux de l'environnement. Il en va ainsi en Europe avec la participation active de membres de la Cour de cassation française²² et la création en 2004 à Luxembourg du Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement. L'association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français va créer en juin 2008 au Bénin son comité sur l'environnement dont l'objet est d'établir un réseau d'entraide entre juges sur les questions touchant à l'environnement.

La normativité de la Charte ne fait pas de doute, même pour les auteurs les plus réticents. Il est certain que « dans sa totalité la Charte a vocation à recevoir une valeur normative » (Yves Jégouzo). L'ensemble des éléments de la réforme a valeur constitutionnelle s'agissant d'une loi constitutionnelle. Pour Guillaume Drago, « la Charte de l'environnement a pleine valeur constitutionnelle dans toutes ses dispositions²³ ». Il s'agit, selon les cas, d'objectifs, de principes ou de règles juridiquement opposables. Les opinions divergent là où la question se pose de savoir devant quels juges et selon quels effets. La normativité est naturellement à géométrie variable dans le domaine des droits fondamentaux. Il ne peut en être autrement pour le dernier-né de ces droits en droit positif. L'application de la Charte sur la base de normes juridiques opposables à tous, personnes publiques comme personnes privées, sera faite de façon nuancée, différenciée et variable selon les organes chargés de leur contrôle et selon les règles subtiles relatives à la conciliation entre droits fondamentaux constitutionnels.

Ce qui est certain c'est que la Charte ne sera pas le monopole du

21. Guy Canivet, « Vers une dynamique interprétative », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2005, p. 9.

22. Guy Canivet et Dominique Guihal, « La protection de l'environnement par le droit pénal, l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *D*, 2004, n° 38, p. 2728.

23. Guillaume Drago, « Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement », *AJDA*, n° 3, 2004, p. 134.

Conseil constitutionnel. L'exposé des motifs du projet de loi, reprenant des déclarations antérieures de Jacques Chirac, indique très clairement que «le respect de la Charte sera garanti par le Conseil constitutionnel et par les juridictions des deux ordres, administratif et judiciaire. La Charte concernera l'ensemble des sujets de droit, personnes morales comme physiques, privées comme publiques».

Les considérants seront certainement une source future qui révélera sa richesse à l'avenir. Sur le plan formel, ils sont juridiquement intégrés dans la Constitution, étant insérés à l'intérieur de l'article 2 de la loi constitutionnelle. Sur le plan matériel, leur contenu, dont le degré de généralité est variable, aurait pu aussi bien faire partie des articles de la Charte. En intégrant ces dispositions dans la loi constitutionnelle au lieu de les faire figurer dans l'exposé des motifs de ladite loi, le constituant a bien exprimé la volonté de leur donner une fonction autre qu'explicative. Le lien matériel et intellectuel entre les considérants de la Charte et son contenu est beaucoup plus fort que dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de 1946. Sur la base du prologue du Préambule de 1946, qui correspond formellement aux considérants de la Charte de 2004, le Conseil constitutionnel y a détecté «des normes constitutionnelles applicables» (CC, décision 94-343 et 344 DC, 27 juillet 1994). Quelle que soit la manière dont elles sont libellées, ces dispositions sont applicables. Les considérants et les articles de la Charte sont indissociables en ce qui concerne leur interprétation et leur compréhension.

61

En ce qui concerne la querelle droit subjectif à l'environnement ou simple objectif de valeur constitutionnelle, il convient de rappeler que ces derniers sont issus d'une interprétation jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Jamais un texte constitutionnel n'a formulé expressément de tels «objectifs», ils ne sont que le résultat d'une lecture déductive *a posteriori* d'un texte constitutionnel. «Les objectifs sont le prolongement de textes initiaux en ramifications jurisprudentielles implicites²⁴.» Du fait de son contenu et de sa portée, l'objectif ne peut correspondre à un droit subjectif. Ainsi en est-il de l'ordre public, de la protection de la santé publique, du pluralisme et de la transparence des entreprises de presse, de la possibilité de disposer d'un logement décent, de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le droit de l'homme à l'environnement peut-il entrer dans

24. Bertrand Faure, «Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique», *RFDC*, n°21, 1995, p. 57.

cette catégorie juridique ? On aurait pu le penser avant la Charte. Après la Charte cette qualification est totalement inappropriée. On ne peut sur le plan formel baptiser d'objectif à valeur constitutionnel un droit expressément formulé par l'article 1 de la Charte. Si la Charte n'avait pas eu d'article 1, on aurait pu déduire des autres articles un droit à l'environnement comme simple objectif de valeur constitutionnelle. En ce qui concerne la formulation du droit ou de l'objectif, on notera que le Conseil constitutionnel a déduit la santé et le logement décent comme objectifs de valeur constitutionnelle à partir du texte du Préambule de 1946 selon lequel : « La nation garantit à tous... » Or la Charte de l'environnement dans son article 1 ne déclare pas : la nation garantit à tous le droit de vivre dans un environnement équilibré, mais proclame : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. » Il ne s'agit plus comme en 1946 de rendre l'État (à travers la nation) débiteur d'un droit-créance, mais plutôt d'affirmer un droit individuel nouveau (« chacun ») opposable à tous. Ce n'est pas là un objectif à atteindre qui est donné au législateur, mais une prérogative individuelle.

Les droits subjectifs sont des moyens de défense des droits individuels qui peuvent être invoqués devant un juge et sont donc nécessairement justiciables. Selon Gérard Cornu, un droit subjectif est une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui²⁵ ». Toutes les libertés publiques et les droits fondamentaux se traduisent en droits subjectifs. Le passage d'un droit de tous à un droit de chacun traduit le passage d'une conception théorique des droits à une conception effective et donc à un progrès de l'État de droit. Refuser de voir dans le droit à l'environnement les caractères d'un droit subjectif, c'est refuser de donner à ce droit une effectivité et le condamner à l'inexistence. Le reconnaître, c'est aussi admettre le droit d'accès à la justice, car l'accès à la justice est inhérent à l'exercice d'un droit subjectif. C'est pour cela que la convention d'Aarhus, qui reconnaît le droit à l'environnement, prévoit précisément l'accès à la justice en matière d'environnement, comme garant de l'effectivité du droit subjectif.

Reste à surmonter l'obstacle que constituerait la nature de droit-créances attaché au droit à l'environnement. On oppose souvent à tort les droits individuels classiques (1789) aux droits modernes économi-

25. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1996.

ques, sociaux et environnementaux qualifiés alors de droits-créances. Cette terminologie doctrinale vise à déconsidérer ces derniers droits qui ne seraient pas de vrais droits subjectifs dans la mesure où ils ne traduiraient que des revendications à l'encontre de l'État. La théorie la plus classique considère pourtant que les droits-créances, bien qu'ayant une configuration particulière, « sont bien des libertés fondamentales » et qu'on ne peut « exclure l'hypothèse d'un effet direct du droit-créance à l'égard des individus »²⁶. Dans ce contexte, le droit à l'environnement est considéré comme le dernier des droits-créances. La Cour européenne des droits de l'homme a fort justement souligné le caractère largement factice de l'opposition entre droits-libertés et droits-créances fondée sur le fait que les premiers imposeraient abstention de l'État et les seconds son intervention. Même lorsqu'un droit semble imposer une abstention de l'État, il peut en fait lui imposer une obligation d'agir. La Cour a admis que des droits-créances, comme le droit à la vie privée ou le droit à la vie familiale normale, puissent être invoqués devant elle pour, le cas échéant, sanctionner l'État qui se serait abstenu d'intervenir pour assurer le respect de ces droits, même dans des rapports entre particuliers.

63

En réalité, le droit à l'environnement se rattache aux droits mixtes : à la fois droits-libertés et droits-créances. Il correspond en même temps à un droit individuel à jouir d'un environnement non pollué, sain et écologiquement équilibré (ce qui implique des droits-créances à la fois vis-à-vis de l'État et des tiers) et en même temps à un droit collectif, car l'environnement est l'affaire de tous et nécessite aussi des actions de défense vis-à-vis de biens collectifs non appropriés, tels que l'air, la mer ou la faune sauvage. Comme tous les droits fondamentaux, le droit à l'environnement dispose de titulaires et de débiteurs bien identifiables. L'originalité de ce droit, compte tenu du champ même de l'environnement, c'est que tous les acteurs sociaux (personnes privées et personnes publiques) en sont à la fois titulaires et donc habilités à exiger sa défense, et débiteurs car toute personne (publique ou privée) a l'obligation de préserver et d'améliorer l'environnement. Ainsi le proclame clairement l'article 2 de la Charte en énonçant un « devoir » dont certains ont moqué le relent d'autoritarisme, mais qui peut être porteur d'une éthique de la responsabilité envers notre environnement et s'analyser comme un renouvellement d'une conception

26. Louis Favoreu, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D*, 2001, chr. p. 1742.

devenue moderne des devoirs de l'homme²⁷. Ce droit a enfin un objet bien identifié, il s'agit des composantes de l'environnement mentionnées à l'article L. 110-1 du code de l'environnement : espaces, milieux naturels, sites, paysages, faune, flore, air, eau, etc., le code explicitant chacune de ces composantes de l'environnement. Il est certain que ce nouveau droit a un objet beaucoup mieux identifiable et beaucoup plus concret que bon nombre de droits classiques, le plus souvent totalement abstraits tels que la sûreté, l'égalité ou la solidarité. On ne trouvera aucun autre droit fondamental accompagné d'autant de précisions conceptuelles quant à son contenu et à son objet.

64 La portée juridique réelle de la Charte pourrait aussi être mise en avant à propos du principe d'intégration de l'environnement dans les autres politiques, à travers l'objectif du développement durable, interprété par le Conseil constitutionnel comme un principe de conciliation ou à travers le recours au référé liberté, effet direct de la reconnaissance d'un nouveau droit fondamental²⁸. Bien entendu l'article 3 de la loi constitutionnelle qui consacre la compétence du Parlement en matière d'environnement en complétant l'article 34 de la Constitution, participe aussi au renforcement à long terme de l'environnement sur des bases juridiques solides, même si le Parlement risque de déchanter le jour où le Conseil constitutionnel déciderait de faire respecter à nouveau les limites exactes de l'article 34 en ce qui concerne la distinction entre règles et principes fondamentaux.

La Charte de l'environnement n'est-elle pas le premier texte juridique opposable non seulement à la France contemporaine mais aussi aux générations futures ? Elle peut révéler bien des surprises ; jamais un prétendu « gadget politique » n'aura eu autant d'effets juridiques réels ou potentiels, prévisibles ou imprévisibles.

« Le droit est trop humain pour prétendre à la ligne droite²⁹. »

27. Jean-Pierre Marguénaud, « Les devoirs de l'homme dans la Charte constitutionnelle de l'environnement », *Mélanges Jacqueline Morand-Deviller, Confluences*, Montchrestien, 2007, p. 879.

28. Sur les premiers bilans jurisprudentiels de l'application de la Charte : Laurent Fonbaustier, chronique, *Environnement*, JCl., LexisNexis, janvier 2006 et décembre 2006 ; Nicolas Hutten et Marie-Anne Cohendet, *Revue juridique de l'environnement*, n^{os} 3 et 4, 2007.

29. Jean Carbonnier, « Flexible droit », *LGDJ*, 7^e éd., 1992, p. 6.

R É S U M É

La Charte de l'environnement a été présentée par certains comme un gadget politique. Sa préparation et son adoption ont donné lieu à des controverses juridiques quant à sa portée réelle. Mais, s'agissant d'un problème de société inédit, il n'était pas étonnant que la Charte sorte des sentiers battus en ce qui concerne son élaboration et son contenu. Innovante dans la forme et dans le fond, notamment en proclamant le droit de l'homme à l'environnement, sa normativité, mise en doute du fait de ses apparences, va se transformer en une réalité: il s'agit bien d'un texte constitutionnel s'imposant à tous et porteur de développements prometteurs pour les générations futures, mais souvent encore mystérieux.

LE DROIT EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT¹

Au commencement des Communautés l'objectif fondamental était d'assurer la libre circulation des biens et des personnes ; la protection de l'environnement ne figurait pas encore parmi les objectifs des traités.

67

Il est toutefois rapidement apparu que les mesures environnementales, souvent divergentes, adoptées par les États membres pouvaient entraver la libre circulation des marchandises. Les premiers textes de droit communautaire de l'environnement, adoptés dans les années 1960 et 1970, ont par conséquent cherché à harmoniser les diverses normes nationales en y substituant une norme environnementale commune. Puis la Communauté a élargi son champ d'action. Depuis trente-cinq ans, elle agit pour la protection de l'environnement lorsqu'elle considère qu'une action transnationale sera plus efficace que des actions isolées de ses États membres.

Actuellement, le droit communautaire de l'environnement forme un ensemble hétérogène d'environ deux cents actes dont la principale faiblesse est leur mauvaise application dans les États membres.

DÉVELOPPEMENT DU DROIT EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT

En 1957, le traité de Rome ne comportait pas de disposition prévoyant une action de la Communauté en matière environnementale, à l'exclusion de la conservation des ressources halieutiques. Les traités CECA

1. Les opinions exprimées dans cet article sont strictement personnelles à l'auteure et n'engagent pas les sociétés ou institutions pour lesquelles elle travaille ou a travaillé.

et Euratom visaient uniquement la sécurité du travail et la protection sanitaire des populations.

Jusqu'à la fin des années 1960, aucune politique communautaire de l'environnement n'a été développée. Pendant cette période, toutefois, il est entré dans le droit communautaire *via* des textes d'harmonisation adoptés en vue d'assurer la libre circulation des marchandises. Il en est ainsi de la directive 67/548/CEE, du 27 juin 1967, concernant l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses² ou de la directive 70/157/CEE, du 6 février 1970, relative au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur³.

À défaut de base juridique dans le traité, le premier programme d'action environnementale fut adopté en 1972 sous la forme d'une déclaration. Dès lors, les actes juridiques poursuivant un objectif de protection de l'environnement furent adoptés sur la base soit de l'article 100 (harmonisation), soit de l'article 255 (clause de compétence résiduaire)⁴. Par ailleurs, dans un arrêt de 1985 concernant la validité d'une directive sur les huiles usagées, la Cour de justice a reconnu que la protection de l'environnement constituait l'un des objectifs essentiels de la Communauté⁵.

L'Acte unique, entré en vigueur en 1987, a introduit la notion de protection de l'environnement dans le traité de Rome ainsi que les bases juridiques nécessaires à l'adoption d'actes dans ce domaine. Tandis que l'Agence européenne de l'environnement, à laquelle participent des États hors Union européenne comme la Suisse et la Norvège, a été créée en 1990⁶.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, la plupart des décisions en matière environnementale ont désormais été adoptées à la majorité qualifiée et le Parlement a été associé à l'adoption des programmes d'action, en codécision.

Ni le traité de Nice ni le traité de Lisbonne n'ont apporté de changement concret en matière d'environnement. Le traité de Lisbonne

2. Directive 67/548/CEE du Conseil du 27 juin 1967, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses, *JO*, 196, 16 août 1967, p. 1-98.

3. Directive 70/157/CEE, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur, *JO*, L 42, 23 février 1970.

4. Arrêt du 18 mars 1980, *Commission c. Italie*, 92/79, *Rec.*, p. 01115.

5. Voir arrêt du 7 février 1985, *ADBHU*, 240/83, *Rec.*, p. 531.

6. Règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil du 7 mai 1990, relatif à la création de l'Agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, *JOCE*, L 120, 11 mai 1990.

prévoit une clause passerelle dans certains domaines de l'environnement où le vote à l'unanimité est toujours le principe. Le conseil des ministres et le Conseil européen pourront imposer le recours soit à la majorité qualifiée, soit à la procédure législative habituelle sans que les parlements nationaux ne se prononcent. Le traité de Lisbonne marque par ailleurs des avancées importantes en matière d'énergie, domaine auquel un nouveau titre est consacré (titre XXI du futur traité sur le fonctionnement des institutions européennes).

LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, PENDANT DE LA LIBRE CIRCULATION

La Commission et la Cour de justice ont dû se pencher sur des mesures nationales qui, bien qu'entravant la libre circulation des marchandises, étaient, selon les États membres, justifiées pour des raisons de protection de l'environnement.

69

L'article 30 CE prévoit comme justification possible d'une entrave à la libre circulation des marchandises la « protection de la santé des personnes et des animaux » ainsi que la « préservation des végétaux » mais non la protection de l'environnement. Toutefois, la Cour a considéré dans son arrêt *Bouteilles danoises* que la protection de l'environnement faisait partie des « exigences essentielles » susceptibles de justifier de telles entraves à la libre circulation des marchandises, sous réserve que les mesures nationales en cause soient proportionnées⁷.

Le test de proportionnalité consiste à vérifier que la réglementation litigieuse est bien en mesure d'atteindre l'objectif de protection de l'environnement affiché et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire. Par ailleurs, seules peuvent être justifiées les mesures qui ne sont pas arbitrairement discriminatoires.

Il semble toutefois que, lorsque les États membres invoquent la protection de l'environnement, le test de proportionnalité appliqué par la Cour soit plus souple qu'il ne l'est pour d'autres justifications. Certains arrêts suggèrent même que, pourvu que la mesure en cause soit capable d'atteindre un objectif environnemental, elle est justifiée sans que la Cour vérifie si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire ou si d'autres mesures, moins contraignantes, auraient pu être aussi efficaces⁸.

7. Arrêt du 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, 302/86, *Rec.*, 1988, p. 460.

8. Voir, par exemple, l'arrêt du 3 décembre 1998, *Bluhme*, C-67/97, *Rec.*, p. I-8033, § 36-37.

Notons que, contrairement aux mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, les taxes intérieures discriminatoires interdites par l'article 90 CE ne sont pas susceptibles d'être justifiées pour des raisons environnementales. Ainsi une taxe environnementale sur les voitures d'occasion, qui s'appliquait *de facto* exclusivement aux modèles importés, a été jugée contraire à l'article 90 CE⁹.

Afin que des mesures nationales différentes n'entravent pas la libre circulation des marchandises, des normes techniques harmonisées ont été adoptées au niveau européen. Par conséquent, nombreux sont les textes qui visent à la fois un objectif environnemental et l'harmonisation des réglementations nationales. Dans ce cas, se pose le problème du choix de la base juridique.

70 De nombreux textes poursuivant un objectif environnemental sont fondés sur l'article 95 CE parce que le législateur communautaire a considéré qu'ils avaient pour principal objectif d'assurer la libre circulation des marchandises.

Toutefois, la Cour admet qu'un acte soit fondé sur deux bases juridiques s'il poursuit plusieurs objectifs et comporte plusieurs éléments indissociablement liés sans que l'un soit secondaire par rapport à l'autre¹⁰. Cela suppose que les procédures établies par chaque base juridique soient compatibles et ne portent pas atteinte aux droits du Parlement.

Ainsi la combinaison des articles 95 et 175 (1) est possible, car ces deux bases juridiques prévoient l'adoption des textes en codécision. Cependant, lorsqu'un texte est fondé sur ces deux bases, il doit préciser les conditions dans lesquelles les États membres peuvent adopter des mesures plus strictes car des procédures différentes sont prévues par le traité. Lorsqu'un texte est fondé sur l'article 95 CE, les États membres ne peuvent adopter ou maintenir des mesures nationales plus contraignantes qu'après y avoir été autorisés par la Commission, autorisation qui repose sur des critères bien précis. En revanche, les États membres peuvent, conformément à l'article 176 CE, adopter des mesures nationales plus sévères que les mesures communautaires fondées sur l'article 175 CE après en avoir simplement informé la Commission. Une solution à ce problème a été trouvée dans le règlement 842/2006, dont l'article 14 distingue les dispositions pour lesquelles les

9. Arrêt du 23 octobre 1997, *Commission c. Grèce*, C-375/95, *Rec.*, p. I-05981, § 28-29.

10. Voir notamment l'arrêt du 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, C-178/03, *Rec.*, p. I-107.

États membres peuvent maintenir ou introduire des mesures de protection renforcées, conformément à l'article 95 du traité et celles pour lesquelles l'article 176 s'applique¹¹.

Une éventuelle combinaison des articles 175 (2) CE, lequel requiert l'unanimité au Conseil, et de l'article 95 CE serait plus problématique.

Lorsque des textes de droit communautaire réglementent l'importation ou l'exportation de certains biens dans un but de protection de l'environnement, se pose le problème du choix entre les articles 133 CE (politique commerciale commune) et 175 CE. Or, alors que la compétence de la Communauté en matière de commerce extérieur est exclusive, en matière d'environnement elle est partagée. Cela implique que dans un cas les États membres ont perdu toute possibilité d'adopter des mesures nationales additionnelles et pas dans l'autre¹².

71

FONDEMENTS DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Le champ de la politique de l'environnement

Le traité sur l'Union européenne ne mentionne pas directement la protection de l'environnement. L'article 2 dispose que l'Union se donne notamment pour objectif « de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé et de parvenir à un développement équilibré et durable... ».

La promotion d'un « niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » figure en revanche parmi les objectifs décrits à l'article 2 du traité instituant la Communauté européenne. La politique de l'environnement fait l'objet du chapitre XIX (art. 174 à 176 CE).

Les notions de protection de l'environnement et de développement durable ne sont pas définies, ce qui a entraîné des interrogations quant au fondement juridique de certaines actions de la Communauté. Il en a été ainsi des politiques en faveur de la protection ou du bien-être animal. Il semblerait logique de considérer que la protection des animaux sauvages relève de la protection de l'environnement, à l'inverse

11. Règlement (CE) n°842/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 relatif à certains gaz à effet de serre fluorés (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE); *JO*, L 161, 14 juin 2006, p. 1-11.

12. Arrêt du 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, C-178/03, *Rec.*, p. I-107, § 44.

de la protection des animaux domestiques¹³. Toutefois, une proposition de directive sur la protection des animaux dans les zoos a entraîné un débat sur le respect du principe de subsidiarité qui a conduit la Commission à retirer son projet initial. Le Conseil a fini par modifier le texte de façon à ce qu'il concerne la protection des espèces menacées¹⁴.

D'un point de vue géographique, l'action de la Communauté n'est pas limitée à son seul territoire. En revanche, l'action de la Communauté au niveau local est soumise au test de subsidiarité. Notons que l'article 5 CE ne mentionne le caractère transfrontière d'une mesure que comme l'un des critères parmi d'autres à prendre en compte lors de l'application du principe de subsidiarité. Ainsi, l'action de la Communauté ne s'est pas contentée de gérer des problèmes environnementaux transfrontières, comme en témoigne sa politique en matière de préservation de bruit ou d'eaux de baignades.

Les principes

L'article 174 (2) CE dispose que : « 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. »

Le principe de précaution peut être invoqué lorsqu'il est besoin d'une intervention urgente face à un possible danger pour la protection de l'environnement dans le cas où les données scientifiques ne permettent pas une évaluation complète du risque¹⁵. En réalité, bien qu'il ne soit mentionné que dans le cadre de la politique de l'environnement, ce principe est surtout mis en œuvre dans les cas de danger pour la santé publique.

Le principe « pollueur payeur » est appliqué dans de nombreux textes environnementaux. La directive-cadre « déchets » prévoit ainsi que le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par le détenteur qui les remet à un ramasseur ou une entreprise et/ou par les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets. Mais le

13. Ludwig Krämer, *EC Environmental Law*, 6^e éd., Sweet and Maxwell, 2006.

14. Directive 1999/22; *JOCE*, L 94, 9 avril 1999.

15. Communication de la Commission du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution [COM(2000) 1 final].

meilleur exemple est la directive sur la responsabilité environnementale évoquée plus bas.

Enfin, en vertu de l'article 6 CE, les exigences de la politique de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté.

Les instruments

L'article 175 (3) prévoit l'adoption de « programmes d'action à caractère général fixant les objectifs prioritaires à atteindre » par le Conseil et le Parlement selon la procédure de codécision et après consultation du Comité économique et social et du comité des régions. Ceux-ci ont une valeur uniquement politique et annoncent des mesures à venir. Le sixième programme d'action couvre la période 2002-2011¹⁶. Il vise quatre domaines prioritaires : la lutte contre le changement climatique, la protection de la nature et l'arrêt de la perte de biodiversité, l'amélioration de la qualité de l'environnement et de la santé des populations et, enfin, la rupture avec les techniques méconnaissant la durabilité en matière de gestion des ressources naturelles et des déchets.

73

Si on laisse de côté les actes non contraignants, le droit communautaire de l'environnement repose essentiellement sur des directives. Cela a l'avantage de permettre aux États membres d'intégrer les mesures visant à atteindre les objectifs fixés par ces directives dans le droit national préexistant, mais pose des problèmes lorsque celles-ci ne sont pas (bien) transposées. Les règlements sont plus rares. Ils sont souvent adoptés pour transposer en droit communautaire les accords internationaux conclus par la Communauté et/ou les États membres.

Enfin, bien que l'article 249 CE ne le mentionne pas, certains domaines du droit de l'environnement peuvent être couverts par des accords entre opérateurs économiques¹⁷. Ainsi, la directive 2004/12/CE sur les déchets d'emballages prévoit que les objectifs de recyclage pourront être atteints par des accords environnementaux¹⁸. Le principal de ces accords est celui conclu par les fédérations de l'industrie

16. Décision n° 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement; *JO*; L 242, 10 septembre 2002, p. 1-15.

17. Voir la Communication de la Commission sur les accords environnementaux, COM (2002) 412, 17 juillet 2002.

18. Directive 2004/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 modifiant la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages; *JO*, L 47, 18 février 2004, p. 26-32.

automobile en matière de réduction des émissions de CO₂. Toutefois, il s'est révélé insuffisant et, début 2007, la Commission a exprimé la volonté de légiférer, déclenchant une campagne de lobbying acharnée de la part de l'industrie automobile.

En dépit des programmes, le droit de l'environnement se caractérise par son absence d'homogénéité. Les actes ont longtemps été adoptés et modifiés au fur et à mesure que les problèmes apparaissaient. Afin de remédier à cette situation, le sixième programme-cadre a prévu l'adoption de stratégies dans divers domaines qui ont conduit à l'adoption de textes de refonte.

Afin de ne pas établir un fastidieux catalogue d'actes hétérogènes, les principaux seront présentés plus bas en fonction du type de réglementation qu'ils introduisent.

74

TYPLOGIE DES ACTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'ENVIRONNEMENT

Harmonisation, prescriptions minimales et reconnaissance mutuelle

Le règlement (CE) n° 1829/2003 a harmonisé les conditions d'étiquetage et de traçabilité des produits OGM. La présence d'OGM dans des produits destinés à l'alimentation, y compris l'alimentation animale, doit être signalée dans l'étiquetage. Chaque OGM peut être identifié par un code unique¹⁹.

Le règlement REACH comporte un chapitre sur les restrictions d'utilisation ou de mise sur le marché des substances chimiques. Il pose l'interdiction de l'utilisation de certaines substances (parfois au-delà de certaines concentrations) dans des produits ou catégories de produits identifiés à l'annexe²⁰.

Le règlement (CE) n° 2037/84 qui met en œuvre le protocole de Montréal interdit l'utilisation de substances qui appauvrissent la couche d'ozone et notamment les chlorofluorocarbones (CFC) qu'on trouvait dans les bombes aérosols et les réfrigérateurs, et le bromure

19. Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, *JO*, L 268, 18 octobre 2003, p. 1-23.

20. Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), *JO*, L 396, 30 décembre 2006, p. 1-849.

de méthyle, utilisé comme pesticide. L'utilisation des hydrochlorofluorocarbones (HCFC), qui avaient initialement remplacé les CFC, a également progressivement été restreinte²¹.

Autorisations ou permis

Il existe actuellement de nombreux textes relatifs aux déchets, mais le texte de base est la directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux déchets²². Elle constitue une codification de la directive 75/442/CEE qui avait été modifiée à plusieurs reprises. Elle pose le principe de l'interdiction de l'abandon des déchets et prévoit que les entreprises ou établissements qui assurent le traitement, le stockage ou le dépôt des déchets doivent obtenir une autorisation.

Soulignons que la notion même de déchet, défini dans la directive comme « tout objet dont le détenteur se défait ou a l'obligation de se défaire », a donné lieu à un important contentieux, ce qui a conduit la Commission à adopter une communication interprétative sur la notion de déchet et de sous-produit²³.

Une proposition de directive-cadre sur les déchets, qui remplacerait la directive-cadre actuelle ainsi que la directive sur les déchets dangereux et celle sur les huiles usagées, est actuellement en cours de discussion au Parlement et au Conseil²⁴.

Le règlement REACH prévoit que certaines substances particulièrement préoccupantes seront interdites de production, mise sur le marché ou utilisation sous réserve de l'obtention d'une autorisation délivrée par la Commission. Il ne s'agit pas d'une autorisation générale de ladite substance, mais d'une autorisation octroyée à un utilisateur déterminé pour une utilisation identifiée et pour une durée limitée.

Les OGM sont soumis à une procédure harmonisée d'autorisation gérée par l'Agence européenne pour la sécurité des aliments²⁵. L'approbation est valable pour une durée de dix ans renouvelable.

21. Règlement (CE) n° 2037/2000 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone; *JO*, L 244, 29 septembre 2000, p. 1-24.

22. Directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative aux déchets (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE); *JO*, L 114, 27 avril 2006, p. 9-21.

23. COM (2007) 59 final.

24. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 21 décembre 2005 relative aux déchets [COM(2005) 667].

25. Règlement (CE) n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments génétiquement modifiés pour animaux (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE); *JO*, L 268, 18 octobre 2003, p. 1-23.

La directive 85/337/CEE conditionne l'autorisation de certains projets ayant une influence sur l'environnement à une évaluation par l'autorité nationale compétente²⁶. La directive sur l'évaluation stratégique des incidences sur l'environnement étend cette obligation aux plans et programmes²⁷.

Le réseau européen de zones naturelles protégées se compose de « sites d'importance communautaire »²⁸. Les États membres doivent adopter des mesures de gestion de ces sites et les activités qui risquent de porter atteinte à une zone protégée sont soumises à autorisation. La délivrance de l'autorisation est conditionnée à la réalisation préalable d'une évaluation d'incidences. Si l'évaluation est négative, l'autorisation doit être rejetée. C'est là une différence fondamentale avec les évaluations d'impact conduites dans le cadre de la directive 85/337, lesquelles ne conditionnent pas la délivrance du permis.

La directive 2008/1/CE sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution soumet à autorisation les activités industrielles et agricoles qui ont un fort potentiel de pollution²⁹. L'autorisation ne peut être accordée que lorsque certaines conditions sont respectées, comme l'utilisation de toutes les mesures permettant de lutter contre la pollution et notamment le recours aux meilleurs techniques disponibles.

Par ailleurs, la Commission a soumis au législateur européen, le 21 décembre 2007, une proposition de directive relative aux émissions industrielles³⁰. Ce texte vise à réviser et refondre dans un seul texte juridique sept directives relatives aux émissions industrielles dont la directive IPPC susvisée.

Notifications et registres

En vertu du règlement REACH, la mise sur le marché européen de substances chimiques suppose leur enregistrement préalable auprès

26. Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement; *JO*, L 175, 5 juillet 1985, p. 40-48.

27. Directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, *JO* L 197 du 21.7.2001, p. 30-37.

28. Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JO*, L 206, 22 juillet 1992, p. 7-50; et directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, *JO*, L 103, 25 avril 1979.

29. Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 (dite IPPC) relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution; *JO*, L 24, 29 janvier 2008.

30. COM (2007) 844 final.

de l'Agence des produits chimiques. Les substances qui avaient déjà été notifiées au titre de la directive 67/548/CEE seront toutefois considérées comme enregistrées³¹.

Le règlement (CE) n° 166/2006 du Parlement européen et du Conseil concernant la création d'un registre européen des rejets et des transferts de polluants (dit PRTR)³² applique au niveau de l'Union européenne le protocole CEE-ONU signé en mai 2003³³. Le PRTR européen a succédé au Registre européen des émissions de polluants, dans le cadre duquel des données ont été notifiées pour les années 2000 et 2004³⁴. Il vise davantage d'installations et de substances. Le règlement instaure un registre sous la forme d'une base de données électronique accessible au public.

Le nouveau règlement (CE) 1013/2006 du 14 juin 2006 du Parlement européen et du Conseil sur la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté, applicable depuis juillet 2007, reprend en l'aménageant le système de notification préalable et intègre dans la législation communautaire les modifications des listes de déchets annexées à la convention de Bâle ainsi que la révision adoptée par l'OCDE en 2001³⁵.

77

Système de reprise

Une obligation de reprise par le producteur des équipements est instaurée par la directive sur les déchets d'équipements électriques et électroniques³⁶. Cette responsabilisation du producteur est considérée comme un moyen d'encourager la conception et la fabrication des équipements selon des procédés qui tiennent compte des impératifs en matière de réparation, de réutilisation, de démontage et de recyclage.

31. Voir *supra*.

32. Règlement (CE) n° 166/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant la création d'un registre européen des rejets et des transferts de polluants (PRTR), et modifiant les directives 91/689/CEE et 96/61/CE du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE); *JO*, L 33, 4 février 2006, p. 1-17.

33. Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 1998.

34. *JO*, L 192, 28 juillet 2000, p. 36.

35. *JO*, L 190, 12 juillet 2006.

36. Directive 2002/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE); *JO*, L 37, 13 février 2003, p. 24-39.

Mécanismes financiers

Dès 1991, la Commission a proposé l'introduction d'une taxe communautaire sur le CO₂. Ce type d'acte requiert un vote unanime au Conseil qui n'a pu être réuni en raison notamment de la forte opposition du Royaume-Uni. Depuis, la Commission n'a pas proposé l'introduction de nouvelles éco-taxes européennes.

78 Dans le contexte de l'amélioration du fonctionnement du marché intérieur, la Commission a proposé, en 2005, une directive sur la taxation des voitures particulières dans l'Union³⁷. La proposition prévoit la réduction progressive et l'abolition de la taxe d'immatriculation et son remplacement par une taxe annuelle de circulation et une taxe sur les carburants, de façon que la charge fiscale reste inchangée mais qu'elle soit liée à l'utilisation d'une voiture plutôt qu'à son acquisition. Ce texte a fait l'objet d'une première lecture au Parlement et est actuellement devant le Conseil.

L'instrument financier LIFE, spécifiquement dédié à l'environnement, a été créé en 1992. L'enveloppe financière de LIFE+, qui a depuis 2007 remplacé LIFE, est beaucoup plus réduite que celle des fonds structurels et s'élève à 2 143,409 millions d'euros pour la période allant de 2007 à 2013 (348 milliards pour la même période pour les fonds structurels)³⁸. Par ailleurs, chaque État membre étant très soucieux d'obtenir une part égale, le financement n'est pas forcément alloué aux projets les plus porteurs en matière d'environnement.

Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005³⁹. Dans le cadre du protocole de Kyoto, les quinze États membres qui formaient l'Union européenne avant les deux derniers élargissements doivent, d'ici à 2012, réduire leurs émissions de gaz à effet de serre de 8 % par rapport aux niveaux de 1990. Cet objectif global a été réparti en objectifs par État membre. Bien que n'étant pas concernés par cet objectif global, la plupart des nouveaux États membres ont des objectifs de réduction.

Chaque État membre doit soumettre à la Commission un plan

37. COM (2005) 0261 final, 5 juillet 2005.

38. Règlement (CE) n° 614/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 concernant l'instrument financier pour l'environnement; *JO*, L 149, 9 juin 2007.

39. Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil; *JO*, L 275, 25 octobre 2003, p. 32-46.

national d'allocation⁴⁰. La Commission contrôle que le plan proposé permettra à l'État membre d'atteindre les objectifs de Kyoto et évalue la compatibilité des allocations de quotas avec les autres règles de droit communautaire, notamment avec le droit de la concurrence et des aides d'États⁴¹. Le plafonnement des droits d'émission alloués est censé créer la rareté nécessaire à l'existence d'un marché des droits d'émission mais cela n'a pas vraiment été le cas. Au niveau européen, le solde global de quotas était excédentaire de 44 millions de tonnes de CO₂ en 2006. Lorsque l'information concernant le différentiel quotas/émissions a été rendue publique, en avril 2006, le cours des quotas de carbone a baissé de moitié.

Le 23 janvier 2008, la Commission a adopté une proposition de directive modifiant la directive 2003/87/CE⁴². L'objectif général, approuvé par le Conseil européen de mars 2007, consiste à réduire les émissions de l'Union européenne d'au moins 20 % d'ici à 2020 par rapport à leur niveau de 1990. La fixation du niveau des allocations par chaque État membre étant la source de différences importantes dans les règles d'allocation qui incitent chacun à favoriser sa propre industrie, la Commission propose de fixer un plafond unique pour toute l'Union européenne et d'allouer les quotas sur la base de règles harmonisées.

Le 20 décembre 2007, le Conseil « environnement » a trouvé un accord politique sur l'inclusion des émissions de l'aviation civile dans le système d'échange de quotas. S'il est adopté par le Parlement européen dans les mêmes termes, le système deviendra opérationnel en 2012.

Le 28 mars 2007, la Commission a publié un livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement qui lançait une réflexion sur la promotion de ce type d'instruments dans différents secteurs (énergie, transport, préservation des ressources, déchets)⁴³. Elle y évoque la possibilité de recourir à un système d'échanges de quotas d'émission pour lutter contre les polluants classiques (SO₂ et NO_x). De tels mécanismes existent déjà dans certains États membres⁴⁴.

40. Les plans nationaux de la Norvège et du Liechtenstein sont visés par l'autorité de surveillance AELE. L'Islande ne soumet pas de plan.

41. Voir notamment l'ordonnance du tribunal de première instance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG c. Commission*, T-387/04, non encore publiée au *Recueil*.

42. COM (2008) 16 final.

43. Livre vert de la Commission, du 28 mars 2007, sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, COM (2007) 140 final.

44. Voir à ce titre l'arrêt du 10 avril 2008, *Pays-Bas c. Commission*, T-233/04, non encore publié au registre.

*Fixation d'objectifs à atteindre par chaque pays
et systèmes volontaires*

La nouvelle directive sur la qualité de l'air⁴⁵ adoptée en mai 2008 opère une large refonte puisqu'elle remplace la précédente directive-cadre et quatre directives filles⁴⁶. Elle fixe des objectifs de réduction de certains polluants que les États membres doivent atteindre avant une date butoir. Ceux-ci sont notamment tenus de réduire, d'ici à 2020, les niveaux d'exposition aux PM_{2,5} en zone urbaine de 20 % en moyenne par rapport aux chiffres de 2010. Cette nouvelle directive ne modifie pas les autres normes en vigueur en matière de qualité de l'air (dioxyde de soufre, PM₁₀, monoxyde de carbone, ozone, benzène, plomb, etc.), mais laisse plus de souplesse aux États membres pour appliquer certaines d'entre elles dans des domaines où leur mise en œuvre pose des problèmes.

La directive sur la gestion du bruit est un exemple typique de la nouvelle façon de légiférer au niveau communautaire⁴⁷. Les objectifs essentiels de la directive sont la détermination de l'exposition au bruit dans l'environnement grâce à la cartographie du bruit, l'information du public en ce qui concerne le bruit et ses effets, et l'adoption, par les États membres, de plans d'action afin de prévenir et de réduire le bruit dans l'environnement.

La proposition de directive-cadre sur les sols, toujours en cours de discussion, n'est pas davantage contraignante. Pour l'essentiel elle invite les États membres à répertorier les zones où il existe des risques d'éro-

45. Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, *JO*, L 152, 11 juin 2008, p. 1-44.

46. Directive 96/69/CE du Conseil du 27 septembre 1996 concernant l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant (directive-cadre), *JOCE*, L 296, 21 novembre 1996, p. 0055-0063; directive 1999/30/CE du Conseil du 22 avril 1999 relative à la fixation de valeurs limites pour l'anhydride sulfureux, le dioxyde d'azote et les oxydes d'azote, les particules et le plomb dans l'air ambiant, *JOCE*, L 163, 29 juin 1999, p. 0041-0060; directive 2000/69/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2000 concernant des valeurs limites pour le benzène et le monoxyde de carbone dans l'air ambiant, *JOCE*, L 313, 13 décembre 2000, p. 0012-0021; directive 2002/3/CE du Parlement et du Conseil du 12 février 2002 concernant l'ozone dans l'air ambiant, *JOCE*, L 067, 9 mars 2002, p. 0014-0030; directive 2004/107/CE du Parlement et du Conseil du 15 décembre 2004 concernant l'arsenic, le cadmium, le mercure, le nickel et les hydrocarbures aromatiques polycycliques dans l'air ambiant, *JOCE*, L 023, 26 janvier 2005, p. 0003-0016.

47. 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; *JO*, L 189, 18 juillet 2002, p. 0012-0026.

sion, d'appauvrissement en matière organique, de tassement, de salinisation ou de glissement de terrain. Les États membres devront ensuite fixer eux-mêmes des objectifs de diminution du risque pour ces zones et mettre sur pied des programmes de mesures afin de les réaliser.

Par ailleurs, le droit communautaire a créé des labels et autres systèmes volontaires (éco-label⁴⁸, EMAS, éco-audit⁴⁹ ou la directive éco-design⁵⁰). Le nombre de produits dotés du label écologique européen reste réduit et le système communautaire de management environnemental et d'audit ne s'est guère généralisé, le nombre de sociétés EMAS (*eco management and audit scheme*) étant estimé à 5 000 sur un total d'environ 29 millions de sociétés opérant dans l'Union.

UN PROBLÈME D'APPLICATION

81

Des moyens de surveillance limités

La Commission surveille l'application du droit communautaire dans les États membres mais ses moyens sont limités. Les discussions relatives à la création d'un corps d'inspecteurs environnementaux ont conduit à une levée de boucliers au nom du principe de subsidiarité, alors même que la Commission dispose d'inspecteurs dans de nombreux autres domaines (concurrence, pêche, etc.).

Outre les études de conformité souvent réalisées par des cabinets de consultants, les plaintes constituent l'une des principales sources d'information pour la Commission. Celle-ci est maîtresse de l'opportunité des poursuites et les nouvelles lignes directrices en matière de contrôle des infractions au droit communautaire la conduisent à laisser de côté les cas de mauvaise application isolés. Afin que ces cas puissent trouver une issue favorable sans emprunter la voie judiciaire ou encombrer la DG Environnement, la création dans chaque État membre d'un médiateur chargé de l'environnement pourrait être envisagée.

Aux actions en manquement de la Commission s'ajoute la possibilité pour les particuliers d'invoquer le droit communautaire devant le juge national, lequel peut, par le biais d'un renvoi préjudiciel, interroger la Cour de justice. Toutefois, les citoyens européens sont moins enclins à dénoncer la violation du droit communautaire lorsqu'il vise la protection de l'environnement que lorsqu'il confère des droits économiques

48. Règlement 1980/2000; *JO*, L 237/2000, p. 1.

49. Règlement 761/2001; *JO*, L 114/2001, p. 1.

50. Directive 2005/32; *JO*, L 191/2005, p. 29.

ou sociaux. Par ailleurs, le juge national, s'il ne s'agit pas du juge de dernier ressort, n'est pas tenu de saisir la Cour de justice.

Absence de transposition, mauvaise transposition, mauvaise application

La Commission a commencé à poursuivre activement les États membres récalcitrants au milieu des années 1980, suite à la catastrophe de Seveso. Toutefois, même après un arrêt en manquement les condamnant, les États membres n'adoptaient pas toujours les mesures requises. Le caractère dissuasif de la procédure en manquement a été renforcé par la menace d'un deuxième arrêt condamnant les États au versement d'amendes ou d'astreintes. Cette possibilité a été introduite par le traité de Maastricht, mais le premier arrêt condamnant un État membre à des sanctions pécuniaires n'a été rendu qu'en 2000⁵¹.

Cette affaire emblématique concerne l'embouchure de la rivière Kouroupitos qui s'était peu à peu transformée en décharge sauvage de déchets toxiques et dangereux. La Commission avait ouvert une procédure précontentieuse dès 1988. Cette procédure aboutit en 1992 à un arrêt en manquement de la Cour de justice⁵² qui resta lettre morte, si bien que huit ans plus tard la même Cour de justice condamna la Grèce au versement d'une astreinte journalière de 20 000 euros par jour tant que son premier arrêt ne serait pas exécuté. La décharge cessa alors rapidement ses activités mais le site ne fut pas pour autant dépollué, ce qui conduisit la Commission à saisir une nouvelle fois la Cour de justice, près de vingt ans après l'ouverture de l'infraction⁵³. Dans cette affaire, la Grèce aura versé environ 4,5 millions d'euros au budget communautaire⁵⁴. Il convient de souligner que le cas Kouroupitos n'est nullement isolé: la Cour a récemment jugé que 1 125 décharges grecques fonctionnaient illégalement⁵⁵.

La Grèce n'est pas le seul mauvais élève en matière d'environnement. La France a échappé de justesse à une condamnation au versement d'astreinte ou d'amendes dans de nombreux dossiers environnementaux, notamment en matière de protection de la biodiversité⁵⁶.

51. Arrêt du 4 juillet 2000, affaire C-387/97 *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. I-5047.

52. Arrêt du 7 avril 1992, affaire C-45/91 *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. I-2509.

53. Affaire C-112/06 *Commission c. Grèce* [2006]; *JO*, C 121/4.

54. Ludwig Krämer, *op. cit.*

55. Arrêt du 6 octobre 2005, *Commission c. Grèce*, C-502/03, non publié.

56. Voir notamment l'affaire concernant la non-exécution d'un arrêt de 1988 rendu dans l'affaire C-252/85 sanctionnant la mauvaise application de la directive de 1979 sur la

*Directive sur la responsabilité environnementale
et droit pénal et environnement*

La directive sur la responsabilité environnementale vise uniquement les dommages causés aux animaux, aux plantes, aux habitats naturels et aux ressources en eau ou aux sols, ainsi que les menaces imminentes de tels dommages⁵⁷. Elle prévoit deux régimes de responsabilité distincts. Un régime de responsabilité sans faute s'applique aux activités professionnelles dangereuses énumérées à l'annexe III. Un second régime de responsabilité, pour faute ou négligence, s'applique à toutes les autres activités professionnelles.

Contrairement à ce que prévoyait la proposition initiale de la Commission, l'autorité publique n'est pas tenue de prévenir ou de réparer le dommage. Cette tâche incombe à l'exploitant qui doit en supporter le coût. La loi qui transposera cette directive est actuellement en cours d'adoption en France alors que le délai de transposition était fixé au 30 avril 2007.

83

Protection par le droit pénal

La Commission européenne a présenté en février 2007 une proposition de directive qui contraindrait les États membres à traiter les atteintes graves à l'environnement comme des infractions pénales et à veiller à ce qu'elles soient effectivement sanctionnées. La proposition de directive vise à remplacer la décision-cadre du Conseil de 2003 annulée par la Cour de justice en septembre 2005 pour mauvaise base juridique⁵⁸. Le texte a été adopté en première lecture par le Parlement européen le 21 mai 2008.

Enfin, une proposition de directive soumise en 2004 au Parlement européen et au Conseil vise à transposer en droit communautaire le troisième pilier de la convention d'Aarhus relatif à l'accès à la justice en matière d'environnement⁵⁹. Cette proposition est en première lecture au Conseil depuis 2004.

protection des oiseaux sauvages. L'astreinte demandée par la Commission était de 105 500 écus par jour de retard.

57. Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux; *JO*, L 143, 30 avril 2004.

58. Arrêt du 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, C-176/03, *Rec.*, p. I-7879.

59. COM (2003) 624 final.

La protection de l'environnement est désormais une préoccupation majeure pour les citoyens européens. Il ressort des sondages Euro-baromètre que plus de 70 % d'entre eux souhaitent que les décideurs attachent la même importance à la politique environnementale qu'aux politiques économique et sociale et sont favorables à une prise de décision plus importante au niveau de l'Union européenne.

84 Au cours des trente-cinq dernières années, beaucoup a été fait pour améliorer l'environnement en l'Europe et ces mesures ont eu des conséquences bénéfiques. Le plomb a été éliminé de la plupart des essences. La majorité des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ont été abandonnées. Les émissions d'oxyde d'azote par les transports routiers ont diminué d'environ 90 % par rapport à ce qu'elles auraient été sans l'adoption des pots catalytiques. Grâce à l'accroissement du traitement des eaux usées urbaines, le niveau de pollution des eaux recule. Dans l'Union européenne, les zones naturelles protégées représentent 18 % de l'ensemble du territoire, ce qui devrait contribuer à préserver la diversité biologique.

Il reste toutefois d'importants défis à relever. Au nombre des priorités environnementales figurent la lutte contre les changements climatiques, la pollution atmosphérique et la réduction de l'impact des produits chimiques sur la santé et l'environnement, la préservation des terres comme ressource de production et comme réservoir de la biodiversité, l'amélioration de la quantité et de la qualité des réserves d'eau douce ainsi que la préservation des océans⁶⁰.

60. Voir « L'environnement en Europe : état et perspectives 2005 », rapport publié par l'Agence européenne de l'environnement le 29 novembre 2005, disponible sur le site internet de l'Agence : <http://local.fr.eea.europa.eu/>

R É S U M É

En 1957, le traité de Rome ne prévoyait pas d'action de la Communauté en matière environnementale et, jusqu'à la fin des années 1960, aucune politique communautaire de l'environnement n'a été développée. Le premier programme d'action environnementale fut adopté en 1972 et des textes visant spécifiquement la protection de l'environnement ont suivi. Aujourd'hui, l'action de la Communauté est prévue et encadrée par les traités et le droit communautaire de l'environnement regroupe une multitude d'actes hétérogènes, dont la principale faiblesse est leur mauvaise application dans les États membres.

LES GRANDS DÉBATS AUTOUR
DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
AUX ÉTATS-UNIS

O n m'a demandé un article sur le droit de l'environnement aux États-Unis. Les éléments ne manquent pas pour écrire sur cette question, et c'est précisément ce qui pose problème. Le système de réglementations concernant l'environnement aux États-Unis est très vaste et complexe. Les juristes spécialisés dans l'environnement semblent incapables de discuter de leur domaine sans faire référence à sa complexité, avec un mélange de désespoir et de fierté machiste. L'élément de comparaison le plus courant est le code fiscal, et il est impossible d'en présenter un résumé.

Le droit de l'environnement est certes une accumulation tentaculaire de détails, mais de plus il n'est pas construit autour d'un cadre idéologique unique et cohérent. Au risque de simplifier exagérément, on peut dire qu'il reflète deux idéologies contradictoires. L'une est anthropocentrique: elle donne une vision instrumentaliste de la nature, recherche l'efficacité plutôt que la justice et est fortement préoccupée par le bien-être social. L'autre est éco-centrique: elle valorise la nature pour elle-même, prend très au sérieux l'idée d'obligations éthiques envers les créatures non humaines et résiste à la quantification. La première est associée à l'économiste, la seconde à l'écologiste. Certains ont qualifié respectivement ces approches d'« analyse posée » et d'« indignation morale »¹; et ceux qui adhèrent à ces points de vue ont été qualifiés de « compteurs de haricots » et d'« écolos baba

1. Christopher Schroeder, « Cool Analysis Versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law », *William and Mary Law Review*, vol. 35, n°1, 1993.

cool»². Aucune de ces deux approches n'a jamais dominé l'autre, même si la tendance générale s'éloigne de l'indignation morale pour se rapprocher de l'analyse posée.

Confronté à un domaine aussi important, dense, complexe et fragmenté, je ne vais pas tenter de présenter une vue d'ensemble du droit de l'environnement aux États-Unis³. Je vais plutôt chercher à identifier les débats centraux du champ et les illustrer en montrant comment ils opèrent sur une question particulière: la (non)-réglementation des émissions de gaz à effet de serre. Mon objectif est double: montrer comment les États-Unis affrontent ou n'affrontent pas la question environnementale la plus urgente du moment et utiliser les débats sur le réchauffement climatique pour illustrer les conflits récurrents qui caractérisent le droit environnemental américain dans son ensemble.

88

LES DÉBATS FONDAMENTAUX

La structure et la formule de base du droit de l'environnement sont assez simples: en réponse à un problème identifié (*Si*), une instance gouvernementale (*Qui*) définit les objectifs (*Quoi*) et les moyens spécifiques permettant de les atteindre (*Comment*). Évidemment chaque aspect de ce processus peut donner lieu à controverse.

Si. L'idée que le gouvernement devrait introduire des règlements pour protéger l'environnement – que le marché ne fournira pas le montant « approprié » de protection environnementale – est largement acceptée aux États-Unis. Les prétendus « écologistes du marché » s'opposent à toute réglementation directe des activités dommageables pour l'environnement, bien qu'ils reconnaissent le besoin d'un système global de responsabilité vis-à-vis des dégâts écologiques. Mais leur position est minoritaire; en général, la responsabilité est considérée comme un supplément important à la réglementation directe mais ne représente pas un système suffisant en soi. Ainsi, la question de savoir *si* imposer des réglementations est nécessaire ne soulève pas de débats sérieux aux États-Unis. La principale exception, bien sûr, est le désaccord concernant la réglementation des gaz à effet de serre.

2. Daniel A. Farber, *Éco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 35-69.

3. J'ai tenté de le faire, une fois, pour un auditoire européen. Le résultat est quelque peu daté mais pas totalement inutile. Voir Michael Herz, « An Introduction to Environmental Law in the United States », *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 4, n°4, 1995.

Qui. Un débat bien plus central existe, dont la nature est *structurelle*. Il concerne la détermination de qui doit avoir le pouvoir de décision. Qui doit élaborer la politique concernant l'environnement ? Ce débat ne touche pas seulement le droit environnemental, mais il est particulièrement saillant dans ce domaine. Il soulève deux questions spécifiques. La première est récurrente dans ce pays : elle tient à la division du pouvoir entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États. La seconde porte sur les institutions gouvernementales : quelles sont les fonctions respectives des assemblées législatives, de l'administration et des tribunaux (et peut-être aussi des ONG et des citoyens individuels) dans l'élaboration de la politique environnementale ?

Quoi. Le débat *substantiel* concerne les principes de la réglementation. Sur quelle(s) base(s) devrait s'appuyer la politique environnementale ? Plus particulièrement, deux questions se posent : celle de l'analyse de rentabilité, dont l'importance est croissante depuis deux décennies dans la politique environnementale (et dans la politique de réglementation en général) et celle du principe de précaution qui, à l'opposé, n'a jamais vraiment pris dans ce pays.

Comment. Le dernier sujet de débat pourrait être qualifié de *technique* : quels sont les instruments les plus efficaces pour atteindre les résultats substantiels désirés ? Le principal conflit porte ici sur la réglementation dite de « commande et contrôle » d'un côté et les incitations économiques de l'autre (notamment l'éco-taxe et l'échange de droits d'émission contingentés). Une question secondaire apparaît : le choix entre les impôts et les autorisations échangeables.

LE DÉBAT AUTOUR DU RÉCHAUFFEMENT DE LA PLANÈTE

En général, le droit environnemental américain est très étendu et plutôt rigoureux ; il reflète un consensus national assez fort en faveur d'une réglementation de la protection de l'environnement. Il existe, bien sûr, une énorme lacune. Les États-Unis n'ont pas encore introduit de mesure significative visant à limiter les émissions de gaz à effet de serre. Bien qu'ayant signé la Convention cadre des Nations unies sur le changement climatique et participé aux conférences des signataires de cet accord, les États-Unis sont le seul pays industrialisé à ne pas avoir ratifié le protocole de Kyoto. Seul parmi tous les pays développés, le gouvernement fédéral a systématiquement manifesté son total manque d'intérêt pour l'imposition de limites contraignantes à

l'émission de gaz à effet de serre. L'administration Bush est la cible des plus grandes critiques à cet égard, et le mérite. Mais l'administration Clinton et le Sénat, eux aussi, ont systématiquement déclaré que toute action unilatérale de la part des États-Unis, ou du groupe des nations industrialisées, serait une erreur.

La politique adoptée au niveau national face au changement climatique a été de fournir des aides financières à la recherche – ce qui a d'ailleurs eu des résultats assez significatifs – et de soutenir l'idée de contrôles volontaires. En 2002, le président Bush a appelé à une réduction de 18 % de « l'intensité des gaz à effet de serre » (c'est-à-dire du ratio d'émission de gaz à effet de serre par point de PNB) sur dix ans. Les États-Unis sont en effet en bonne voie pour atteindre cet objectif présidentiel. Mais ceci n'est guère surprenant. Durant pratiquement toute l'histoire du processus d'industrialisation, l'intensité de gaz à effet de serre a décliné à ce rythme du fait du progrès technologique. Cette réduction s'est produite alors que le volume des émissions elles-mêmes augmentait. Ainsi, l'objectif d'une réduction de 18 % n'a qu'une valeur symbolique: le *statu quo*.

Un grand nombre de projets de loi visant à taxer ou restreindre les émissions de gaz à effet de serre ont été présentés au Congrès, mais très peu ont été discutés sérieusement⁴. En juin 2008, la loi Lieberman-Warner sur la sécurité climatique – une proposition d'échange de droits d'émission contingentés qui aurait limité les émissions à 4 % au-dessous du niveau de 2005 d'ici à 2012 et à 71 % au-dessous des niveaux de 2005 d'ici 2050 – a suscité une discussion approfondie au Sénat, mais n'a finalement pas été soumise au vote. Il est cependant presque certain que, en 2009, indépendamment du président alors en exercice, les États-Unis adopteront enfin une législation substantielle contrôlant les émissions de gaz à effet de serre.

Pour une question « non réglementée », les gaz à effet de serre ont entraîné un nombre assez important de lois⁵, ainsi qu'une multitude de débats. Les réussites et les échecs de ces efforts soulignent les désaccords fondamentaux qui caractérisent le droit de l'environnement en général.

4. La meilleure compilation et analyse de ces projets est présentée en ligne par le Pew Center on Climate Change. Cf. <http://www.pewclimate.org/federal>

5. Pour un survol général des lois existantes, voir Michael Gerrard (dir.), *Global Climate Change and U.S. Law*, Chicago, American Bar Association 2007. Ce recueil offre une excellente description de l'état actuel de la loi. Sa taille même – 754 pages – signale que, en fait, il se passe beaucoup de choses dans ce domaine aux États-Unis, malgré l'inaction du Congrès, de la Maison-Blanche et de l'Agence de protection de l'environnement.

LES QUESTIONS STRUCTURELLES

Le fédéralisme

Selon l'expression célèbre du juge Kennedy, les Pères de la Constitution des États-Unis ont « fragmenté l'atome de la souveraineté⁶ » en divisant l'autorité gouvernementale entre le gouvernement national (fédéral) et les États. La répartition appropriée des responsabilités entre les deux niveaux a été contestée tout au long de l'histoire américaine, aussi bien au niveau de l'activité législative que de l'autorité constitutionnelle.

Depuis 1970, le gouvernement fédéral a dominé la réglementation environnementale. Plusieurs justifications sont en général avancées pour expliquer ce choix. La première est la crainte qu'en laissant la réglementation entre les mains des États, une « harmonisation par le bas » s'opère. Aucun État ne choisirait de se mettre dans une situation concurrentielle, qui serait désavantageuse face à d'autres États, en réglementant strictement la pollution. Sans un effort coopératif général de réglementation – ce qu'est précisément l'action fédérale –, rien ne se passe puisqu'aucun État ne peut faire le premier pas. Pire encore, chaque État va tenter d'obtenir un avantage en adoptant des réglementations particulièrement indulgentes, une action que tous les autres États seront obligés de copier dans un souci d'« harmonisation par le bas ». De ce fait, tous les États ont des législations beaucoup plus indulgentes qu'ils ne le souhaiteraient effectivement.

91

Un second élément vient justifier une réglementation nationale de la pollution : le problème des retombées. Si la pollution dans un État cause des problèmes dans un autre, l'État affecté n'a pas de possibilité de recours, excepté à travers une action au niveau national (en fait, les lois environnementales fédérales, en particulier la Loi sur la qualité de l'air, ont été particulièrement inefficaces pour traiter le problème des retombées).

De plus, les partisans d'un rôle fédéral fort expliquent que les défenseurs de l'environnement ont les moyens de mener une bataille législative unique (au niveau fédéral); mais s'ils mènent de front cinquante batailles séparées, ils seront écrasés par la puissance de feu des défenseurs de l'industrie.

Enfin, le gouvernement fédéral aurait, ou pourrait acquérir l'expertise qui fait défaut au niveau des États. Ainsi, on gagne en efficacité

6. *US Term Limits v. Thornton*, 514 US 779, 838 (1995) (Kennedy, J., opinion concordante).

en affrontant un problème une fois plutôt que cinquante. Ces considérations sont particulièrement convaincantes à propos de questions hautement techniques touchant à la science, l'ingénierie et la santé publique.

Ce débat a également une dimension constitutionnelle. En théorie au moins, le gouvernement fédéral détient des pouvoirs énumérés et donc limités. Les lois concernant l'environnement s'appuient en général sur le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre les États et les activités qui affectent ce commerce. La plupart des activités causant des dégâts sur l'environnement sont censées avoir un effet sur le commerce entre les États et donc justifier la réglementation fédérale, mais pas toutes. Par exemple, la protection de réserves d'eau locales isolées a été considérée comme ne relevant pas de l'autorité fédérale.

92 Indépendamment de la Constitution, nombreux sont ceux pour qui la réglementation au niveau des États est préférable car elle peut être plus précise dans sa réponse à des conditions et des préférences locales variables; en outre elle rapproche le gouvernement du peuple et représente donc une défense contre la tyrannie. Si les États sont autorisés à poursuivre différentes stratégies de réglementation, ils peuvent agir comme des laboratoires, et le pays dans son ensemble pourra bénéficier de ces expérimentations. Enfin, il existe depuis longtemps un attachement vaguement religieux, ou simplement sentimental, à l'idée des «droits des États» – un *cri du cœur* qu'il a été parfois difficile de séparer du racisme virulent qu'il protégeait.

La bataille autour du fédéralisme se déploie de façon fascinante en ce qui concerne le changement climatique global. Le gouvernement fédéral n'a pris aucune initiative sérieuse de réglementation à ce propos et il est intéressant de voir dans quelle mesure les États et les villes ont occupé ce vide réglementaire.

La Californie a été à l'avant-garde des efforts des États. En 2002, elle a adopté une loi limitant les émissions de gaz à effet de serre pour les nouvelles automobiles. Selon la loi sur la qualité de l'air, la Californie est le seul État autorisé à réglementer les émissions des automobiles, bien que tout autre État dont une partie du territoire n'atteint pas les normes fédérales de qualité de l'air peut adopter les normes californiennes. Seize autres États l'ont fait. Ces normes ont résisté aux recours légaux qui prétendaient que l'État ne pouvait pas réglementer les émissions de gaz à effet de serre car ces règles représentaient de fait des normes d'économie de carburant (aucun État, y compris la Californie, ne peut adopter des normes d'économie de carburant dif-

férentes de celles établies par le gouvernement fédéral). Cependant, les règlements de la Californie doivent obtenir le feu vert de l'Agence de protection de l'environnement qui leur a été refusé. Cette décision fort controversée fait actuellement l'objet d'un recours devant les tribunaux.

De surcroît, la Californie a adopté un plafonnement des émissions de gaz à effet de serre. La mesure, intitulée de façon optimiste « loi apportant des solutions au réchauffement de la planète », exige une réduction de 35 % des émissions d'ici 2020 (en gros un retour aux niveaux d'émission de 1990). La loi exige en fait un volume de réduction plus faible sur une plus longue période que celui exigé des États-Unis par le protocole de Kyoto. Comment, le cas échéant, cela sera réalisé reste bien sûr à prouver. Le *California Air Resources Board* (Agence pour la qualité de l'air) travaille actuellement à l'élaboration de réglementations qui traduiront l'objectif global en exigences particulières. Un système d'échange de droits d'émission contingentés sera au centre de l'effort d'application. L'imposition de plafonds déclinant régulièrement est censée commencer en 2012.

93

Plusieurs autres États ont adopté des plafonnements de gaz à effet de serre ou envisagent de le faire. Il existe un certain nombre d'autres expériences notables au niveau des États : un système d'échange de droits d'émission contingentés pour les centrales électriques dans les États du nord-est (l'« initiative régionale sur les gaz à effet de serre ») ; l'exigence, formulée dans de nombreux États, que les centrales électriques privées produisent un volume d'électricité croissant dans le temps à partir de sources d'énergie renouvelable ; des normes d'efficacité énergétique (imposées en partie par la législation fédérale) dans les codes du bâtiment ; et différentes incitations fiscales pour les investissements dans l'économie d'énergie et la protection de l'environnement⁷.

Il n'est pas du tout sûr que l'action au niveau des États permette de s'attaquer de façon appropriée au problème du changement climatique. Ce débat rejoint celui d'une action unilatérale prise par *un* pays. De tels efforts peuvent être au mieux infructueux, au pire contre-productifs, dans la mesure où ils encouragent les autres à ne rien faire et renoncent à une importante monnaie d'échange dans les négociations, une contrepartie essentielle dans les entreprises mutuelles visant à contrôler

7. Voir Pew Center on Global Climate Change, *What's Being Done in the States*, http://www.pewclimate.org/what_s_being_done/in_the_states

les émissions⁸. Les États ne peuvent pas résoudre individuellement le problème; la plupart ne peuvent même pas apporter une contribution perceptible ou mesurable à l'élaboration d'une solution. Et même si tous les États agissaient, leur démarche poursuivrait un chemin très laborieux vers un système que le gouvernement fédéral pourrait établir de façon plus efficace.

94 D'aucuns ont suggéré que l'activité des États non seulement n'entraîne pas une harmonisation par le bas, mais produit au contraire une harmonisation par le haut. Cela semble exagéré car, d'un côté, cette activité ne vise pas à l'harmonisation et, de l'autre, en portant l'attention sur les États qui sont actifs, on néglige les nombreux États qui ne font rien de significatif. Cependant, l'activité au niveau des États semble susceptible d'avoir un effet très important: elle peut inciter l'action au niveau fédéral. La relation de causalité est ici difficile à établir et compliquée à mesurer. Mais elle existe probablement, pour différentes raisons. Tout d'abord les mesures prises par les États servent de prototypes. Ensuite, contraintes de choisir entre des réglementations locales contradictoires et des réglementations fédérales préventives uniformes, les agences de réglementation préfèrent souvent les secondes (les normes fédérales d'efficacité énergétique pour les appareils électroménagers sont un bon exemple). Enfin, la réussite au niveau d'un État encouragera les partisans de la réglementation tout en les laissant insatisfaits car de plus amples mesures sont nécessaires.

Les organismes gouvernementaux

Le second débat structurel important autour du droit de l'environnement aux États-Unis touche à la question de savoir quelle *partie* du gouvernement doit élaborer la loi. Les assemblées législatives promettent un mandat démocratique et une légitimité politique; les organismes gouvernementaux promettent expertise et flexibilité; les tribunaux promettent la neutralité et le respect de l'État de droit.

Les tribunaux

Les tribunaux ont deux fonctions centrales. Premièrement, ils traitent des conflits liés à l'environnement. Deuxièmement, ils surveillent l'action des organismes gouvernementaux dans les procès intentés par les entités réglementées, par les citoyens individuels et par les ONG.

En ce qui concerne la première fonction, la tradition du droit cou-

8. Jonathan B. Wiener, «Think Globally, Act Globally: The Limits of Local Climate Policies», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, n°6, 2007.

tumier anglo-américain est ouverte à l'idée d'une loi faite par les juges et s'est historiquement tournée vers les tribunaux, qui appliquent les principes du droit coutumier, pour traiter ce que nous appelons aujourd'hui les « questions d'environnement ». Comme mentionné auparavant, le système de droit coutumier (caractérisé par des tribunaux appliquant la loi faite par les juges dans des jugements *ex post*) a été en grande partie supplanté par un système réglementaire (caractérisé par un organisme agissant sous mandat législatif et imposant des exigences *ex ante*). Mais un courant de pensée qui exerce une certaine influence explique que les mesures fondées sur le droit coutumier sont une composante nécessaire, et peut-être même suffisante, du droit de l'environnement moderne.

Des efforts intéressants, mais infructueux jusqu'ici, ont été développés pour utiliser les tribunaux dans la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, à travers des « plaintes de nuisance ». Celles-ci s'appuient sur l'idée que l'accusé a empiété de façon déraisonnable sur le droit du propriétaire à jouir de son bien (« nuisance privée ») ou sur un droit de jouissance appartenant au peuple en général (« nuisance publique »). La pollution a toujours été potentiellement passible de poursuites selon la loi sur les nuisances. Cependant, la détermination des types de conduite qui représentent une nuisance reste notoirement vague et impossible à quantifier. Celle des niveaux acceptables de pollution est en grande partie laissée aux tribunaux. Les demandes d'indemnisation liées à la nuisance publique viennent en général de plaignants gouvernementaux. La question se pose donc de savoir si les émissions de gaz à effet de serre et le réchauffement climatique pourraient être invoqués pour soutenir de telles actions.

Par exemple, dans l'arrêt *Connecticut v. American Electric Power*, huit États et la ville de New York ont intenté un procès à cinq entreprises qui, ensemble, produisent environ 25 % des émissions de gaz à effet de serre du secteur d'énergie électrique des États-Unis⁹. Les plaignants affirmaient que les émissions des accusés contribuaient au réchauffement de la planète, qui cause ou causera des dommages irréparables à la propriété, la santé, la sécurité et le bien-être des résidents. Les plaignants cherchaient à obtenir des autorités judiciaires qu'elles imposent un plafonnement des émissions de CO₂ des entreprises concernées. Dans un arrêt similaire, *State of California v. General Motors Corp.*, l'État de Californie a poursuivi General Motors, Ford,

9. 406 F. Supp. 2d 265 (SDNY 2005).

Chrysler, Honda, Toyota et Nissan, alléguant que les émissions provenant des véhicules que ces entreprises fabriquent représentaient plus de 20 % des émissions de CO₂ aux États-Unis et constituaient une nuisance¹⁰. Dans ce cas, les plaignants ont réclamé des dommages et intérêts plutôt qu'une mesure injonctive.

96 Dans ces deux cas, les juges ont rejeté les plaintes sans même considérer le fond de la cause. Ils ont tous les deux invoqué la prétendue « doctrine des questions politiques ». Ils ont émis des doutes sur la capacité du judiciaire à émettre les jugements politiques adéquats et se sont montrés réticents à critiquer la décision de l'administration Bush, et peut-être aussi du Congrès, consistant à ne *rien* faire. Enfin, ces juges ont exprimé leurs préoccupations à propos des implications de la question pour la politique étrangère. En bref, se voyant offrir l'opportunité d'imposer directement des restrictions ou des dommages pour l'émission de gaz à effet de serre, les juges ont décliné l'invitation et ont insisté sur le fait qu'il revenait à d'autres instances de prendre ces décisions. Étant donné la complexité de la question du changement climatique, la multitude de sources étroitement liées qui y contribuent et les jugements techniques nécessaires pour évaluer de possibles limites aux émissions et des technologies alternatives, on ne peut s'empêcher de comprendre en partie l'attitude des juges.

Le rôle le plus important des tribunaux dans le domaine du droit environnemental est de contrôler les organismes gouvernementaux en général et l'Agence de protection de l'environnement en particulier. En règle générale, les décisions de ces organismes peuvent être révisées par les tribunaux. Le tribunal peut rejeter une action jugée anti-constitutionnelle, en contradiction avec la loi en vigueur, déficiente du point de vue procédurier, ou « arbitraire, fantaisiste ou représentant un abus du pouvoir discrétionnaire ». Les décisions les plus importantes de l'Agence de protection de l'environnement sont contestées devant les tribunaux, et souvent les attaques viennent des deux parties concernées : de l'entité réglementée qui la trouve trop stricte et des bénéficiaires de la réglementation qui la jugent trop souple. De

10. 2007 US Dist. LEXIS 68547 (n° CO6-05755 MJJ), 17 septembre 2007. Une troisième poursuite pour nuisance a été entreprise récemment par un village Eskimo de quatre cents personnes situé sur une île d'Alaska contre neuf compagnies pétrolières, quatorze centrales électriques et une compagnie minière. La plainte *Village of Kivakina c. ExxonMobil Corp*, n° CV 08-1138 (ND Cal. 2008), allègue que la hausse de la température a affecté l'épaisseur, l'étendue et la durée de la mer de glace qui longe la côte de Kivakina, ce qui risque d'obliger tout le village à plier bagage, pour un coût estimé à 100 millions de dollars.

nombreux tribunaux ont affirmé avec énergie leur autorité concernant l'interprétation des mesures gouvernementales et la détermination de la nature arbitraire de l'action de l'agence. En même temps, on lit aussi fréquemment des déclarations virulentes affirmant que les tribunaux doivent se montrer plein de déférence envers les décisions de l'agence, en particulier à cause de l'avantage qu'elle possède en terme d'expertise technique et de responsabilité démocratique¹¹.

Enfin, les tribunaux représentent une tribune essentielle pour l'action citoyenne. La plupart des lois environnementales fédérales autorisent des « actions judiciaires citoyennes » – des actions contre des entités privées accusées de violer une loi particulière, ou contre un organisme gouvernemental qui aurait omis une action exigée par la loi (par exemple, l'imposition d'une réglementation). En outre, comme nous le verrons plus loin, les citoyens individuels ou les ONG peuvent obtenir un contrôle de constitutionnalité des actions de l'agence. Même si le débat se poursuit à propos du droit de certains plaignants à s'adresser aux tribunaux, ceux-ci sont, dans l'ensemble, assez accueillants à l'égard des plaintes des citoyens et des ONG, et les contentieux déclenchés par ces plaignants ont contribué de façon significative à l'élaboration du droit de l'environnement.

97

Les agences gouvernementales et le Congrès

Un lieu commun concernant le Congrès et les agences gouvernementales affirme que le premier évite les décisions ardues et délègue un pouvoir de décision étendu aux secondes sous couvert d'un mandat aussi vaste que vague. Cela est souvent vrai pour les lois sur l'environnement, bien qu'on puisse trouver de nombreux contre-exemples. Il est impossible d'aborder ici la question de savoir dans quelle mesure le Congrès devrait, ou doit, selon la Constitution prendre les décisions politiques fondamentales. Les débats concernant le changement climatique n'ont pas permis de clarifier la question, car ni le Congrès ni l'Agence de protection de l'environnement ne se sont montrés très offensifs. Ainsi les limites maximales du pouvoir de l'agence n'ont pas été testées. La question a plutôt été de savoir si l'Agence de protection de l'environnement a rempli ses obligations minimales déterminées par la loi, notamment la loi sur la qualité de l'air.

11. L'arrêt le plus souvent cité à ce propos est *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 US 837 (1984), qui s'appuie sur la loi sur la qualité de l'air et représente une claire affirmation de la nécessité pour le judiciaire de respecter le pouvoir de décision des agences gouvernementales.

98 Le récent arrêt *Massachusetts v. EPA* illustre très bien le jeu compliqué qui se joue entre le Congrès, l'agence (et les tribunaux) à propos de la réglementation des gaz à effet de serre¹². La loi sur la qualité de l'air exige du directeur de l'agence qu'il réglemente la pollution de l'air produite par les automobiles dont il peut raisonnablement penser qu'elle va mettre en danger la santé ou l'intérêt publics. Une ONG a introduit un recours pour que le directeur exerce cette autorité afin de limiter l'émission de gaz à effet de serre provenant des nouvelles automobiles. Le directeur a rejeté le recours, concluant que les gaz à effet de serre n'étaient pas des « polluants de l'air » dans le sens de la loi, que le contrôle des émissions des nouvelles voitures n'était pas la manière la plus fructueuse de procéder, même s'il avait autorité à le faire. Il a, en outre, refusé d'aller à l'encontre de la politique du président. Chacun des aspects de sa justification a été rejeté par la Cour suprême, qui a renvoyé l'affaire à l'Agence de protection de l'environnement pour qu'elle détermine de façon formelle s'il est raisonnablement possible d'estimer si les émissions de gaz à effet de serre peuvent mettre en danger la santé ou l'intérêt publics. L'agence va certainement esquiver cette requête jusqu'à la prochaine administration, mais l'arrêt est cependant d'une très grande importance. On notera la latitude, qui n'est cependant pas illimitée, accordée à l'agence par le Congrès, le rôle essentiel joué par la Cour suprême dans une poursuite engagée par une ONG afin de contraindre l'agence à l'action, et le conflit entre le mandat législatif et les choix du président.

LES PRINCIPES RÉGLEMENTAIRES

L'analyse de rentabilité

Les premières lois fédérales concernant l'environnement promettaient un environnement « propre » quel qu'en soit le prix. La loi sur la qualité de l'air de 1970 demandait à l'Agence de protection de l'environnement d'établir des normes de qualité de l'air ambiant au niveau « requis pour protéger la santé publique », avec « une marge adéquate de sécurité », indépendamment des coûts de mise en œuvre. Cette exigence demeure, après avoir résisté à une attaque devant les tribunaux et à de nombreux efforts visant à amender la loi (en dépit de ce que dit cette loi, l'agence fait très attention aux coûts, et des études indiquent que les bénéfices découlant des normes de qualité de l'air ambiant dépass-

12. 549 US 497 (2007).

sent largement leurs coûts). Les premières lois déterminaient, pour leur part, la rigueur des contrôles à la lumière de la technologie disponible. Elles ne demandaient pas si un environnement « propre » ou le recours à des technologies avancées justifiaient les coûts.

À partir des années quatre-vingt cependant, les législateurs ont eu de plus en plus recours aux analyses de rentabilité. Le principal facteur qui a déterminé cette tendance est un décret présidentiel de Ronald Reagan exigeant des organismes gouvernementaux qu'ils préparent des analyses de rentabilité pour les réglementations les plus importantes, et celles-ci devaient être ensuite examinées par le Bureau de la gestion et du budget (*Office of Management and Budget*). Les successeurs de Reagan, démocrates comme républicains, ont maintenu cette exigence, avec quelques modifications mineures. En général, les présidents et les agences se sont montrés plus attachés aux analyses de rentabilité que le Congrès. Des initiatives législatives visant à faire adopter des lois de réforme des réglementations qui auraient imposé des analyses de rentabilité généralisées ont échoué. En conséquence, l'exigence d'analyses de rentabilité imposée par l'exécutif est, dans une certaine mesure, en tension avec les lois au service desquelles elle est utilisée.

99

L'idée derrière l'analyse de rentabilité est assez simple et difficile à contester : la protection de l'environnement (ou toute autre mesure) ne devrait pas coûter plus qu'elle ne rapporte¹³. Les ressources sont limitées ; il existe des exigences conflictuelles ; nous devrions agir pour améliorer le monde et non le détériorer.

Les détracteurs des analyses de rentabilité, et ils sont nombreux, avancent plusieurs objections. Beaucoup rejettent purement et simplement toute tentative de monétarisation de la santé et des valeurs environnementales et nient que l'on puisse attacher un prix à celles-ci, l'idée étant que les gens ont un droit moral à un environnement propre, indépendamment des coûts. Une seconde critique éthique plus limitée est que le but implicite de l'analyse de rentabilité – un gain d'efficacité selon le critère de Kaldor-Hicks et non selon le critère de Pareto – est erroné. La définition d'une amélioration appliquant le critère du bien-être social part du principe que les perdants peuvent recevoir compensation et la recevront peut-être, mais dans le monde réel ils ne l'ont jamais. En d'autres termes, l'action législative fondée sur les

13. Pour une synthèse utile, voir Matthew D. Adler et Eric A. Posner (dir.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

analyses de rentabilité est déficiente car elle ignore les impacts d'une mesure en terme de distribution. De plus, toute une série de critiques portent sur l'exactitude de l'analyse. Une analyse de rentabilité valide exige que tous les coûts et bénéfices soient monétarisés – en effet, le but est bien de réduire des valeurs par ailleurs incommensurables à une même unité de mesure. Cela est relativement facile à faire pour des produits qui sont vendus sur un marché. Par exemple, il est possible de mesurer le coût d'un équipement de contrôle de la pollution. Mais calculer la valeur d'une vie humaine (même d'une « vie statistique »), de la bonne santé, de ressources naturelles intactes ou des espèces en voie de disparition est extrêmement difficile. En conséquence, une analyse de rentabilité va souvent sous-estimer les bénéfices pour la santé et l'environnement du fait d'une comptabilisation incomplète.

100 Enfin, outre les incertitudes quantitatives, il existe de sérieux débats méthodologiques entre les praticiens de l'analyse de rentabilité. Pour en mentionner quelques-uns : dans quelle mesure doit-on escompter les dépenses et les bénéfices qui se produiront dans le futur ? Doit-on prendre en compte le nombre de vies sauvées ou le nombre d'années sauvées dans une vie ? Doit-on prendre en compte la qualité de la vie ?

L'application de l'analyse de rentabilité aux réglementations du réchauffement climatique illustre plusieurs de ces débats. Premièrement, les difficultés de quantification sont énormes. Deuxièmement, l'incapacité de l'analyse de rentabilité à prendre en compte les questions de distribution est particulièrement saillante ici. Le réchauffement de la planète va affecter différemment certains pays, populations, industries et individus. Ceux qui seront les plus frappés auront la plupart du temps le moins contribué au problème. L'analyse de rentabilité n'aide absolument pas à déterminer comment traiter cette variation. En fait, elle tend à masquer le problème. Troisièmement, le réchauffement de la planète pose avec une force particulière le problème du taux d'actualisation. Les efforts visant à contrôler le changement climatique impliquent toujours d'engager des dépenses sur le moment afin d'éviter des dommages à venir, et une grande partie des bénéfices ira aux générations futures. Avec un taux d'actualisation suffisamment élevé et une estimation assez distante dans le temps du jour où les bénéfices futurs se feront sentir, l'analyse de rentabilité peut recommander de ne rien faire du tout, même pour éviter un dommage grave (en effet, on peut honnêtement conclure que c'est précisément pour cela que si peu a été fait : les politiciens tendent à adopter un taux implicite très élevé d'ac-

tualisation en ce qui concerne les bénéfices futurs). Par ailleurs, si on ne laisse pas les pertes futures de côté, l'analyse de rentabilité justifiera des investissements de contrôle bien plus élevés que ceux qu'aucun pays n'est aujourd'hui disposé à engager.

Le principe de précaution

Le principe de précaution implique que, face à des menaces de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique ne sera pas avancée pour justifier le report (rentable ?) de mesures visant à empêcher la détérioration de l'environnement¹⁴. Il est communément accepté que le principe de précaution soit plus largement adopté à l'extérieur qu'à l'intérieur des États-Unis¹⁵. Les États-Unis sont signataires de la déclaration de Rio, qui inclut une version du principe de précaution. Mais, en général, les lois étasuniennes ne reflètent pas ce principe, du moins pas dans sa version forte. Une des difficultés de la discussion du principe de précaution est qu'il n'existe pas de consensus sur une définition précise de celui-ci; la version plus modérée ne fait guère problème, mais la controverse surgit autour des affirmations plus fortes, selon lesquelles le principe impose, aux yeux de certains, un surinvestissement dans des systèmes de protection coûteux pour des résultats improbables¹⁶.

101

Étant donné la prédilection des Américains pour les analyses de rentabilité, cela n'est guère surprenant. Il n'y a pas d'incompatibilité évidente entre l'analyse de rentabilité et le principe de précaution, mais ils sont en forte tension. Selon l'analyse de rentabilité, les régulateurs établissent la meilleure estimation possible des dommages et agissent en conséquence; c'est ainsi que les ressources sont allouées d'une façon performante et rentable. Le principe de précaution va nécessairement entraîner des mesures que l'analyse de rentabilité rejetterait comme étant des surinvestissements en matière de protection. Le droit de l'environnement américain régleme[n]te bien de façon *préventive*, dans une tentative *ex ante* d'éviter les dommages, et il le fait même en l'absence

14. Il n'existe pas de définition du principe de précaution faisant autorité. Celle utilisée ici est extraite de la déclaration de Rio. Voir United Nations Conference on Environment and Development, *Statement of Principles*, principe 15, 1992.

15. Cependant ce lieu commun semble être exagéré. Voir à ce propos James K. Hammit *et al.*, « Precautionary Regulation in Europe and the United States: A Comparative Analysis », *Risk Analysis*, vol. 25, n°5, 2005.

16. Une critique influente du principe de précaution: Cass R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

de certitude scientifique. En effet, un des éléments centraux du passage du modèle du droit coutumier, qui prévalait avant 1970, au modèle réglementaire qui prévaut depuis, a été l'approbation de réglementations préventives, sur la base de preuves insuffisantes, en opposition à la compensation *ex post* pour les dommages prouvés. Mais cela n'équivaut pas à s'appuyer sur le principe de précaution.

Quelle que soit la description générale de la situation, il est incontestable qu'à ce jour les États-Unis ont dans l'ensemble rejeté les enseignements du principe de précaution à propos du réchauffement climatique. La position du gouvernement fédéral a été de mettre l'accent sur l'incertitude scientifique, et de s'appuyer sur celle-ci pour ne *rien* faire. Et ceux qui ont préconisé une approche différente ont invoqué telle ou telle version du principe de précaution.

102

Les outils de réglementation

Les analystes de la politique environnementale parlent souvent de la « boîte à outils de réglementation » pour faire référence aux différents instruments disponibles. On trouve parmi ceux-ci les normes qui dictent la conception et la performance d'équipements particuliers; les « normes ambiantes »; la divulgation obligatoire d'informations (étiquetage, déclaration d'impact environnemental; publicité du volume total d'émissions); les accords coopératifs entre l'État et les pollueurs; les initiatives volontaires; la responsabilité pour dommages causés; le système d'échange de droits d'émission contingentés; les éco-taxes; les subventions pour les activités et les recherches favorables à l'environnement.

L'approche dominante aux États-Unis a été d'identifier les technologies disponibles les plus efficaces pour contrôler la pollution d'une catégorie d'équipement et ensuite de préconiser l'utilisation des équipements de ce type pour réduire la pollution au niveau permis grâce à ladite technologie. En général, une telle « norme de performance » est jugée préférable à une « norme de conception » qui imposerait l'utilisation d'une technologie spécifique. La première incite indirectement à rechercher des alternatives et des améliorations, alors que la seconde gèle le développement technologique. Même quand les normes n'ont pas été déterminées à partir de la technologie disponible, l'idée directrice était de « commander et contrôler », une expression qui est en général utilisée de façon péjorative. Une avalanche d'écrits critiquent cette approche prescriptive pour son inefficacité et sa rigidité, et affirment que l'on pourrait atteindre le même niveau ou des niveaux supérieurs de protection de l'environnement à des coûts bien plus bas en

s'appuyant sur des instruments économiques (l'échange de droits d'émission ou l'éco-taxe) et la divulgation des informations.

À deux exceptions notables, cette critique n'a pas réussi à transformer la politique environnementale elle-même¹⁷. Ces deux exceptions concernent un système d'échange de droits d'émission pour contrôler les précurseurs des pluies acides provenant des centrales électriques, inscrit dans les amendements de 1990 de la loi sur la qualité de l'air, et le fameux « Inventaire des rejets toxiques », établi en 1986, qui exige des entreprises qu'elles estiment et divulguent leur rejet total de substances toxiques chaque année, mais ne limite pas ces rejets. Ces deux mesures sont reconnues par tous comme des succès. Le système de contrôle des pluies acides a entraîné les réductions anticipées et cela à des coûts plus bas que prévus (et les coûts estimés étaient bien inférieurs à ce qu'ils auraient été sous l'ancien système). Les émissions de substances couvertes par l'Inventaire des rejets toxiques ont baissé environ de moitié, et même s'il est impossible de dire exactement quelle part de cette réduction est due à l'Inventaire, on s'accorde dans l'ensemble à voir dans l'obligation de divulguer les informations la cause principale de la réduction.

103

Malgré ces deux exceptions, le système américain de réglementation environnementale a fort peu évolué au cours de ses quarante ans d'existence.

Pourtant, la réglementation des émissions de gaz à effet de serre représenterait certainement une rupture majeure dans cette histoire. À tous les niveaux, les politiciens et législateurs américains adhèrent totalement au système d'échange de droits d'émission pour contrôler les gaz à effet de serre. La délégation des États-Unis fut à l'initiative des tentatives visant à inclure des mécanismes d'échange dans le protocole de Kyoto; les systèmes réglementaires en cours de développement dans les États sont tous fondés sur l'échange de droits d'émission; les propositions du Congrès pour limiter les gaz à effet de serre qui ont été sérieusement discutées contiennent toutes des mécanismes d'échange de droits d'émission. Cela n'est pas très surprenant car le plaidoyer en faveur des instruments économiques (soit l'échange de droits, soit l'éco-taxe) est le plus fort ici. Il existe des causes innombrables et très différentes au problème, ce qui implique des coûts de contrôle très diversifiés. La facture totale sera énorme et le problème des économies

17. Pour une vue d'ensemble critique, voir Richard B. Stewart, « A New Generation of Environmental Regulation? », *Capital University Law Review*, vol. 29, n°1, 2001.

de coûts sera donc central; parce que les gaz à effet de serre sont complètement mélangés au niveau de la planète, le principal inconvénient de ces systèmes, «le problème du point sensible», n'existe tout simplement pas. Il est inimaginable que la réglementation des gaz à effet de serre aux États-Unis, quand elle y sera introduite, ne comprenne pas d'incitations économiques.

104 Et il est pratiquement inimaginable qu'elle n'implique pas un système d'échange des droits d'émission contingentés. Les économistes américains sont pratiquement unanimes pour dire que l'éco-taxe serait préférable au système d'échange de droits d'émission. Cependant, elle est bien moins porteuse politiquement que le système d'échange. Tout indique qu'elle n'a aucune chance d'être introduite. Avec leur antipathie pour la solution fiscale, les États-Unis confirment une vérité bien connue: les Américains détestent les impôts. Cela amène les politiciens à les rejeter, ou tout du moins à les cacher. Il y a beaucoup d'impôts, bien sûr, et certains d'entre eux affectent les activités dommageables à l'environnement. Mais, pour des raisons politiques plutôt qu'économiques, le nombre de subventions ou de déductions fiscales pour les activités favorables à l'environnement est bien plus important que celui des impôts frappant les activités nuisibles, et très peu sont suffisamment élevées pour influencer les comportements de façon significative. Cependant, l'imposition d'une taxe carbone à tous les secteurs de l'économie ne semble tout simplement pas faisable.

Dans cet article j'ai, par nécessité, laissé beaucoup de questions de côté. J'espère tout de même avoir donné une idée des débats en cours autour du droit de l'environnement américain. Dans les années à venir, l'action ou l'inaction face au réchauffement de la planète déterminera l'issue de ces débats.

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR ISABELLE RICHEL

R É S U M É

Alors que le droit de l'environnement moderne des États-Unis approche de son quarantième anniversaire, il reste marqué par une série de débats fondamentaux. Ceux-ci ne concernent pas la question de la nécessité pour le gouvernement d'introduire des réglementations pour protéger l'environnement; un consensus existe à ce propos (avec l'exception notable du réchauffement de la planète). Mais la question de savoir quel niveau et quelle branche du gouvernement devraient imposer ces réglementations, sur la base de quels principes généraux et sous quelle forme suscite de profonds désaccords. Ces désaccords apparaissent clairement dans les débats actuels: faut-il réglementer les émissions de gaz à effet de serre et, le cas échéant, comment le faire ?

LE RÉCHAUFFEMENT
DE LA PLANÈTE
ET LES GÉNÉRATIONS FUTURES

107

Le sentiment que le changement climatique dû aux activités humaines doit être pris sérieusement en compte et appelle une réaction concertée ne cesse de croître dans tous les pays du monde. Même le candidat républicain à la succession de George Bush est, contrairement à ce dernier, favorable à l'imposition de limites à l'émission de gaz à effet de serre. Pourtant, un accord international susceptible de remplacer le protocole de Kyoto, première tentative guère concluante de s'attaquer au problème du changement climatique, ne semble pas pour demain étant donné les profonds désaccords entre les différents partenaires sur la question de savoir qui doit payer quelle portion des coûts. Je ne vais pas aborder ici ces problèmes de distribution équitable et efficace des coûts, mais plutôt tenter de répondre à la question suivante : pourquoi faut-il agir afin de mettre fin au réchauffement de la planète ? Certes, une telle question peut paraître futile, car, si les gens agissent dans ce sens, c'est qu'ils pensent avoir de bonnes raisons de le faire. Mais questionner l'évidence est l'objet de la philosophie et, en outre, agir contre le changement climatique engendré par les activités humaines ne semble pas une obligation évidente pour tout le monde. Enfin, élucider ces raisons peut nous permettre d'éviter des incompréhensions dans la formulation légale et politique d'une stratégie de protection de l'environnement, et de mieux appréhender les fondements d'un partage équitable des coûts.

La première étape de cette enquête consiste à se défaire de l'idée que l'intérêt personnel éclairé fournit à lui seul suffisamment de raisons pour s'attaquer au problème du réchauffement climatique et à recon-

naître que, si cette attitude doit aller au-delà d'une simple adaptation aux circonstances, elle ne peut résulter que d'une reconnaissance de nos obligations envers les générations futures. Dans un second temps j'examine les justifications concurrentes d'une telle obligation, essentiellement celles qui découlent de la théorie de la justice de John Rawls, pour finalement leur substituer comme motivation principale la notion de chaîne intergénérationnelle de parents attentionnés¹.

DÉFIS GLOBAUX ET GÉNÉRATIONS FUTURES

108 Commençons par donner une définition plus précise des problèmes dont il est ici question. Le réchauffement climatique résultant fort probablement des activités humaines (donc le changement climatique anthropique) affecte tous les aspects de la vie de l'humanité présente et future. Sa dynamique peut être déterminée avec un fort degré de probabilité pour la période allant jusqu'à la fin du siècle. Pour une période plus éloignée, les conséquences d'une croissance ultérieure de la température moyenne de l'atmosphère sont connues, mais elles ne peuvent être décrites avec le même degré de probabilité vu le peu de modèles à notre disposition permettant de prévoir l'évolution climatique.

Des décisions politiques sont nécessaires pour réduire les émissions de gaz à effet de serre (c'est ce qu'on appelle l'*atténuation* – *mitigation* en anglais – du réchauffement climatique) afin de ralentir la hausse de la température. Le facteur temps est extrêmement important ici : si elles sont différées, ces décisions politiques peuvent en fait arriver trop tard, dans la mesure où l'effet d'inertie sur le réchauffement climatique actuel peut, entre-temps, rendre ce dernier irréversible. Des mesures concernant ce que l'on désigne comme une simple *adaptation* de notre mode de vie individuel et collectif à un réchauffement climatique inchangé se montreront sans doute insuffisantes à long terme, et sont en outre tout à fait asymétriques puisqu'à la portée des seuls pays et citoyens aisés.

En tant que problème politique et moral, le réchauffement de la planète est un *défi global*, c'est-à-dire une menace physique qui peut frapper gravement ou mortellement tout le monde sur terre et que l'on ne contrera avec quelque chance de succès que si la quasi-totalité des pays et des peuples de la planète agissent ensemble. Seules les armes nucléaires approchent de tels critères de définition, même si l'on tient compte des différences entre ces deux menaces qui, ensemble,

1. John Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, p. 328, § 44.

représentent la fin de la rationalité politique moderne et la transition vers une ère nouvelle et inconnue. Seules de telles menaces globales, ultimes et reconnues par tous, peuvent générer des forces susceptibles de rassembler l'humanité divisée et conflictuelle en une communauté qui ne soit pas fondée sur la bonne volonté, l'amour universel ou le dialogue persuasif, toutes choses ne permettant pas de créer une communauté *politique*. À l'aube de la modernité, Thomas Hobbes nous a enseigné que seules des menaces ultimes pouvaient contraindre des individus récalcitrants à s'engager dans le processus d'établissement d'un système politique, et nous nous demandons aujourd'hui si, et à quel point, les défis globaux actuels peuvent avoir un effet similaire parmi les États nations, certes affaiblis mais toujours incontournables. À un point qui n'est pas très éloigné semble-t-il, car cette perspective n'est guère plus qu'une éventualité qui doit faire face à deux obstacles : tout d'abord, établir un Léviathan entre des individus est plus facile

109

que de créer une volonté commune dans le monde des États; ensuite, dans notre période post-moderne, qui est assez différente de ce que les postmodernistes avaient imaginé, la peur n'a pas le même effet unificateur qu'à l'aube de la modernité. Par ailleurs, la communauté politique engendrée par les pressions dues aux défis globaux ne ressemblerait pas nécessairement au gouvernement mondial envisagé par tant de projets utopiques et cosmopolites. Mais pour la philosophie politique, le simple aperçu d'une telle opportunité fait des défis globaux un sujet digne d'un examen plus serré².

Tel est, présenté brièvement, le cadre de référence dans lequel se situe notre recherche sur les raisons d'agir contre le réchauffement climatique. Bien sûr, cette recherche de raisons d'agir d'une façon plutôt qu'une autre relève de l'éthique normative – sauf que l'on peut apporter une réponse satisfaisante à la question des justifications en prenant simplement notre intérêt en compte. Dans cette perspective, cependant, nous ne pourrions que justifier certaines mesures d'adaptation visant à protéger seulement nous-mêmes, nos enfants et les enfants de nos enfants et nous ne pourrions pas trouver de bonne raison de dépenser 1 % du PNB chaque année pour le bien des générations futures. Et cela même si, comme l'a suggéré le rapport Stern, rendu public en 2007 par le gouvernement du Royaume-Uni, nous comparons cette perte avec

2. Voir Furio Cerutti, *Global Challenges for Leviathan. A Political Philosophy of Nuclear Weapons and Global Warning*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield, 2007. Cet article s'appuie sur ce livre.

les pertes économiques que le changement climatique va infliger à l'humanité, dans la mesure où celles-ci affecteront les générations futures plus que les présentes³.

Depuis la publication en 1971 de l'ouvrage de John Rawls, *Théorie de la justice*, qui accorde deux paragraphes (44-45) à l'examen du problème de la justice entre les générations, cette question a acquis droit de citoyenneté en philosophie et a été discutée soit à un niveau élevé d'abstraction philosophique, principalement par Derek Parfit, dans son ouvrage de 1984, *Reasons and Persons*⁴, soit comme une question d'éthique appliquée, concernant les problèmes de l'alimentation, de l'énergie et, plus récemment, de la protection de l'environnement. Cependant, dans le contexte actuel, la *survie* – et non la justice – est la préoccupation première de la théorie morale et politique, car la continuation de la vie humaine (en cas de guerre nucléaire) et/ou de la civilisation humaine sous l'impact des deux défis globaux n'est pas garantie, alors que des penseurs aussi éloignés que Hegel, Marx et Rawls pouvaient la prendre pour acquise. À la fin de la modernité, nous sommes d'une certaine façon forcés de revenir à Hobbes. Mais la question de savoir de la survie de *qui* nous parlons introduit une différence fondamentale: la survie de l'individu égoïste de Hobbes soulève des problèmes et entraîne des conséquences assez différentes de celle de l'humanité et de la civilisation humaine.

Partant de l'idée que nous nous préoccupons désormais de garantir la survie et non d'impartir la justice sur la durée, l'argument en faveur des générations futures que nous recherchons doit faire le moins de postulats possible, sinon:

- il ne permettra pas de construire un *consensus* assez large entre les interlocuteurs contemporains ou futurs qui ne partagent pas notre philosophie de l'homme, de l'histoire et de la société;
- il risquera *fort probablement* de s'effondrer dès que de nouveaux développements ou de nouvelles découvertes scientifiques prouveront que certains de ces postulats sont faux.

Deuxièmement, nous avons besoin d'arguments suffisamment bien établis et raisonnables pour être transposés dans un *débat public* susceptible de soutenir une stratégie politique et de convaincre l'homme

3. Stern Review, *The Economics of Climate Change*, 2006. http://www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/stern_review_economics_climate_change/stern_review_report.cfm

4. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon, 1984.

ordinaire. Par exemple, dans la théorie de la justice de Rawls comme chez ses partisans, l'incertitude demeure quant à savoir si les partenaires dans la position originelle doivent être considérés comme *contemporains* – comme l'écrit Rawls⁵ –, ou si leur état contemporain ou non reste masqué par un voile d'ignorance, comme le suggèrent ceux qui souhaitent introduire le souci des générations futures dans le cadre initial de la théorie de la justice⁶. Qu'une théorie puisse produire des normes différentes selon les éléments alternatifs parmi lesquels on peut choisir est peut-être normal en philosophie post-métaphysique, mais cela ne rend pas cette théorie particulièrement apte à fournir des indications d'obligation explicites pouvant être traduites en mesures législatives. À cause de ces présuppositions changeantes, les interlocuteurs du débat public risquent d'avoir une impression d'arbitraire et non de validité universelle.

111

Ainsi, nous recherchons des raisons justifiant nos obligations envers les générations futures qui ne découlent pas de théories particulières de la moralité, ni de leurs valeurs et objectifs substantiels (tels que la justice distributive, la liberté et l'autonomie, le bien commun) et qui n'ont pas à partager leurs fondements (c'est-à-dire être acceptées ou refusées selon des présupposés sociaux ou idéologiques et plus tard être complètement rejetées ou oubliées).

Ces raisons doivent reconnaître sobrement leurs propres présuppositions (une anthropologie réduite à l'essentiel), formuler des objectifs minimalistes (la survie des générations présentes et futures, quel que soit le régime moral et politique qu'elles souhaitent choisir); en d'autres termes, elles doivent être *minces* plutôt qu'*épaisses*, mais aussi minces que solides.

COMMENT JUSTIFIER NOS OBLIGATIONS ENVERS LES GÉNÉRATIONS FUTURES ?

À la lumière de tels critères il n'est pas difficile de voir que les *théories téléologiques* de la « bonne vie » d'inspiration aristotélicienne de même que les théories communitariennes sont, dans l'objectif qui est le nôtre, trop lourdement chargées de présuppositions et de buts spécifiques.

5. Même s'ils ne savent pas à quelle génération ils appartiennent. John Rawls, *op. cit.*

6. Brian Barry et Robert Goodin selon le compte rendu de ce débat fourni par Andrew Dobson, *Justice and the Environment*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 119-121.

Si l'on se tourne vers l'approche normative, centrée sur l'action, on est tout d'abord confronté à des modèles déontologiques de justification. Cependant, une éthique déontologique kantienne devrait être réécrite afin d'y introduire les deux dimensions du temps et du risque qui sont obligatoirement absentes dans la version originale, dans la mesure où elles n'étaient ni réelles ni même imaginables à l'époque de Kant: le fait que l'humanité présente, et surtout future, est en danger, l'origine de ce danger venant de conséquences perverses inattendues de l'activité humaine. Les deux théories déontologiques dominantes dans la philosophie morale et politique actuelle restent, au moins partiellement sur le terrain de Kant: l'éthique du discours développée par Jürgen Habermas et Karl-Otto Appel et la théorie contractarienne de John Rawls. Du fait de son objectif même (rechercher le fondement de l'éthique dans la structure interne de la communication), la première ne s'intéresse pas au problème des conséquences inattendues de l'action, à la responsabilité, ni au futur, et semble faiblement équipée pour affronter des problèmes substantiels d'action collective sur la durée.

La *théorie contractarienne*, comme déjà mentionné, s'est intéressée très tôt au problème des futures générations, mais simplement dans la version considérant l'épargne juste que nous devons mettre de côté pour elles. Le problème peut être abordé sous deux formes. Tout d'abord, comme un contrat entre générations, comme si l'on pouvait reformuler sous forme de contrat l'idée de Burke d'un partenariat entre les générations passées, présentes et futures qui rendrait seulement possible de réaliser les objectifs du partenariat⁷; mais ceci peut s'entendre au mieux métaphoriquement et est en fait exclu par une série de facteurs. Les partenaires de la position originelle sont des individus, non des générations, et le voile d'ignorance cache la génération à laquelle ils appartiennent, mais pas le fait qu'ils appartiennent à la même génération. Les partenaires sont « des personnes libres et rationnelles désireuses de favoriser l'avancement de leurs propres intérêts⁸ » et la poursuite de leur avantage mutuel, ce qui, par définition, doit être exclu dans le cas de partenaires futurs dans la mesure où il ne peut y avoir de réciprocité entre eux et nous. Ils ne peuvent nous faire ni du bien ni du mal, sauf si nous consi-

7. Cité par Andrew Dobson, *ibid.*, p. 10. L'idée d'un contrat intergénérationnel est la mieux expliquée par ses critiques les plus sévères (de-Shalit) ou modérés (Laslett et Fishkin). Voir Avner de-Shalit, *Why Posterity Matters*, Londres, Routledge, 1995; Peter Laslett et James Fishkin (dir.), *Justice Between Age Groups and Generations*, New Haven, Yale University Press, 1992.

8. John Rawls, *op. cit.*, p. 37.

dérons des biens idéaux, comme la bonne ou la mauvaise réputation, que la postérité peut attacher au souvenir qu'elle a de nous. Mais nous pouvons simplement espérer ou craindre ceci, dans la mesure où un accord contraignant avec des personnes n'existant pas encore est unimaginable. De même, dans le cas de l'humanité, la circonstance supplémentaire avancée par Rawls pour expliquer notre relation avec les générations futures, à savoir qu'il faut « concevoir la vie d'un peuple comme un système de coopération tout au long du devenir historique⁹ », ne peut s'appliquer car l'humanité, étant fondamentalement divisée en peuples, ne peut être conçue comme un seul peuple, ni sa vie, qui peut se terminer en catastrophe, comme un système de coopération. La coopération et l'intégration politique au sein de l'humanité doivent être créées et défendues car elles ne sont en rien intrinsèques à la notion d'humanité.

Rawls lui-même ne voyait pas l'obligation envers les générations futures comme le résultat d'un contrat établi avec celles-ci – même pas d'une obligation envers nos descendants immédiats¹⁰ –, mais comme la conséquence limitée du contrat social entre contemporains. La perspective même d'une société juste exige que « chaque génération doive [...] aussi mettre de côté [en appliquant le principe de différence dans le temps] à chaque période une quantité suffisante de capital réel accumulé¹¹ ».

Nos obligations envers les générations futures qui, dans *Théorie de la justice*, sont définies en terme d'épargne équitable en leur faveur, pourraient bien être comprises comme incluant le fait de leur donner la chance de naître et de préserver la terre dans un état accueillant, soit avec « encore assez et aussi bonne¹² » – même si Rawls ne l'exprime jamais de façon explicite, ce qui fait de cette interprétation une conjecture et soulève aussi le problème du méta-impératif que nous discuterons plus loin. Des avantages plus étendus leur reviendraient si, comme le proposent les critiques de Rawls mentionnés plus haut, l'on change la situation de la position originelle, c'est-à-dire si l'on considère que les parties ne sont pas des contemporains. Dans le cadre de la version de Rawls du contractarisme, ces obligations peuvent être mieux défendues que dans le cadre de la métaphore d'un contrat intergénérationnel, mais pour ce faire nous devons d'abord accepter l'approche

9. *Ibid.*, p. 331.

10. *Ibid.*, p. 167.

11. *Ibid.*, p. 325.

12. John Locke, *Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, 1690, chap. 5, § 33. Cette expression est un *lieu commun* dans la littérature traitant de l'éthique écologique.

d'ensemble de Rawls, soit dans sa forme originale de 1971, soit dans sa forme ultérieure des années 1990¹³, ce qui ferait du contractarianisme une approche trop « épaisse ».

114 Notre insatisfaction face aux théories normatives subsiste face à l'*utilitarianisme*. Le postulat selon lequel l'utilitarisme s'intéresse au plus grand bonheur possible des individus, indépendamment de quand et où ils vivent, est trop générique car, d'un côté, il met l'accent sur l'obligation d'œuvrer à la survie de l'humanité alors que, de l'autre, il peut mener à la « conclusion répugnante » si bien définie et critiquée par Parfit : un plus grand nombre de personnes sur la planète « menant des vies qui méritent à peine d'être vécues » vaut mieux qu'un nombre plus limité d'individus avec un haut niveau de vie, car la somme du bonheur est plus grande dans le premier cas que dans le second¹⁴. Comme si la moralité était la maximalisation numérique d'un bonheur impersonnel et désincarné. Ensuite, l'impératif utilitarien de maximiser le bien-être des générations à venir tend à ignorer un aspect du prétendu « problème identitaire », c'est-à-dire la possibilité que leurs préférences soient tout à fait différentes des nôtres. En conséquence, le contenu de nos obligations à leur égard, dans la mesure où il consisterait en la projection de nos préférences dans le futur, serait soit oppressif (nous surimposons notre conception du bien et du mal, de l'agréable et du désagréable à la postérité), soit inefficace (nous acceptons des sacrifices pour assurer le bonheur de la postérité et il se trouve que celle-ci n'est pas heureuse de ce que nous avons choisi de mettre de côté pour elle) ou les deux à la fois. C'est un problème qui touche toute intention ou obligation d'agir pour le bien-être de la postérité dont nous puissions tenir compte, et quelle que soit la justification que nous adoptons. Même l'hypothèse prudente de Rawls, selon laquelle il existe certains biens *sociaux* premiers, « c'est-à-dire que tout homme rationnel est supposé désirer, [tels que] les droits, les libertés, les possibilités offertes à l'individu et la richesse [plus le respect de soi-même]¹⁵ », peut s'avérer très datée, dans la mesure où la notion de ce qu'est un homme (ou une femme) rationnel peut changer, en particulier dans des périodes futures de révolutions technologiques (limitons-nous à mentionner ici

13. Cette remarque fait référence à *Political Liberalism* et *The Laws of the Peoples*, où cependant peu d'attention, voire aucune, n'est accordée aux problèmes des générations futures et une attention marginale l'est à la guerre nucléaire.

14. Derek Parfit, *op. cit.*, 4^e partie.

15. John Rawls, *op. cit.*, p. 93. Rawls mentionne également des biens élémentaires telles que la santé et la vigueur, l'intelligence et l'imagination.

la bio-ingénierie) qui sont censées influencer les fondements mêmes de la vie humaine telle qu'elle a existé jusqu'ici. Cependant, nous nous intéressons avant tout au bien fondamental *naturel* de vivre dans des conditions environnementales décentes, un bien qui ne peut évidemment être garanti que sous certaines conditions (de civilisation) et qui ne peut avoir un sens pour notre postérité que si certaines caractéristiques culturelles et anthropologiques essentielles de l'être humain sont préservées. Quelles sont ces caractéristiques ?

Dans un essai qui conserve toute son importance à plus d'un quart de siècle de distance, Gregory Kavka avait proposé une liste de caractéristiques qui rendent les êtres humains semblables au-delà de toute diversité culturelle et qui seront partagées par l'humanité future pour « de nombreuses générations » : « leur vulnérabilité à la souffrance physique et mentale et à la mort, leur capacité au plaisir (y compris le plaisir d'activités complexes et d'interaction avec les autres), leur conscience d'eux-mêmes, leur capacité à se fixer des buts à long terme et à agir afin de les réaliser, et leur aptitude à coopérer et s'identifier aux autres¹⁶ ». Je suggère de considérer ces caractéristiques comme un *équipement anthropologique de base* (ou des biens essentiels si l'on souhaite conserver le langage de Rawls) qui permet aux êtres humains – comme l'explique Kavka – d'établir des relations morales les uns avec les autres. Ici « moral » signifie simplement la capacité de comprendre et d'appliquer des règles de coexistence civilisée.

C'est dans le contexte de cette continuité anthropologique qu'il faut considérer la survivance des biens mentionnés plus haut comme représentant le contenu de notre éventuelle obligation envers les générations futures. Mais, tout d'abord, nous devons nous demander si de telles approches ont quelque chose à apprendre de leur confrontation avec de tels défis ? Les doctrines normatives de la moralité ont, comme nous l'avons vu, un rapport incertain, ou simplement implicite et général avec le problème des générations futures tel qu'il est défini par les défis globaux. Ceci est typique des doctrines morales (et plus généralement philosophiques) dont les présupposés traditionnellement cachés ont été mis en doute. Les systèmes normatifs ne peuvent ignorer l'émergence de menaces mortelles contre l'humanité produites par l'homme, car l'autodestruction de la race humaine et/ou de la civilisation démentirait l'hypothèse selon laquelle les êtres humains sont

16. Gregory Kavka, « The Futurity Problem », in Richard Sikora et Brian Barry, *Obligations to Future Generations*, Philadelphie, Temple University Press, 1978, p. 191.

capables d'agir moralement et valent la peine qu'on leur enseigne comment et pourquoi le faire. En conclusion, les théories normatives de la moralité semblent désormais avoir introduit comme un *impératif préliminaire* la règle: «fais de ton mieux pour que l'homme ne mette pas fin à la vie humaine et à la civilisation». Dans la mesure où cette norme concerne la condition qui, au départ, a rendu la moralité possible, il semble approprié de la définir comme un «méta-impératif», c'est-à-dire un impératif qui surgit avant toute autre norme particulière et dont l'absence rendrait toute autre norme ou règle caduque. Il vaut la peine de souligner que ce n'est pas l'évitement efficace des catastrophes globales, mais plutôt la formulation même du problème et la réponse qui lui est apportée par le «méta-impératif» qui peuvent renforcer la crédibilité des théories morales. Le scénario postmoderne des menaces globales exige la reformulation d'un agenda moral dans lequel elles seraient prises au sérieux.

LA CHAÎNE INTERGÉNÉRATIONNELLE ET SES IMPLICATIONS

Venons-en finalement à la question suivante: comment justifier les préoccupations et les sacrifices pour les générations futures, sans avoir recours à des systèmes de philosophie morale mais en nous appuyant plutôt sur des schémas d'obligation s'inspirant de notre vie quotidienne?

La confiance, la vulnérabilité et la responsabilité sont les trois mots clés à évaluer afin de déterminer si notre obligation d'offrir aux générations à venir des chances essentielles de vie «encore assez et aussi bonnes» que celles que nous avons trouvées sur la planète peut être liée à des schémas existants efficaces. La *confiance* est un élément informel fondamental du tissu relationnel de la société, un complément nécessaire des institutions formelles telles que la loi et le gouvernement¹⁷. Cependant nous considérons ici une relation de confiance particulière bien que séminale qui est à la fois biologique et culturelle: en donnant naissance à des enfants ou en approuvant de le faire (dans le cas de petits-enfants, de neveux et nièces, ou de défense des lois sociales en faveur de la famille), nous donnons à ceux-ci des raisons suffisantes

17. À propos de la confiance comme catégorie sociologique générale, voir Niklas Luhman, *Trust and Power*, New York, Wiley, 1979, et Diego Gambetta (dir.), *Trust*, New York, Blackwell, 1988.

de nous faire confiance et d'attendre de notre part une attitude attentionnée. Ce n'est pas là simplement un penchant psychologique, mais aussi une donnée légale (de la loi romaine jusqu'à la Convention des Nations unies sur les droits des enfants). En tant que croyance fondamentale et pratique sociale, cette attitude est partagée dans le monde entier, à travers toutes les cultures, et les infractions criminelles à son égard (parents infanticides, pédophiles criminels, trafiquants d'enfants) n'entament pas le caractère universel de cette relation de confiance¹⁸. La confiance est aussi considérée ici comme une relation unidirectionnelle : nous donnons à nos enfants un motif et un droit d'attendre de nous que nous leur accordions des possibilités de vivre sur la planète aussi bonnes que les nôtres, ou au moins décentes, et ils nous paieront probablement de retour par leur affection et leur attention (sociale, comme les retraites, et pas seulement psychologique). Mais leur obligation à notre égard est d'une nature beaucoup plus faible que la nôtre envers eux, dans la mesure où ils n'ont pas demandé à naître, alors que nous sommes la seule cause de leur venue au monde. Ce type de confiance n'est pas réciproque et est fortement asymétrique. La seule chose sur laquelle nous pouvons compter est qu'ils reproduiront avec leurs propres enfants la même relation de confiance que nous avons avec eux, que nos parents ont avec nous et que nos ancêtres avaient avec leurs enfants. Dans ce sens, la confiance et l'obligation sont reproductibles et sont en fait reproduites le long de la chaîne intergénérationnelle¹⁹. Cette *chaîne* représente simplement une hypothèse crédible à propos d'un fait moral pertinent, que nous tirons analytiquement de notre propre relation avec la génération suivante ; jusque-là aucun élément normatif ou déontique n'a été ajouté.

117

La chaîne est enrichie et renforcée par l'introduction d'un second élément, la *vulnérabilité*²⁰. Cet élément est essentiel pour toute obligation que nous contractons envers des personnes (ou peut-être des animaux) qui sont plus faibles que nous et dont les chances de survie

18. Des auteurs qui écrivent sur les questions morales ou légales, tels Pufendorf, Mills, Sidgwick et Hart, ont justifié de la même façon les obligations des parents et les droits des enfants. Voir Robert E. Goodin, *Protecting the Vulnerable*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985, p. 81-82. Je ne vais pas aborder dans cet article la notion de droits, je l'utilise ici dans un sens générique. Pour la notion de droits, voir Annette Baier, « For the Sake of Future Generations », in Tom Regan (dir.), *Earthbound. New Introductory Essays in Environmental Ethics*, New York, Random House, p. 214-246 ; ainsi que Avner de-Shalit, *op. cit.*

19. L'idée d'une chaîne (d'amour, pas de confiance et d'obligation) entre générations a été avancée par John Passmore, *Man's Responsibility for Nature*, Londres, Duckworth, 1974.

20. Mon attention pour cette notion est due à la lecture de Robert E. Goodin, *op. cit.*

(c'est-à-dire de vivre dans un environnement qui ne soit pas intolérablement oncogénique) dépendent au moins partiellement de nous. Les enfants nouveau-nés sont bien sûr l'exemple le plus important de vulnérabilité face aux autres, et c'est la raison qui nous pousse à renforcer nos obligations envers eux. Mais dans le cas de futures générations, même celles qui sont assez éloignées de nous, la vulnérabilité a trois caractéristiques supplémentaires. Premièrement, dans un monde de menaces globales, nous ne produisons pas seulement des enfants qui sont vulnérables à l'environnement, comme l'ont toujours été les rejets des êtres humains, mais nous les plaçons dans un environnement rendu extrêmement dangereux par nos entreprises, nos actions ou inactions²¹. Deuxièmement, si nous continuons à agir ainsi (en conservant des arsenaux nucléaires et en augmentant les émissions de gaz à effet de serre au lieu de les diminuer), nous acceptons de leur infliger encore plus de *vulnérabilité* que si nous nous contentions de mener des guerres conventionnelles ou de polluer la rivière d'à-côté comme l'ont fait les générations précédentes. Troisièmement, nous savons cela, nous disposons d'énormément d'informations et de prévisions crédibles à propos des conséquences de la guerre nucléaire ou de l'accroissement du réchauffement de la planète (vulnérabilité réfléchie).

Que l'on nous permette de souligner la nature de l'argumentation développée ici. En tant qu'observateurs nous regardons la reproduction probable d'une relation de confiance entre générations de parents, d'enfants ou de petits-enfants, nous prenons note du potentiel normatif (la transmission de la confiance, le respect des êtres vulnérables) inhérent à cette chaîne, mais sur la base de menaces apparues récemment nous expliquons que notre préoccupation, pour être efficace, doit s'étendre aux biens collectifs nécessaires à la survie de la postérité. Depuis 1945, et *a fortiori* depuis la découverte du réchauffement climatique dans les années 1970, nous savons que chaque génération de parents est la cause collective de dommages potentiels (armements nucléaires) ou réels (changement climatique) infligés à ses descendants immédiats, et qu'elle peut se montrer à la hauteur des obligations qu'elle contracte en faisant des enfants seulement si elle apprend à élargir son champ d'action de l'attention individuelle apportée à ses propres enfants et petits-enfants au niveau collectif et politique. Cela signifie que c'est seulement en rendant la planète sûre pour les enfants

21. «Nos» implique dans ce cas la génération présente et les générations antérieures, l'humanité passée et présente comme auteur de maux contre l'humanité future.

de toutes les autres générations à venir que l'attention individualisée prendra tout son sens. À cet égard, l'attention pour les générations futures d'habitants de la terre n'est pas seulement une question de moralité normative, car elle affecte aussi le *sens* de notre vie²².

Cependant, les choses ne sont pas simples au point que nous puissions nous fier à la signification et aux corollaires du simple fait que la chaîne générationnelle soit le garant de la protection des futures générations. Les gens peuvent comprendre qu'ils mettent la planète en danger en ne réduisant pas les émissions de gaz à effet de serre, mais ils savent aussi que cela n'aura des conséquences vraiment dramatiques que pour les générations très éloignées d'eux. Ils pensent donc qu'ils n'ont pas besoin de s'inquiéter excessivement pour eux-mêmes, leurs enfants et les enfants de leurs enfants, et ils ne se sentent pas tenus d'assumer les coûts nécessaires pour restructurer l'économie et réduire les émissions (« népotisme générationnel »). C'est en fait ce qui semble se produire pour la plupart des générations qui vivent au temps présent : elles se sont attaquées avec succès à la question de la protection de la couche d'ozone qui les menace de cancer de la peau, mais elles ont fait très peu, ou rien du tout, pour limiter les émissions de gaz à effet de serre dont les conséquences sont moins directes et identifiables.

119

À ce point, la simple projection de la parentalité attentionnée dans le futur s'avère être une base fondamentale, mais encore insuffisante pour fournir des racines solides aux obligations envers les générations à venir. Pour faire cela et contrer l'échappatoire népotiste face à cette préoccupation, il faut introduire un élément déontique. D'observateurs de la chaîne nous devons nous transformer en sujets actifs de la moralité, même si ce dont nous avons besoin est une moralité basique et non une philosophie élaborée. En fait, cela, à défaut d'autres éléments, devrait protéger mon argumentation contre les attaques de ceux qui y verraient une façon de transgresser l'interdiction de Hume de traduire un fait tel que la chaîne en une norme. Le nouvel élément doit être non seulement simple et clair, mais également aussi *transculturel* que possible, afin d'être accepté dans toutes les communautés politiques de pollueurs. Il doit exprimer le sens élémentaire d'équité entre êtres humains qui, dans la culture judéo-chrétienne a trouvé une expression précoce dans la Règle d'or dont je citerai la formulation donnée dans Luc (6,31) : « Ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le pour eux pareillement », même si la formulation négative de

22. Voir chap. 6, in Furio Cerutti, *Global Challenges for Leviathan*, op. cit.

l’Ancien Testament semble s’appliquer plus immédiatement au cas qui nous intéresse ici : « Ne fais à personne ce que tu n’aimerais pas subir » (Tobie 4,15). La nature transculturelle de cette règle est visible si l’on considère qu’elle trouve probablement son origine en Inde et est présente dans le confucianisme²³. Appliquée aux générations futures, elle perd tout élément de réciprocité *do ut des* – car nous serons tous morts quand la postérité recevra les avantages de notre conduite équitable – qui peut être attachée à la Règle d’or comme obligation entre contemporains. Le seul calcul intéressé que nous puissions avoir dans ce cas est idéal, dans le sens où nous visons à préserver notre identité morale en tant que parents, le sens même de la parentalité, en ne causant pas de dommages aux futurs parents.

120 Dans le contexte donné des problèmes, un sens élémentaire d’équité peut fonctionner à deux niveaux distincts ou aux deux en même temps. Soit nous supposons que chaque génération de parents considère comme son devoir d’éviter les actions ou inactions nuisibles susceptibles de créer sur la planète des conditions telles qu’il serait impossible pour les parents futurs de s’occuper de façon adéquate de leurs enfants, car les dégâts causés à la planète seraient devenus irréversibles. Soit notre sens de l’équité nous dicte de redresser le déséquilibre créé entre nous et les futures générations par les conséquences de nos actions qui ont accru la vulnérabilité de ces dernières. Si cet argument est convainquant, alors nous avons atteint notre but : expliquer notre obligation envers les générations futures de la façon la plus simple possible, en n’introduisant que l’argument déontique le plus élémentaire et le plus largement partagé entre les cultures, et en évitant toutes les théories de l’obligation plus substantielles et donc plus précaires.

Dans la mesure où elles rejaillissent sur nous, la confiance que nous appelons les autres à nous faire, de même que leur vulnérabilité accrue face à nos actions/inactions, fournissent un fondement à nos obligations envers eux et génèrent de la responsabilité à leur égard. La responsabilité implique que :

- nous sommes capables de causer certains effets et sommes conscients de ce lien de causalité ;
- nous estimons ces effets nuisibles et injustes pour les autres per-

23. La large diffusion transreligieuse de principes similaires à la Règle d’or a été démontrée dans la thèse de doctorat – inconnue mais utile – de Leonidas Philippidis, *Die « Goldene Regel » religionsgeschichtlich untersucht*, thèse de philosophie, Université de Leipzig, 1929. Un exemplaire se trouve à la BNF.

sonnes, car ils les privent de chances élémentaires de vie similaires aux nôtres;

– nous sommes libres de changer notre comportement et de tenter d'éviter ou d'atténuer ces effets.

On peut donc dire qu'assumer nos responsabilités envers les générations futures à propos des défis globaux est implicite dans le fait d'avoir des enfants ou d'aider d'autres personnes à en avoir, à condition que chacun considère sa relation aux futures générations de parents avec un minimum d'équité. En d'autres termes, la *responsabilité* présuppose l'existence d'acteurs moraux, c'est-à-dire d'acteurs dotés de structures minimales de moralité telles que la Règle d'or. Je ne discuterai pas ici la question de savoir quelle forme cette responsabilité devrait prendre et, en particulier, si le « principe de précaution » doit ou ne doit pas être considéré comme sa principale expression, car mon objectif principal est de trouver des fondements à une obligation envers les générations futures plutôt que d'expliquer comment celle-ci devrait s'appliquer. C'est la raison pour laquelle, outre le manque de place, je n'aborde pas les problèmes beaucoup plus compliqués de l'action, des politiques et des acteurs. Par exemple, si tous les êtres humains sont tous également destinataires d'une obligation morale, un tel « nous » n'existe pas préalablement en politique, car les gouvernants et les gouvernés, les élites et les gens ordinaires, les citoyens ou résidents à part entière et les sans-papiers sont séparés les uns des autres et ne sont aucunement responsables à égalité. Cet article doit donc laisser en suspens la question de savoir si et jusqu'où l'humanité peut devenir un acteur politique sous la pression des défis globaux.

121

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR ISABELLE RICHEL

R É S U M É

Alors que la question du réchauffement de la planète prend une importance croissante dans l'ordre du jour politique international, il est nécessaire d'ouvrir le débat sur les raisons pour lesquelles nous devrions agir à ce propos. Cet article suggère de rechercher ces raisons dans une dimension éthique plutôt que dans l'égoïsme éclairé. Cependant, à cause de leurs « lourdes » implications, les théories philosophiques semblent moins indiquées qu'une réflexion sur le sens de la chaîne intergénérationnelle reliant les parents qui s'occupent de leurs enfants à travers tout le spectre des générations.

LES VÉRITABLES LACUNES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Aborder le sujet des lacunes du droit de l'environnement conduit bien davantage à réfléchir sur son efficacité que sur son contenu. La question majeure est en effet celle de l'effectivité du droit existant, comme celle de son autorité par rapport aux autres droits, plus que de la nécessité de recourir à de nouvelles règles de droit. 123

Si l'on regarde le corpus, en y intégrant les textes que la France devrait avoir depuis longtemps transcrits du droit communautaire, mais qui sont – au moins de manière implicite – déjà dans notre droit, force est de constater que le droit de l'environnement est probablement un des domaines dans lesquels les textes se sont le plus développés au cours des trente dernières années (en 1995, Michel Barnier décomptait 130 lois et plus de 800 décrets touchant au droit de l'environnement et, en 1990, Alexandre Charles Kiss comptait, sur le même sujet, 35 000 textes sur la planète, et pas moins de 300 conventions internationales).

Qu'il s'agisse des éléments naturels, de la lutte contre les pollutions et les nuisances, de la gestion des risques, des activités dangereuses et aujourd'hui du climat, les textes se sont multipliés.

Et pourtant, le droit de l'environnement reste un droit largement inefficace, non pas par défaut de règles, mais plutôt par mauvais vouloir systématique de les appliquer et par une forme d'organisation plus ou moins volontaire de leur inefficacité : les débats autour de la Charte de l'environnement et l'autorité très relative que lui reconnaissent les tribunaux en sont la preuve.

Ce constat peut être observé tant au niveau national que, plus sévèrement encore, au niveau international.

AU NIVEAU NATIONAL

Faiblesses du droit

Sur le plan national, les faiblesses se manifestent dans des domaines extérieurs au droit de l'environnement *stricto sensu*, mais elles ont incontestablement une incidence sur l'efficacité de son application. Dans le droit de l'environnement lui-même, les faiblesses se manifestent dans les procédures de prises de décisions, les règles de responsabilité et les sanctions.

124 Tout d'abord, dans la mesure où le droit de l'environnement entre en conflit direct avec les intérêts économiques d'un certain nombre d'entreprises et de lobbies, tous les systèmes susceptibles d'entraver l'application de la loi et de permettre le développement d'échappatoires en tout genre sont mis en œuvre.

Les pressions économiques et financières, voire politiques, exercées sur le gouvernement français pour qu'il ne transpose pas les directives communautaires sont un des exemples les plus probants de ces pratiques à la limite du droit.

Qu'il s'agisse des marins-pêcheurs qui ont obtenu que les textes de 1976 sur les filets dérivants ne soient jamais transcrits, à telle enseigne que la France a été la première à être doublement condamnée en 2004, après deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), à des sanctions financières et à une astreinte; des agriculteurs qui ont obtenu que les textes sur les nitrates et autres pesticides n'entrent pas en vigueur; des industriels du déchet qui sont parvenus à ce que les textes sur l'incinération soient transcrits et appliqués avec un retard de dix ans, alors même que l'impact sanitaire est indéniable. Les exemples sont multiples et, lorsque les textes sont transcrits, ils le sont généralement *a minima*, de telle sorte que bien souvent la CJCE condamne encore la France, comme cela a été le cas, par exemple, pour la directive Seveso ou pour la transcription en droit interne de la première directive de 1990 sur les OGM (en attendant la seconde).

Mais le monde économique et financier n'est pas le seul à faire pression pour que ne soient pas appliquées ou mal appliquées les dispositions de droit communautaire lorsqu'elles visent à favoriser l'environnement ou encore le droit des administrés.

Ainsi, si la France a ratifié la convention internationale d'Aarhus, rédigée sous l'égide des Nations unies – ce qu'elle ne pouvait guère éviter dans la mesure où cette convention a été ratifiée au niveau com-

munautaire et est donc devenue un instrument de droit communautaire –, l'insuffisance dans l'application des règles reste patente: la France dispose aujourd'hui d'un des systèmes d'accès à l'information les plus restreints d'Europe, les exceptions au droit à l'information étant multiples et, surtout, trop souvent soumises au pouvoir discrétionnaire de l'administration. Par exemple, la France s'est découverte une vocation de meilleur défenseur du secret industriel des promoteurs d'OGM, allant jusqu'à se battre pour obtenir une modification de l'article 25 de la directive communautaire 2001-18, qui exclut l'application du secret industriel lorsqu'il s'agit d'études concernant la santé ou l'environnement.

Ainsi la France affirme-t-elle au niveau constitutionnel le principe de précaution, ce qui n'exclut en rien un tel comportement.

Sans doute est-ce aussi parce que le domaine de l'environnement, au sens large du terme, est l'un de ceux pour lesquels les pressions sont les plus fortes et les conflits d'intérêts les plus patents. En effet, l'environnement est directement touché par toutes les nouvelles technologies, soit qu'elles concernent directement l'environnement, soit qu'elles aient un impact environnemental et sanitaire potentiellement lourd.

125

Or la gestion des conflits d'intérêts reste, en France, dramatiquement faible, et singulièrement dans le domaine de l'expertise. La très récente loi sur les organismes génétiquement modifiés montre, du reste, la manière dont le législateur lui-même organise le conflit d'intérêts, permettant aux lobbies OGM de tenir le comité des biotechnologies, chargé lui-même d'évaluer les demandes d'autorisation...

Dans un autre domaine, la connaissance en matière environnementale reste dramatiquement faible, à tous les niveaux, par rapport à celle des pays voisins. Par exemple, la formation des magistrats sur les questions environnementales reste très insuffisante, ce qui explique que le droit pénal de l'environnement reste dramatiquement modeste (de l'ordre de 1 % des sanctions annuelles).

Il faut dire également que l'activisme de la chancellerie pour poursuivre les pollutions ne s'est pas particulièrement manifesté au cours des dernières années.

Quant aux magistrats de l'ordre administratif, davantage rompus aux questions environnementales, ils ne disposent, dans leur formation universitaire, d'aucun enseignement spécialisé, notamment au niveau scientifique, alors même que, de plus en plus, une bonne appréciation de la légalité des décisions administratives impliquerait une connaissance minimale dans ces domaines.

Ainsi, bien souvent, les sources d'ineffectivité du droit de l'environnement lui sont extérieures, mais ce constat n'épuise pas le sujet.

Tout d'abord, les procédures de prise de décisions restent, en France, imperméables à une meilleure appréhension des questions environnementales et sanitaires, qui restent très liées à une meilleure participation du public.

Or, en amont des décisions et, en particulier, au niveau des grands choix technologiques, la France reste quasiment étrangère aux conférences de *consensus*, même si, périodiquement, une ou deux conférences qui portent ce nom sont organisées. Elles n'ont, en réalité, de conférences de *consensus* que le nom, et les procédures, très embryonnaires et au cas par cas, n'ont strictement rien à voir avec la pratique danoise de ce type de conférences qui permettent un véritable débat de société sur de grandes questions technologiques qui intéressent tous les citoyens. Du reste, aucune procédure de cet ordre n'a été légalement ou réglementairement créée.

Les procédures de concertation sont nombreuses mais la réalité est que, dans la plus grande partie des cas, la volonté de faire réellement participer le public, pour recueillir ses observations afin de modifier le projet, manque. Dès lors, la procédure reste très formelle, une simple exposition et une réunion publique pouvant tenir lieu de procédure de concertation.

La procédure de débat public, qui a constitué un véritable progrès, dépend encore trop souvent de la volonté du président de la commission particulière quant à la réalité de la participation du public. Ainsi, un exemple récent montre que cette procédure peut parfaitement admettre des réunions publiques organisées sans aucun échange, c'est-à-dire avec une succession de monologues, permettant aux membres des associations de s'exprimer entre 1 heure et 3 heures... du matin.

Le pire réside bien évidemment dans des procédures d'enquêtes publiques totalement désuètes.

Comment peut-on expliquer, à l'ère d'Internet, qu'un dossier d'enquête publique ne puisse même pas être photocopié, *a fortiori* téléchargeable sur Internet, pour permettre au public de préparer ses observations ? Qu'il faille faire la queue dans une mairie pour consulter des dossiers souvent très volumineux, sans disposer du temps nécessaire pour le faire ? Mais aussi que, bien souvent, les commissaires enquêteurs interprètent leur mission comme devant expliquer le projet, voire convaincre les personnes, mais pas du tout recueillir, de manière

objective, leur avis ? En définitive, ces enquêtes publiques trompent les citoyens quant à leur objectif puisqu'il s'agit, en réalité, non pas de recevoir leurs avis pour en tenir compte mais de les informer et de permettre à un commissaire enquêteur, considéré comme tiers au débat, de pouvoir donner un avis, lequel peut être sans aucun rapport avec celui exprimé par le public.

En réalité, la procédure devrait être totalement revue, y compris les conditions d'inscription des commissaires enquêteurs sur les listes ; si certains d'entre eux sont, en effet, particulièrement rodés au mécanisme de l'enquête publique et à ce qu'elle représente, d'autres, souvent fonctionnaires en retraite de directions départementales de l'équipement ou de l'agriculture, gardent une vision très archaïque de cette procédure, qui semble davantage proche de l'enquête *de commodo et incommodo* du début du xx^e siècle que des grandes enquêtes publiques menées par les Anglo-Saxons.

127

Ainsi, les procédures de prises de décision restent très éloignées de ce que l'on pourrait souhaiter.

Cette situation est d'autant plus regrettable que les dossiers sont de plus en plus complexes et que les analyses des études d'impact, de sûreté et de sécurité, quand il s'agit des installations classées, sont bien évidemment des éléments importants, non pas tant sur un plan procédural que sur les questions de fond, pour apprécier si effectivement le projet a été bien pensé en termes d'environnement. Or qui mieux que le voisinage connaît précisément les particularités propres à une implantation et son historique : c'est donc bien en cela que son avis est particulièrement nécessaire.

On ajoutera à cet égard que les justifications, souvent très légères, voire totalement fantaisistes, des choix tant techniques que géographiques qui sont opérés, sont très rarement sanctionnées par le juge, alors même que la justification du choix retenu devrait être un des éléments de contrôle les plus importants de l'étude d'impact, puisqu'il s'agit précisément là de la justification de l'opération elle-même.

Au-delà, les recommandations de l'Agence européenne de l'environnement quant à la prise en compte de ce que l'on appelle les signaux faibles, s'agissant des risques émergents, sont particulièrement mal appliquées en France.

L'organisation et la faiblesse de la recherche publique associées à la faiblesse globale du mouvement associatif font que les citoyens français sont extrêmement mal armés pour pouvoir faire entendre leur voix dans la prise en considération des risques émergents.

L'exemple de la téléphonie mobile est criant. Malgré les critiques

qui ont été faites, jusqu'à celles formulées par son président, sur l'expertise menée par l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail (AFSSET), le poids des grands opérateurs a été tel que la législation française est l'une des plus laxistes d'Europe. Il a fallu attendre plusieurs années avant que des études, connues dans les pays voisins, puissent l'être en France et soient diffusées auprès du grand public, sans que la législation change pour autant. Cette situation s'est reproduite pour les particules fines du fait du lobby du diesel et, plus généralement, de la pollution atmosphérique dans les villes du fait du lobby automobile.

Or, les drames sanitaires que la France a connus, plus que d'autres pays européens, n'ont conduit à aucune remise en cause des systèmes et, si le principe de précaution est désormais inscrit dans la Constitution, cela ne signifie pas, loin de là, qu'il soit devenu une règle effectivement appliquée.

Des responsabilités difficiles à établir

Le second domaine d'inefficience du droit tient aux questions de responsabilité.

Tout d'abord, il n'existe pas aujourd'hui de délinquance écologique au sens propre du terme. En effet, lorsqu'il y a des infractions dans le domaine de l'environnement, et ce jusqu'à la transcription de la directive très récemment adoptée en deuxième lecture par le Parlement européen sur la responsabilité pénale, il s'agit le plus souvent de simples infractions administratives, c'est-à-dire de la méconnaissance d'autorisations administratives.

L'atteinte aux milieux *stricto sensu* n'est réprimée que lorsqu'elle porte sur l'eau et sur quelques espèces protégées. Dans tous les autres cas (air, sol, déchets, biodiversité), les dommages causés aux milieux ne font pas l'objet d'incriminations pénales. Ces atteintes concernent seulement, la plupart du temps, le non-respect de formalités administratives que les spécialistes dénomment « délits papiers ». Ainsi, soit il s'agit de dommages causés aux personnes, et c'est le droit pénal général qui s'applique, soit il s'agit de simples infractions administratives, et l'enjeu pénal est extrêmement faible.

Il n'en demeure pas moins que la voie pénale reste largement privilégiée pour tous les domaines qui touchent à l'impact de l'environnement sur la santé humaine, pour la bonne et simple raison qu'il est aujourd'hui quasiment impossible, en utilisant le droit civil, de parvenir à la réparation complète du dommage. En effet, les règles de charge de la preuve et

le coût de l'expertise rendent trop souvent impossible d'envisager d'utiliser la responsabilité civile pour réparer les dommages causés aux personnes et à l'environnement.

De plus, le droit pénal reste très faible en raison de l'extrême insuffisance des moyens alloués au pôle de santé environnement qui a été créé. Même si la création de ce pôle auprès du pôle financier est apparue comme un progrès incontestable, celui-ci a été progressivement privé de tous moyens et doté peu à peu de magistrats inexpérimentés dans ce domaine, de telle sorte que les affaires sont rarement rendues publiques et que, lorsqu'elles le sont, c'est avec un retard considérable. Ainsi, l'affaire du sang contaminé s'est soldée par peu de choses et celle de l'hormone de croissance, qui vient d'être jugée, remonte à près de dix ans. Que dire des affaires liées au nucléaire ou aux incinérateurs qui traduisent la volonté de l'État d'enterrer ces dossiers ? Il en va exactement de même de celles des incinérateurs à Gilly-sur-Isère, ou même à Maincy où le dossier, en instruction depuis cinq ans, n'a donné lieu à pratiquement aucun acte ; et, même lorsque l'on a la chance de tomber sur un magistrat compétent et doté de quelques moyens, les règles de charge de la preuve restent très difficiles à appliquer dans le domaine de la santé et de l'environnement.

129

De même qu'il est impossible d'apporter la preuve qu'un fumeur de cinq paquets par jour est mort d'un cancer du poumon lié à son tabagisme actif, il est *a fortiori* extrêmement difficile de prouver que le contact avec telle ou telle substance cancérigène est bien à l'origine du cancer qui a été développé, surtout lorsqu'il s'agit de substances mutagènes et reprotoxiques. Dès lors les victimes, pourtant fort nombreuses, sont embarquées dans des procédures qui durent des années, et ce sans que les preuves ne puissent jamais être administrées avec certitude.

Si l'on voulait, dans ce domaine, avancer de manière plus sérieuse, il serait indispensable de passer à une responsabilité objective dans un certain nombre de domaines en inversant la charge de la preuve. Enfin, il conviendrait d'ajouter à cet inventaire les faiblesses des sanctions, lorsqu'elles existent, et le difficile accès à la justice pour le monde associatif pour démontrer que les pollueurs sont assez peu menacés.

SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Absence d'une organisation mondiale de l'environnement

Si l'inefficacité en droit interne du droit de l'environnement paraît, pour partie au moins, établie, elle est constante en droit international.

De nombreux accords ont été passés dans le domaine de l'environnement, mais force est de constater que ceux-ci restent peu sanctionnés. Cette faiblesse originelle est d'abord liée à l'absence d'une organisation mondiale de l'environnement.

Certes, le Programme des Nations unies pour l'environnement existe, mais ce n'est qu'un programme, c'est-à-dire, en langage onusien, la plus modeste des institutions, à laquelle ont été systématiquement refusés tous les sujets importants, comme la biodiversité ou le changement climatique. Or ce programme, doté de très peu de moyens (160 millions de dollars), n'est en définitive qu'une des institutions chargées des questions environnementales, les organes de la convention sur le climat étant chargés des questions climatiques et la question de la biodiversité ayant été traitée par le *millenium assessment* au niveau de l'ONU elle-même. On pourrait ajouter la commission sur le développement durable au rang des institutions qui s'occupent d'environnement au sens large du terme, mais également pour partie l'Organisation mondiale de la santé ou la FAO.

Cependant, ces nombreuses organisations souffrent toutes, qu'elles soient organisations ou programmes, d'un défaut majeur: celui de ne pas être dotées, comme l'Organisation mondiale du commerce, d'un instrument de règlement des différends et des moyens de sanctionner les infractions commises aux conventions conclues. Dès lors, au niveau international, l'environnement reste un parent très pauvre puisqu'en définitive les manquements aux traités conclus ne sont quasiment pas sanctionnés.

Plus grave encore, l'OMC, qui, de plus en plus, est appelée à se prononcer sur des litiges opposant la libéralisation des échanges à la protection de la santé et de l'environnement, a largement tendance à privilégier les premières sur les secondes, arguant de ce qu'elle n'est pas chargée de sanctionner la protection de l'environnement ou celle de la santé. Dans ces conditions, les Accords multilatéraux de l'environnement (AME) ne sont même pas garantis dans leur applicabilité lorsqu'ils entrent en conflit avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce.

Tout cela explique la très grande fragilité du droit de l'environnement international. Sans organisation puissante, sans moyens de sanctionner les accords conclus et sans juridictions, le droit de l'environnement international est, en réalité, embryonnaire.

À ceci s'ajoute le fait que lorsque des conventions sont établies pour permettre une indemnisation objective des victimes, elles constituent, en réalité, des systèmes de réparation *a minima* des dommages.

Deux exemples peuvent en être donnés.

Le premier concerne la responsabilité civile dans le domaine nucléaire. La convention sur la responsabilité civile dans le domaine du nucléaire prévoit un système d'indemnisation à trois niveaux, le troisième niveau étant la garantie offerte par les États parties à la convention. Mais ce système, s'il permet une indemnisation des victimes sans qu'aucune faute n'ait à être recherchée contre l'exploitant à l'origine de l'accident, est une convention qui limite très sérieusement le montant des dommages, ceux-ci étant plafonnés.

Quant à la convention sur la responsabilité civile du fait des pollutions maritimes issues des hydrocarbures, c'est un outil mis en place à la demande des pétroliers et destiné à éviter que la responsabilité de ces derniers puisse jamais être mise en cause. En effet, le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOI), chargé d'indemniser les victimes jusqu'à un plafond déterminé, avait pour corollaire l'absence de capacité de mettre en cause la responsabilité des affréteurs, c'est-à-dire des pétroliers. Le système est simple, celui de la responsabilité objective du propriétaire du bateau qui lui-même, moyennant une somme modique, constitue un fonds de garantie permettant de limiter sa propre responsabilité, sauf faute intentionnelle.

131

Ce système, qui organise en réalité l'irresponsabilité d'un acteur principal de la chaîne, l'affréteur, voire le propriétaire, a eu des conséquences désastreuses en terme de pollution maritime.

Peut-être est-ce cette considération qui a conduit la CJCE, dans l'arrêt *Commune de Mesquer* du 24 juin 2008, à reconnaître que la législation déchets était applicable aux pollutions de mers par hydrocarbure, à considérer que le vendeur affréteur pouvait être responsable du nettoyage et, en conséquence, devait financièrement l'assumer pour autant qu'il ait eu une part dans l'accident lui-même ? Il s'agit là d'une grande révolution dans la mesure où la Cour de justice a ainsi fait prévaloir le principe pollueur payeur sur toute autre considération.

Quelles perspectives ?

Dans ces conditions, quelles perspectives faut-il favoriser ? Tout d'abord, au niveau international, une juridiction de l'environnement pourrait être chargée de deux missions :

- sanctionner les manquements des États et des industriels au respect des accords multilatéraux sur l'environnement ;

– poursuivre la délinquance écologique quand elle devient criminelle comme dans le cas d’Abidjan, par exemple¹.

Il conviendrait encore d’ouvrir aux grandes ONG le droit de saisir ces juridictions, et alors le droit pénal de l’environnement deviendrait effectif. L’idéal serait à la fois de disposer d’une Organisation des Nations unies de l’environnement (ONUEN) et d’un tribunal pénal international de l’environnement. Il serait alors nécessaire que des sanctions puissent exister au niveau international, ce qui entraînerait de profonds progrès.

132 En second lieu, les conditions dans lesquelles les pays membres appliquent le droit communautaire de l’environnement devraient être revues de telle sorte que les sanctions puissent intervenir beaucoup plus rapidement et beaucoup plus facilement. À cet égard, la possibilité pour le monde associatif de saisir la Cour de justice devrait être envisagée.

Au niveau interne, comme l’envisage le projet de loi Grenelle, il serait indispensable de changer profondément les règles de la gouvernance environnementale en France, en généralisant la reconnaissance d’une obligation d’informer, avec notamment un statut de protection des lanceurs d’alerte et la création d’un délit de rétention d’informations pour les questions mettant en danger la vie humaine.

L’expertise devrait être profondément remaniée de telle sorte que les conflits d’intérêts soient gérés et que l’on puisse mettre en place une procédure d’expertise contradictoire, pluraliste et pluridisciplinaire. De la même manière, il faudrait revoir les règles de la responsabilité afin que l’accès à la justice soit facilité, notamment par la mise en place de *class actions* et par l’évolution d’un certain nombre de règles de responsabilité, à commencer par la responsabilité des sociétés mères pour leurs filiales. Enfin, il serait indispensable, en matière de responsabilité, d’appliquer le plus souvent possible, voire dans tous les cas, les règles de droit commun et de généraliser le principe pollueur payeur.

En ce qui concerne le fond du droit, il serait plus que nécessaire que la France change radicalement sa manière d’appliquer le droit communautaire pour s’imprégner de sa logique et non pour le combattre dans le domaine de l’environnement.

Cela implique qu’une bonne gestion des questions environnementales pour l’équilibre global de la société et pour un développement

1. Abidjan: 6 000 personnes intoxiquées et 6 tuées par l’émanation de produits toxiques rejetées dans une décharge publique par un navire étranger, en août 2006.

économique responsable soit convenablement prise en compte. À cet égard, le développement d'une finance responsable, comme l'investissement socialement responsable (ISR) et la surface de référence énergétique (SRE), doit bien évidemment être mis en place.

Beaucoup de choses se jouent aujourd'hui sur la manière dont une société et plus précisément ses élites considèrent à un moment donné l'importance des questions environnementalo-sanitaires.

Compte tenu du poids désormais majeur que ces questions occupent en termes de développement économique et en termes de bien-être social, il est plus que temps que le droit de l'environnement devienne un droit efficient au plan national comme international.

133

R É S U M É

Les lacunes du droit de l'environnement tiennent moins à l'insuffisance des textes qu'à leur inefficience. Celle-ci résulte tant de leur inapplication que de leur source d'une faiblesse relative par rapport à d'autres branches du droit. Au niveau national, la multiplication des textes, source de pouvoir discrétionnaire et parfois arbitraire, l'inadaptation des procédures juridictionnelles au droit de l'environnement, les règles de charge de la preuve qui rendent la situation des victimes profondément inégalitaire et injuste, l'ambiguïté du rôle des pouvoirs publics font de ce droit un droit qui reste mineur dans ses branches pénale et civile, peu efficient dans sa branche administrative. Le droit de la responsabilité qui devrait être l'outil le plus efficace reste englué, sans incrimination pénale, avec de nombreux régimes dérogatoires du droit commun. Au niveau international, l'absence de gouvernance mondiale et de sanction juridictionnelle aux Accords multilatéraux de l'environnement rend ce droit encore très virtuel.

C H R O N I Q U E S

DÉMOCRATIE ET COLONIALISME DANS LE PACIFIQUE

137

La démocratie serait-elle le dernier avatar de la colonisation dans le Pacifique ? Un tel intitulé peut surprendre, voire choquer un lectorat européen-centré. Il est probablement provocateur dans toute enceinte universitaire ; est-il réellement dans les États et Territoires insulaires du Pacifique² dans lesquels les populations autochtones, récemment décolonisées³ ou espérant l'être bientôt, ont eu souvent comme préoccupation prioritaire de réaffirmer leur identité sociale et culturelle ? Leur organisation sociale, fortement hiérarchisée, est bien loin du principe « un homme, une voix ». Or les régimes politiques du Pacifique insulaire semblent se caractériser par deux grands traits :

- leur appartenance au modèle démocratique importé (imposé ?) par les puissances colonisatrices métropolitaines, même si pour certains États ce modèle peut apparaître quelque peu « tropicalisé » ;
- leur instabilité politique chronique.

La tentation est grande de chercher un lien de causalité entre ces deux éléments en posant assez brutalement les questions suivantes : l'organisation sociale insulaire s'est-elle suffisamment éloignée de ses modèles traditionnels pour intégrer aujourd'hui les mécanismes de la démocratie ? L'instabilité politique et institutionnelle d'aujourd'hui n'est-elle pas simplement la conséquence logique sinon du rejet, tout au moins de l'accoutumance délicate et périlleuse au greffon démocratique ? Quel avenir une telle situation peut-elle laisser présager ?

L'INSTABILITÉ POLITIQUE DU PACIFIQUE INSULAIRE

Qu'il s'agisse des micro-États insulaires ou des territoires encore sous responsabilité internationale d'une puissance métropolitaine, les dernières décennies

* Professeur des Universités (droit public).

2. Nous excluons, bien entendu, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, anciennes colonies de peuplement, dont la population, très majoritairement d'origine anglo-saxonne et donc européenne, n'est pas concernée par cette étude.

3. Le premier État insulaire du Pacifique est apparu sur la scène internationale en 1962 : il s'agit des Samoa occidentales, dont le nom est devenu en 1997 Samoa.

sont marquées par des soubresauts politiques parfois violents. Il n'y a pas vraiment d'exception: du Vanuatu au royaume de Tonga, de la Nouvelle-Calédonie à la Polynésie française en passant par les «royaumes» des îles Wallis-et-Futuna, toute la région du Pacifique insulaire souffre de graves malaises, allant parfois, comme aux Fidji, jusqu'au coup d'État militaire.

Il suffit de dresser un rapide inventaire des situations politiques agitées de ces vingt dernières années pour constater que le problème est réel tant en Mélanésie qu'en Polynésie.

138

Mélanésie

Dans la zone mélanésienne, le Vanuatu a connu une relative stabilité institutionnelle pendant les dix premières années ayant suivi son accession à la souveraineté. Mais, depuis, on ne compte plus les crises politiques qui, de motions de censure en renversements d'alliance et de gouvernement, découragent tout observateur extérieur d'en dresser un inventaire. Quelle meilleure illustration que ce passage du discours du ministre des Affaires étrangères en avril 2000: «Pour tout gouvernement qui se met en place aujourd'hui au Vanuatu, la question qui se pose immédiatement est: Comment retenir les députés du côté du gouver-

nement? Comment faire en sorte qu'un ou deux députés ne changent de camp pour renverser un gouvernement⁴? Ces changements nuisent au développement à cause de la confusion au sein de l'appareil gouvernemental et de l'absence de confiance des investisseurs locaux et étrangers⁵.»

Les îles Salomon et la Papouasie-Nouvelle-Guinée ne dérogent pas à la règle: la Papouasie-Nouvelle-Guinée est déchirée par des tentatives de sécession, dont la plus connue est celle de l'île de Bougainville⁶. Quant aux îles Salomon, elles ont connu, deux semaines après le coup d'État fidjien de mai 2000, quasiment le même scénario. Les élections suivantes n'ont pu ramener le calme et l'un des grands spécialistes du monde océanien, Darrell Tryon, est plus que fataliste: «La société traditionnelle salomonaise est structurée en micro-unités correspondant aux divisions linguistiques, excédant rarement les cinq cents personnes et dirigées par des *Big Men* ("parrains"). Il n'y a pas d'unité qui aille au-delà d'une île, voire en deçà. Rien de surprenant à ce que la notion de gouvernement national, de nation, y soit inconnue⁷.» La désignation du Premier ministre a provoqué en avril 2006 des émeutes sans précédent détruisant une partie du quartier chinois. Les rapports

4. Ce qui met cruellement en lumière l'absence de majorité politique dans un Parlement composé de cinquante-deux députés... La faute, entre autres, à un système électoral qui, tout en s'affirmant comme comprenant «une dose de proportionnelle», consiste en réalité en un scrutin majoritaire uninominal dans chacune des circonscriptions électorales.

5. Serge Vohor Rialuth, ministre des Affaires étrangères, discours d'ouverture du séminaire de l'Assemblée parlementaire de la francophonie, Port-Vila (Vanuatu), 17-19 avril 2000, sur le thème: «Démocratie et bonne gouvernance».

6. Guy Agniel, «La question de la sécession de Bougainville», *Revue générale de droit international public*, 1995, n° 95-1.

7. Darrell Tryon, «Guerre civile aux îles Salomon», in *Limes*, Villeurbanne, Golias, p. 136-139; et «Violence et coutume en Mélanésie insulaire», in Frédéric Angleviel (dir.), *Violences océaniques*, L'Harmattan, 2004, p. 47-60.

avec l'Australie se sont tendus courant septembre 2006 avec l'expulsion du Haut Commissaire australien. Le mandat de la RAMSI, qui a fêté le 25 juillet 2007 quatre années de présence aux îles Salomon, a été prorogé d'un an le 18 juillet 2007 par le Parlement.

Quant aux îles Fidji, elles ont été le théâtre de quatre coups d'État en vingt ans. Les tensions entre indigènes mélanésiens et population d'origine indienne en sont la cause. Ceux de 1987 aboutirent à la rédaction d'une Constitution à caractère racial, 37 sièges du Parlement sur 70 étant réservés aux Mélanésiens. Sous la pression internationale, une nouvelle Constitution a été adoptée en 1997, qui a atténué les dispositions précédentes. Mais, en mai 2000, tandis que les parlementaires de Suva célébraient le premier anniversaire des premières élections démocratiques en douze ans, des hommes armés ont pris d'assaut le Parlement au nom de la «suprématie des Fidjiens», celle du droit des Fidjiens à gouverner «leur» archipel. Très clairement, il était reproché à la sixième génération d'Indo-Fidjiens, arrivés à Fidji avec la colonisation britannique pour exploiter la canne à sucre, d'avoir mieux réussi que les Fidjiens de souche, des Mélanésiens. Arrêté puis condamné, leur meneur devait encore être indirectement à l'origine du quatrième coup d'État, orchestré sans effusion de sang par le chef d'état-major de l'armée fidjienne. Celui-ci, en conflit avec le gouvernement, exigeait de ce dernier qu'il

annule un projet de loi visant à amnistier certains auteurs du coup d'État de 2000. La situation restera relativement tendue jusqu'à la levée des mesures de l'état d'urgence, en octobre 2007, contrebalancée cependant par le refus de fixer une date déterminée pour de nouvelles élections.

On peut déjà relever un point commun : dans ces deux pays mélanésiens, dans l'un et l'autre cas, on retrouve des rivalités claniques, l'attachement à la terre et la peur de l'invasisseur : l'Indo-Fidjien à Fidji, le Malaitan à Guadalcanal.

Polynésie et Micronésie

Aux îles Cook et à Nauru, l'instabilité politique vient essentiellement d'une «valse» des gouvernements, mais sans que la situation ne prenne un aspect violent. À Nauru, État qui n'a pas su profiter de la manne financière que lui avait procurée l'exploitation des phosphates, l'instabilité paralyse le pays depuis les élections d'avril 2000. Rien qu'en 2003, quatre changements de président ont eu lieu et, en décembre 2007, le président nouvellement élu a été destitué.

En revanche le royaume de Tonga⁸ et les Samoa ont une vie politique plus agitée.

Dans le royaume de Tonga, en novembre 2006, le centre-ville de Nuku'alofa, la capitale, a été détruit à 80 % pendant des émeutes qui ont entraîné plus de 800 arrestations (pour 100 000 habitants, tous âges confondus!).

8. Le royaume de Tonga constitue une particularité dans l'histoire de la colonisation du Pacifique. Protectorat britannique à partir de 1900, le royaume a repris son indépendance en 1970, tout en restant dans le cadre du Commonwealth, et n'a sollicité (et obtenu) son intégration à l'ONU qu'en 1999. Son statut d'État protégé l'a amené à n'intégrer la Communauté du Pacifique qu'en 1983 ; les statuts de l'organisation régionale ne s'adressaient en effet qu'aux anciennes colonies *stricto sensu*.

Sous la pression de l'opposition, le gouvernement tonguien a accepté d'accélérer le processus de démocratisation, effectuant une révision complète des principes de sélection et de composition de l'assemblée législative du royaume polynésien. Jusqu'à présent, cette assemblée législative comptait 30 membres, dont 9 députés élus par le peuple au suffrage universel et 21 nobles choisis par le roi au sein des 33 familles aristocratiques du royaume. Le porte-parole du gouvernement a annoncé qu'un accord avait été conclu, au terme duquel l'assemblée législative issue des élections de 2008 sera composée « de 21 élus du peuple et de 9 nobles ».

Aux Samoa, le système parlementaire, monocaméral, est constitué d'une assemblée législative appelée également *grand fonu*. La Constitution de 1960 avait prévu que, sur les 49 parlementaires, 47 étaient désignés par consensus par les *matai* (chefs de famille), membres des *fonu* (assemblées) des 11 districts du pays, les deux autres étant élus au suffrage universel par les « non-Samoans » (Européens, métis, Chinois et quelques Salomonais) installés dans l'archipel de longue date.

Le système politique et social appuyé sur le pouvoir des *matai* allait rapidement se pervertir. En effet, la Constitution de 1960 avait reconnu le droit à tout *matai* de créer un autre titre de *matai* soit en faveur de l'un de ses parents, soit par adoption, à condition de donner au bénéficiaire une terre, le titre étant fondé avant tout sur du foncier. Très vite, ces

créations *ex nihilo* se multiplièrent, en particulier durant l'année précédant les élections au Parlement. En effet, seuls les *matai* pouvant voter, tout candidat à la législature avait tout intérêt à créer un maximum de titres pour accroître son électorat, organisant *de facto* un système fondé sur le clientélisme et le marchandage politique. L'archipel compte aujourd'hui un peu plus de 25 000 *matai*, dont 5 % de femmes.

Après les élections générales de 1988, le parti au pouvoir décida de proposer par référendum une réforme de la loi électorale en généralisant le suffrage universel à l'ensemble de la population adulte de plus de vingt et un ans, tout en conservant le système de double scrutin et le monopole des *matai* quant à la possibilité de se présenter aux élections. L'opposition, quant à elle, a estimé qu'un tel changement risquait d'altérer le *fa'a samoa*, le mode de vie traditionnel; mais elle fut battue à une large majorité.

Le Pacifique français

L'instabilité politique est loin d'être absente de la vie institutionnelle des trois anciens territoires d'outre-mer (TOM) du Pacifique⁹. Pour la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, la revendication de souveraineté et de reconnaissance identitaire crée des tensions politiques auxquelles, pendant plus de trente ans, la République n'a opposé que des réformes institutionnelles inspirées de la décentralisation administrative. Il aura en effet fallu attendre l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 pour que la dimension identitaire et la revendication de souveraineté

9. Les TOM ne sont plus, depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 : la Polynésie française, ainsi que les îles Wallis-et-Futuna sont devenues des collectivités d'outre-mer (COM), tandis que la Nouvelle-Calédonie constitue à elle seule une catégorie particulière de collectivité, faisant l'objet de l'article 77 de la Constitution, régie par la loi organique du 19 mars 1999.

soient clairement intégrées. Quant aux îles Wallis-et-Futuna, l'omniprésence de la règle coutumière, appliquée par les trois « royautes » locales, y met souvent en échec la loi républicaine¹⁰.

Ainsi, en Polynésie française, un sommet a été atteint en 2008 lorsque, malgré une réforme du mode de scrutin, une coalition de circonstance a rejeté dans l'opposition le vainqueur consacré par le suffrage universel... lequel est revenu au pouvoir six semaines plus tard, à la suite d'une nouvelle motion de censure!

En Nouvelle-Calédonie, les nouvelles institutions issues de la loi organique de mars 1999 ont déjà connu, en l'espace de deux mandatures, six gouvernements différents, sur fond de clivage entre les partisans de l'indépendance et le camp, très divisé, des tenants d'une Nouvelle-Calédonie dans la mouvance française.

Enfin, à Wallis-et-Futuna, être membre de la famille royale est un statut très avantageux puisque, pour se soustraire à une condamnation pénale, il suffit de demander protection au monarque local dont l'autorité prime, dans les faits, sur celle de la chose jugée.

Ce rapide survol des désordres institutionnels illustre bien le dilemme des îles du Pacifique, tiraillées entre leur identité coutumière et les prétendus principes incontournables du monde moderne.

L'exigence de démocratie est naturelle à notre pensée euro-péo-centrée. Mais, pour les entités insulaires du Pacifique, le tout-démocratie, tout de suite et à tout prix, est-il envisageable? La protestation démocratique des régimes insulaires ne pourrait être qu'un mythe, dans le sens où l'entend Lévi-Strauss: son objectif n'est que de fournir un modèle logique pour résoudre une contradiction, celle qui existe entre l'organisation du pouvoir dans les sociétés originelles et le label démocratique exigé par les canons du monde occidental¹¹.

L'INADÉQUATION ENTRE DÉMOCRATIE MODERNE ET NOUVELLES SOUVERAINETÉS INSULAIRES

141

Il est malheureusement habituel d'oublier que la forme classique de l'État moderne est née depuis bientôt cinq siècles, alors que les souverainetés dont il est question ici ont moins d'un demi-siècle d'existence. Il faut savoir laisser du temps au temps car le « bon sauvage » du Pacifique ignorait de toute évidence les délices de la démocratie avant qu'elle n'investisse la région dans le sillage de la colonisation.

Lorsque cette dernière a pris fin, le phénomène de mimétisme a voulu que les nouvelles souverainetés insulaires, soucieuses d'être reconnues sur le plan international, adoptent le modèle communément accepté comme étant le cri-

10. Il y est fait souvent référence à un « code coutumier » recensant les coutumes applicables. L'observateur attentif sera intrigué par des interdits dont l'origine semble peu indigène. Ainsi, l'interdiction de se livrer à une activité... le dimanche! S'il poursuit ses investigations, il découvrira rapidement qu'il s'agit d'un recueil de règles rédigées par un ecclésiastique, Mgr Bataillon, qui aura ainsi réussi le tour de force de transformer des préceptes catholiques en règles coutumières, s'appuyant un peu sur celles-ci pour donner force authentique à nombre de ceux-là...

11. « L'objet du mythe est de fournir un modèle logique pour résoudre une contradiction (tâche irréalisable quand la contradiction est réelle)... », Claude Lévi-Strauss, « Magie et religion », *Anthropologie structurale*, Plon, 2^e éd., 1971, p. 254.

tère de l'État moderne¹². Mais l'examen objectif des régimes politiques prouve que peu (sinon aucun) d'entre eux réunissent les trois conditions qui, selon Guy Carcassonne, identifient la démocratie moderne¹³:

– Un choix effectif des gouvernants par les gouvernés; or, dans les systèmes très hiérarchisés, surtout en Polynésie, ce choix est restreint.

– La mise à disposition des gouvernants de réels moyens de gouverner; le soutien très discipliné des « députés godillots » est inconnu et les majorités, souvent issues d'alliances de circonstance, se délitent au gré des intérêts personnels des élus.

– La responsabilité effective des gouvernants devant les gouvernés. Elle est rare et, quand elle se produit, ses effets s'estompent rapidement¹⁴. Les nouveaux venus dans le monde politique insulaire ont du mal à s'affirmer et le vivier des gouvernants ne se renouvelle pas facilement.

Certaines voix se sont déjà élevées, s'interrogeant sur la pertinence du placement des institutions démocratiques sur des sociétés traditionnelles. Ainsi, le général Sitiveni Rabuka, auteur des premiers coups d'État à Fidji, avait estimé que « la démocratie n'est pas une fleur

endémique au Pacifique ». La formule a été brutalement explicitée par un autre homme politique: « Nous n'avons aucun besoin de votre système, de votre démocratie. Nous n'accepterons jamais que l'on nous impose un pouvoir étranger. Les Indiens nous ont déjà écartés du pouvoir économique. Aujourd'hui nous voulons Fidji pour les Fidjiens. Nous avons accueilli ces Indiens que les Britanniques nous ont imposés. [...] Il est temps pour eux de faire leur bagage et de partir¹⁵. »

Côté universitaire, les opinions sont parfois tout aussi tranchées: un enseignant de l'University of South Pacific a affirmé, pour justifier les coups d'État de 1987, que la démocratie était incompatible avec la coutume. Selon lui, la loi du nombre aurait amené les catégories laborieuses (les Indo-Fidjiens, population d'origine indienne devenue démographiquement majoritaire) à dominer les propriétaires traditionnels des moyens de production: le peuple se serait ainsi retrouvé à diriger les chefs coutumiers d'origine mélanésienne. Le « respect des droits de l'homme » aurait en fait, selon lui, servi d'alibi pour nier le droit des Fidjiens mélanésiens¹⁶.

12. En septembre 2007, le président de la Cour suprême du Vanuatu (d'origine mélanésienne vanuataise mais formé au droit à Bordeaux), interrogé par l'auteur sur la disparition de coutumes immémoriales du fait de l'adoption d'une loi parlementaire, répondait devant un parterre de représentants coutumiers de Nouvelle-Calédonie que « la norme coutumière devait évidemment s'effacer devant les principes acceptés dans le monde occidental ».

13. Guy Carcassonne, *La Constitution introduite et commentée*, Seuil, 8^e éd., 2007, p. 21.

14. Les élections provinciales de 2004 en Nouvelle-Calédonie en sont une belle illustration: le parti au pouvoir depuis plus d'un quart de siècle a perdu devant une « troisième voie » dans laquelle les gouvernés avaient mis beaucoup d'espairs. Las! Les hommes nouveaux n'étaient pour la plupart que des dissidents de l'ancien parti majoritaire affublé d'une nouvelle étiquette.

15. Apisai Tora, cité par William Sutherland, in *Beyond the Politics of Race*, Département of Political and Social Change, Research School of Pacific Studies, Australian National University, 1992.

16. Asesela Ravuvu, *The Facade of Democracy. Fidjian Struggles for Political Control, 1830-1987*, Suva, 1991.

Mais la crise fidjienne ne doit pas être trop vite lue comme une résurgence de sentiments anti-indiens ; elle illustre aussi les rivalités interclaniques mélanésiennes et les limites de l'autorité coutumière, déstabilisée par la revendication démocratique.

C'est ce qu'exprime parfaitement Teresia Teawia, de l'université de Wellington : « le problème du nationalisme fidjien, c'est qu'il n'y a pas de nation fidjienne¹⁷ ». Les coups d'État illustrent l'importance des lignes de fracture coutumières vite réapparues en surimpression d'une identité nationale fragile, inventée pour et par l'indépendance. Au morcellement horizontal de l'organisation sociale – clans, provinces et fédérations – s'ajoute la faiblesse de structures verticales qui voit les grands chefs coutumiers de plus en plus contestés sur le fondement d'une envie de démocratie moderne conçue, chez nombre d'iliens, comme un moyen de s'approprier une parcelle du pouvoir confisqué jusque-là par les coutumiers.

Dans un tel contexte, comment le modèle démocratique pourrait-il paraître adapté ? Les acteurs de ce psychodrame à l'océanienne sont déchirés, comme l'explique un fonctionnaire international fidjien : « On ne peut pas éternellement vouloir le meilleur des deux mondes. On est tout content d'avoir un vote aux Nations unies, un vote qui compte autant que celui des États-Unis, on veut

appartenir à nombre d'organisations mondiales, mais, en même temps, on veut avancer notre "différence" ; on est en train de s'automutiler¹⁸. »

Les causes de l'inadéquation

Le « Big Man » de Mélanésie

Le personnage du *big man*¹⁹ caractérise des sociétés (Papouasie-Nouvelle-Guinée, Vanuatu) dans lesquelles les unités domestiques, de richesse comparable, entrent en compétition par le biais d'échanges somptuaires de biens vivriers, en particulier de porcs. Celui qui parvient à accroître la puissance de production de sa maisonnée oblige ses partenaires en leur donnant plus qu'ils ne peuvent lui rendre. Endettés, ces derniers font allégeance à leur créancier. Ces relations de clientèle, qui s'étendent au fil des échanges, placent le *big man* au centre d'un vaste dispositif qui lui permet de thésauriser des porcs, des monnaies de coquillage, des épouses et des partenaires. Selon Paul de Deckker, « les individus désirant accéder au pouvoir de type politique se doivent de recourir à diverses stratégies et à des compétitions de prestige pour faire reconnaître leurs réelles qualités de gestionnaire et leur générosité afin d'assurer leur domination. Celles-ci reconnues, ils bénéficient de la reconnaissance du statut de *big man*²⁰ ». Mais, contraint pour élargir le cercle de son influence de faire surproduire ses dépendants, il prend

143

17. Cité par Florence de Changy, in « Les paradis perdus du Pacifique Sud », *Le Monde*, 8 juin 2000.

18. *Ibid.*

19. Voir Maurice Godelier, *La Production des Grands Hommes. Pouvoir et domination masculine chez les Baruya de Nouvelle-Guinée*, Fayard, 1982 ; Maurice Godelier et Margareth Strathern (éd.), *Big Men and Great Men : Personifications of Power in Melanesia*, New York, Cambridge University Press, 1991.

20. Paul de Deckker, « Le multiculturalisme dans le Pacifique », dossier spécial Multiculturalisme et Droit international, *L'Observateur des Nations unies* (Association française pour les Nations unies, section Aix-en-Provence, AFNU-Aix), automne-hiver 2007.

le risque de voir ces derniers se retirer de la relation échangiste. Sa gloire prélude à son effondrement quand ses débiteurs le délaissent pour se replier sur leur propre unité domestique ou bien pour bénéficier des bienfaits d'un nouveau *big man* moins exigeant, parce que moins puissant.

La royauté foncière de Polynésie

144 En Polynésie, le contrôle de l'accès à la terre sert de levier à l'édification des hiérarchies politiques. Le pouvoir repose sur le cumul de droits fonciers, lui-même légitimé par des arguments généalogiques. Chaque unité familiale est liée à des terres cultivables correspondant à des ancêtres et à des parents. Le jeu des alliances, la distribution des droits entre les membres d'une vaste parentèle et la mémoire savante des liens généalogiques sont au centre de stratégies par lesquelles chaque groupe peut étendre son emprise sur le sol et, par là, progresser socialement et économiquement. La régulation des affrontements passe par de grandes assemblées qui, périodiquement, entérient les nouveaux équilibres. Le roi ou le chef se rattache à l'ancêtre, aîné de la société, et coiffe l'ensemble du système foncier. Mais ce pouvoir est compensé par celui des prêtres et autres « maîtres de la terre », qui garantissent, grâce à des rituels dont ils ont le monopole, la fertilité du sol. Le droit d'aînesse et le cumul des parcelles cultivables soutiennent les hiérarchies les plus accentuées du Pacifique, les royaumes polynésiens.

Les entités non souveraines n'échappent pas à la règle : ainsi dans la très peu royaliste République française, on trouve, dans la collectivité d'outre-mer de Wallis-et-Futuna, trois « royaumes »

(le royaume d'Uvée, sur l'île de Wallis, et ceux de Sigave et Alo sur l'île de Futuna). On comprend aisément que, dans ce contexte, la loi française républicaine rencontre parfois de sérieuses difficultés à s'appliquer...

L'institution monarchique est encore relativement répandue de nos jours dans la sous-région polynésienne : la deuxième quinzaine de septembre 2007 a vu la réunion, en Polynésie française, de la noblesse maorie de Nouvelle-Zélande, du Samoa, de Rapa Nui (nom polynésien de l'île de Pâques, sous responsabilité internationale chilienne), des îles Cook, d'Hawaï et de Tonga.

On notera cependant que l'organisation sociale de Tuvalu²¹ (Micronésie) constitue une exception aux dérives perverses de la démocratie : dans ces îles, la population rencontre des difficultés sérieuses pour s'adapter au monde moderne. Les problèmes sont liés pour une grande part à la conception des relations humaines chez leurs habitants : dans la tradition locale, les individus ne doivent pas accumuler de richesse excessive ou de pouvoir démesuré car la philosophie de l'archipel veut que tout excédent soit partagé, notamment avec la famille étendue, plutôt que vendu. Il en résulte qu'à Tuvalu les partis politiques n'existent pas de manière formelle, les alliances et le choix des candidats se faisant plutôt sur des critères de respectabilité, de réputation et d'alliances communautaires et coutumières.

Cette sympathique approche des relations sociales a son revers : la porte est grande ouverte à l'exploitation, et l'entreprise commerciale est difficilement envisageable ; cependant le gouvernement en

21. Tuvalu, anciennes îles Ellice, est devenu indépendant dans le cadre du Commonwealth, en 1978, et a été admis à l'ONU en 2000.

place ne désespère pas d'inculquer à terme les concepts d'anticipation et de compétitivité à une population qui, à l'aube du troisième millénaire, ne connaît pas encore l'esprit d'accaparement et le calcul.

Le déclin de la Pacific way

La *Pacific way* est une approche de la société océanienne, que le recteur Jean-Pierre Doumenge définit comme étant à la fois « allégeance aux coutumes multiséculaires océaniques et fidélité à l'héritage chrétien importé dans le courant du XIX^e siècle ». L'expression a connu son heure de gloire lorsque le Premier ministre fidjien, Sir Ratu Mara, en fit état devant l'Assemblée générale des Nations unies lors de l'admission des Fidji en 1970. Mais ce consensus à l'océanienne n'a plus guère cours aujourd'hui. De nos jours, des « clans » rivaux luttent pour le pouvoir, non pour mettre en œuvre un programme gouverné par la raison et le bien-être de la population, mais bien plutôt pour obtenir les attributs de pouvoir et les avantages induits... à charge pour les nouveaux gouvernants de « renvoyer l'ascenseur » à ceux qui les ont portés au pouvoir par un clientélisme effréné. C'est ce que les Vanuatais appellent le *Wantok* (ou népotisme à l'océanienne, le pouvoir étant confisqué au bénéfice de la tribu ou de la fratrie dont est issu l'élú).

L'accès au pouvoir par le biais de l'élection aboutit donc à dénaturer l'esprit démocratique dans la mesure où le but premier n'est pas d'améliorer la vie en société par une bonne « gouvernance », mais bien plutôt de se servir et de servir

son clan, acte de reconnaissance envers ceux qui vous ont porté au pouvoir, mais aussi d'allégeance indéfectible des membres du clan envers « leurs » hommes de pouvoir.

L'observation des évolutions futures des sociétés civiles insulaires revêt donc une grande importance, car cette tendance, si elle s'accroît, nous éloignera de la conception contemporaine de la démocratie, fondée sur une confrontation d'idées et de programmes, sous l'arbitrage de la société civile en vue d'un mieux-vivre dans la Cité.

Un alibi pour une recolonisation ?

Durant les années 1980, « dans la plupart des nations du Pacifique, au moins un tiers du budget provenait de l'aide étrangère; pour la moitié d'entre elles, c'était les deux tiers²² ».

Bien qu'ils se soient vu accorder la plus forte aide au développement de la planète, les territoires dépendants du Pacifique insulaire n'ont pas réussi à assurer leur développement²³. Certes, le contraste est grand d'une entité à l'autre. Le produit national brut (PNB) par habitant en Polynésie française est supérieur à celui de la Nouvelle-Zélande et au moins égal à celui de la Nouvelle-Calédonie; mais c'est essentiellement grâce aux transferts de la métropole pour la première et à la flambée circonstancielle du prix de la tonne de nickel pour l'autre. À l'opposé, Kiribati²⁴, les Salomon, les Samoa occidentales, Tuvalu et Vanuatu sont classés parmi les pays les moins avancés (PMA). Même si ces

145

22. Ian C. Campbell, Jean-Paul Latouche, *Les Insulaires du Pacifique*, PUF, 2001, p. 291.

23. Jean-Marc Regnault, « Une zone d'instabilité: le Pacifique insulaire intertropical », *Cahier d'Histoire immédiate*, n° 25, Université de Toulouse, printemps 2004, p. 87-100.

24. Kiribati, anciennes îles Gilbert, est devenu indépendant en 1979 dans le cadre du Commonwealth et a été admis à l'ONU en 1999.

statistiques doivent être relativisées en raison de l'autoconsommation et des pratiques communautaires, il est significatif qu'un rapport des Nations unies ait souligné, en 2003, que le niveau de vie des Salomon, du Vanuatu, des îles Marshall et des États fédérés de Micronésie a baissé au cours des dix années précédentes. Quant à la Banque asiatique de développement (Manille), elle affirme, assez brutalement, que pour la majorité des habitants des pays océaniques « les deux premières préoccupations sont de posséder un revenu et d'avoir accès à des services sociaux ».

146 L'aide au développement fournie par les bailleurs de fonds étrangers, institutionnels²⁵ ou étatiques²⁶, ne permet pas, malgré son importance, d'atteindre les objectifs visés, la dépendance économique vis-à-vis de l'extérieur n'ayant fait que croître. Il est vrai qu'une partie de ces aides est souvent détournée par une élite corrompue, les prévarications de la famille royale de Tonga n'étant qu'un

exemple flagrant, tout comme les exactions (le *Wantok*) du Vanuatu.

L'intérêt d'une telle situation n'échappe pas à quelques grandes puissances qui y voient l'opportunité d'accroître leur influence politique et économique dans la région²⁷. Si les interventions du Japon relèvent clairement d'une campagne électorale de dimension mondiale – en avril 2006, une opération de « marketing politique » du même genre a été menée par le Japon auprès de l'Éthiopie et du Ghana –, et si le Pacifique Nord reste pour sa plus grande partie un fief réservé des États-Unis, le Pacifique Sud est l'objet d'une lutte d'influence entre l'Australie et les deux Chine, pour un leadership dont on peut se demander s'il ne débouchera pas sur une forme plus insidieuse – car acceptée, sinon sollicitée – de colonisation.

L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont longtemps cherché à asseoir leur rôle de protecteur dans la région, notamment au travers de l'accord militaire tripartite de l'ANZUS²⁸. Mais, en raison de la fai-

25. À l'occasion du sommet de Port Moresby (Papouasie-Nouvelle-Guinée), qui réunissait les 78 États membres du groupe ACP (Afrique-Caraïbes-Pacifique), le directeur général du développement de la commission européenne a annoncé que l'aide du 10^e FED s'élèverait à 540 millions d'euros, en augmentation de 30 % par rapport à la précédente, l'enveloppe globale du Pacifique ayant augmenté de plus de 100 %. Sur cette dotation, 267 millions d'euros iront aux États insulaires membres du Forum des îles du Pacifique.

26. Dans le cadre de sa campagne pour obtenir un siège permanent au Conseil de sécurité de l'ONU, le Japon avait annoncé, en mai 2006, une aide de 320 millions d'euros en trois ans aux douze États insulaires du Pacifique qui soutenaient sa candidature. Cette donation fait suite à une précédente aide triennale de 215 millions d'euros et à une aide ponctuelle de 672 000 euros pour effacer, en 2006, la facture pétrolière de Tuvalu. Son adversaire dans la région, la République populaire de Chine a, quant à elle, annoncé une aide de 295 millions d'euros aux micro-États du Pacifique.

27. On rappellera, pour mémoire, l'émotion des milieux diplomatiques quand, en 1985, au grand dam des puissances occidentales, Kiribati avait négocié avec les Soviétiques l'implantation d'une base navale, soi-disant pour des navires de pêche, alors que personne ne doutait qu'elle était destinée à des sous-marins de guerre. Mais l'implosion de l'URSS devait sonner le glas des ambitions soviétiques dans le Pacifique.

28. Le pacte de l'ANZUS (Australia-New-Zealand-United States), alliance militaire d'assistance et de défense régionale, est entré en vigueur en avril 1952. Cependant, la politique résolument anti-nucléaire adoptée par la Nouvelle-Zélande à partir de 1975 devait, après l'incident du *Buchanan* en baie d'Auckland en 1985, amener les États-Unis à considérer, en 1986, que

blesse de son économie, la Nouvelle-Zélande s'est, depuis une décennie, retirée de la compétition, allant même jusqu'à encourager ouvertement une de ses dépendances, Tokelau²⁹, à accéder au statut d'indépendance³⁰. En revanche, l'Australie reste un des principaux fournisseurs de cette aide, mais souhaite maintenant en contrôler l'utilisation. Cette puissance « occidentale », qui possède de puissants intérêts en Papouasie-Nouvelle-Guinée et aux Salomon, a toujours eu du mal à admettre que le Pacifique insulaire ne soit pas « sa » région, que les micro-États puissent chercher à s'émanciper de sa tutelle économique et financière en se tournant vers les pays de l'Association des nations du Sud-Est asiatique (ANASE, plus connue sous son acronyme anglophone : ASEAN).

Les zones d'influence australienne sont surtout institutionnelles : elle agit au travers de la Communauté du Paci-

fique et du Forum des îles du Pacifique³¹.

Tout en le finançant pour un tiers, l'Australie n'apparaît pas au premier plan dans le Forum des îles du Pacifique, une organisation parallèle à la Communauté du Pacifique (nouvelle dénomination de la Commission du Pacifique Sud). Au Forum sont abordées les questions politiques, alors que la Communauté se contente d'œuvrer techniquement sur le plan économique, social et culturel. Depuis sa création en 1971, le secrétaire général du Forum a toujours été un Océanien, avec un Australien ou un Néo-Zélandais pour adjoint. Le 15 août 2003, Canberra a placé l'un des siens, le diplomate Greg Urwin, au secrétariat général. Quelques années auparavant, l'Australie avait réussi le même coup de force au sein de la Communauté du Pacifique.

Ces deux nominations ne se sont pas déroulées selon le principe de la *Pacific way* (c'est-à-dire par consensus),

147

la Nouvelle-Zélande s'était retirée *de facto* du Pacte et qu'elle passait désormais du rang d'allié à celui de *non-aligned friendly*.

29. Sorte de territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Zélande, Tokelau est composé de trois atolls, d'une superficie totale émergée de 10 kilomètres carrés pour une population résidente de 1 500 habitants... alors que plus de 6 000 se sont expatriés vers la Nouvelle-Zélande.

30. Deux référendums ont été organisés successivement en février 2006 et en octobre 2007, sans que la majorité des deux tiers exigée pour accéder à l'indépendance soit obtenue parmi les presque 800 électeurs appelés à se prononcer. Cet acharnement de la Nouvelle-Zélande à faire accéder son territoire d'outre-mer à la souveraineté cache en réalité son souhait de se désengager d'un territoire relativement coûteux à qui elle fournit, bon an mal an, 600 000 euros, soit plus de 80 % du budget local. Phil Goff, le ministre néo-zélandais de la Défense et du Pacifique, l'a clairement énoncé en octobre 2007 : « l'indépendance permettra à Tokelau d'obtenir des aides accrues en provenance des partenaires régionaux et de la communauté internationale ».

31. Et ceci, souvent au détriment de la France, qui n'a toujours pas réussi à surmonter son complexe de culpabilité coloniale et dont la débauche d'efforts pour obtenir son absolution devient navrante : à titre d'exemple, l'Australie, les États-Unis et la Nouvelle-Zélande ont refusé, sans états d'âme, de signer le 13 septembre 2007 la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. L'Australie estime que cette déclaration est inadmissible car elle rend légitimes des règles coutumières et des pratiques « qui ne sont pas acceptables dans le monde moderne ». Quant à la Nouvelle-Zélande, elle affirme que la déclaration porte préjudice aux personnes non autochtones. La France a signé, au risque (bien maîtrisé ?) de fragiliser, sinon compromettre, la réalisation des projets miniers sur lesquels elle fonde le rééquilibrage de la Nouvelle-Calédonie.

mais par une élection à bulletins secrets. L'Australie désire créer au sein du Forum une force d'intervention permanente pour l'Océanie, basée à Fidji, et forte d'une centaine d'hommes. Un récent rapport du Sénat australien préconise une unification économique des pays adhérents au Forum, avec une monnaie unique, le dollar australien.

On notera également qu'à Fidji le nouveau préfet de police est un Australien, tout comme six conseillers qui opèrent depuis peu au sein de l'armée, et six autres dans les instances judiciaires. Cette « coopération technique » se retrouve, parfois à l'identique, dans d'autres États insulaires comme le Vanuatu ou les Salomon.

Mais cette politique se heurte aux visées des deux Chine dont l'influence va grandissant dans la région.

VERS UN NOUVEL EMPIRE COLONIAL CHINOIS ?

Paul de Deckker écrivait récemment : « Voit-on ainsi se dessiner deux idéologies s'affrontant dans le Pacifique ? Le terme idéologie est probablement mal approprié et il conviendrait plutôt de parler de deux cultures antagonistes dans leurs aspects politique et juridique.

« L'occidentale se fonderait essentiellement sur l'État de droit et la chinoise sur le droit de l'État. Il est certain que

notre postulat est par trop tranché mais, sans doute, peut-on y déceler quelques schémas explicatifs des différences de comportement entre les deux façons d'agir³². »

Sur le terrain, les deux Chine rivalisent d'efforts financiers pour s'attirer les bonnes grâces des pays insulaires même si, aujourd'hui, la « conquête du Pacifique » n'est pas l'objectif prioritaire de la Chine populaire, plus préoccupée par sa quête de sources d'énergie et de matières premières. Mais il ne fait pas de doute que, lorsque ces questions seront résolues, l'empire du Milieu tournera naturellement ses yeux vers ce qu'il faut bien appeler « son » océan : le Pacifique Sud.

Dans la région, Taiwan n'est guère soutenue que par les Marshall, Palau, les Salomon, Kiribati, Nauru³³ et Tuvalu. Mais la coopération est solide et elle a été réaffirmée lors du sommet d'octobre 2007 qui s'est tenu aux îles Marshall. Sera-ce suffisant ?

Car Pékin, à titre conservatoire, s'attache à réaliser des signes très visibles de son soutien économique et financier : construction du Parlement du Samoa puis du Vanuatu, réalisation des bâtiments de l'école de droit du Vanuatu, mise aux normes internationales de l'aérodrome de Tonga et construction d'un centre de convention de 2 millions de dollars³⁴, projet d'hôtel à Niue³⁵... En janvier 2008, Pékin s'est engagé

32. Paul de Deckker, « Fidji or not Fidji », *Tabiti Pacifique. Mensuel d'information et d'économie*, n° 197, septembre 2007, p. 37-38.

33. Les élections d'août 2007 à Nauru ont donné lieu à de lourds soupçons de corruption de certains candidats grâce à des fonds taïwanais.

34. Qui vient d'abriter, du 15 au 19 octobre 2007, le 38^e sommet des chefs de gouvernement du Forum des îles du Pacifique, lesquels auront pu apprécier la générosité de la République populaire de Chine...

35. Il compterait cent chambres avec un terrain de golf. Quand on sait que la population de l'île, en constante diminution, est d'environ 1 200 âmes (alors que 20 000 se sont déjà expatriées), on reste rêveur...

à financer à hauteur de 57 millions de dollars la reconstruction du centre-ville de la capitale de Tonga, ravagée par des émeutes.

Toutes deux s'appuient sur l'existence dans chacune des villes du Pacifique insulaire d'un *Chinatown*, centre commercial qui brasse l'essentiel des affaires locales et qui paie parfois son symbole de réussite financière (émeutes de Tonga et du Samoa)³⁶. Leur entreprise bénéficie de l'absence grandissante de la présence occidentale qui s'est traduite dans les années 1960 par le retrait britannique du Pacifique, puis le désengagement des États-Unis, concrétisé entre autres par la fermeture de postes diplomatiques ou leur regroupement. La France reste la seule puissance occidentale de la vieille Europe à avoir des responsabilités sur des territoires non autonomes ; mais elle semble amorcer un repli en poussant ses collectivités ultramarines à s'ouvrir sur leur région géographique pour mieux s'y intégrer.

Très attachés aux principes des droits de l'homme, de la démocratie et de la bonne gouvernance, les régimes occidentaux sanctionnent les régimes militaires qui, comme à Fidji, s'arrogent le pouvoir

par des coups d'État. Ils condamnent aussi des petits États tels Nauru ou le Vanuatu, lesquels, par besoin de ressources financières, offrent des facilités *off shore* et opèrent à l'encontre des règles de déontologie financière aujourd'hui imposées sur la scène internationale. Ce faisant, elles laissent le champ libre aux agissements des deux Chine, engagées dans un conflit que remportera Pékin un jour ou l'autre³⁷.

N'y a-t-il pas là un risque réel de « recolonisation » – qui pourrait prendre une forme plus moderne et se concevoir comme une tutelle économique et financière, résultant d'une addiction aux besoins supposés d'un État dans la société internationale moderne – d'une zone à risques (stratégiques et financiers) ? On ne peut écarter l'hypothèse : chaque investissement réalisé « par amitié » génère des coûts de fonctionnement élevés qui rendent encore plus dépendants les États insulaires qui en sont les bénéficiaires.

La question qui fondait notre réflexion reste donc posée, voire se complique : la démocratie dans les États insulaires du Pacifique, dernier avatar de la colonisation passée ? Ou bien, terreau propice à une nouvelle colonisation ?

149

36. « Aide au développement et implantation commerciale sont les deux fers de lance de la pénétration chinoise dans beaucoup de micro-États du Pacifique. Nuku'alofa (capitale des Tonga) ne comptait aucun magasin chinois en 1987. Plus des deux tiers des commerces de la capitale tonguienne au moment du saccage de novembre 2006 l'étaient... » ; Paul de Deckker, « Effets de la rivalité des deux Chine dans le Pacifique », *Tabiti Pacifique. Mensuel d'information et d'économie*, n° 194, juin 2007, p. 34-35.

37. Voir Paul de Deckker, *ibid.*

DISTORSIONS ET CORPS ÉLECTORAUX EN NOUVELLE-CALÉDONIE

151

Le droit électoral se caractérise, en Nouvelle-Calédonie, par la présence de plusieurs corps électoraux. Il existe des listes électorales de droit commun et d'autres spéciales. Les premières concernent des scrutins à dimension nationale, comme les élections présidentielles, législatives, européennes, auxquels peut s'ajouter le référendum législatif ou constitutionnel. Les secondes limitent le nombre d'électeurs pouvant participer à des scrutins locaux. Aujourd'hui, cela concerne les élections provinciales et le scrutin relatif à l'accession à la pleine souveraineté. En revanche, les élections municipales sont encore ouvertes aux électeurs inscrits sur les listes électorales de droit commun.

La présence de plusieurs corps électoraux peut s'expliquer à deux égards. D'une part, il s'agit de permettre aux électeurs, installés depuis un certain temps en Nouvelle-Calédonie, de prendre en main

leur destin vis-à-vis de la métropole, à l'occasion d'un scrutin d'autodétermination. La restriction du corps électoral apparaît, de ce point de vue, assez classique dans un processus de décolonisation. D'autre part, depuis l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, les élections provinciales sont également réservées à un corps électoral spécial. Il s'agit, cette fois, de permettre à des électeurs installés depuis un certain temps en Nouvelle-Calédonie de maîtriser la vie politique locale par l'élection des représentants dans les instances locales que sont les assemblées de province et le congrès de la Nouvelle-Calédonie. En filigrane, dans les deux cas, la restriction du corps électoral vise à assurer une sorte de rééquilibrage en faveur des Kanak – principe à valeur constitutionnelle inscrit dans l'accord de Nouméa¹ – en ce qui concerne ces scrutins.

La restriction du corps électoral

* Maître de conférences en droit public à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

1. Même si le document d'orientation vise plus précisément la formation et la politique énergétique, le point n° 4, al. 5 du préambule de l'accord de Nouméa, stipulant que « le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage », confère à ce principe une portée générale au-delà de ces domaines.

conduisant à séparer un électorat de droit commun et un électorat spécial étendu aux élections provinciales peut être ressentie comme un progrès ou une insuffisance. Concernant précisément les élections provinciales, si l'on se place du côté des revendications kanak, cette demande a été formulée de longue date. Qu'elle soit aujourd'hui satisfaite peut sembler une victoire. Au-delà, lorsque le regard se porte sur les enjeux politiques, centrés sur la question de l'accession à l'indépendance, cette solution paraît mitigée. De ce point de vue, elle ne peut convaincre des loyalistes qui, au nom de l'appartenance à la République, revendiquent volontiers l'égalité et l'universalité du suffrage. Elle ne peut, non plus, répondre totalement aux attentes d'indépendantistes qui restent vraisemblablement minoritaires au sein des listes spéciales. Au demeurant, les électeurs inscrits au tableau annexe – exclus du droit de vote – se sentent, pour l'essentiel, victimes d'une discrimination, d'autant plus mal vécue qu'elle se trouve désormais figée en raison de l'introduction du gel du corps électoral dans la Constitution.

152

Il en ressort un phénomène récurrent de distorsion. Le terme « distorsion » s'entend ici dans son acception médicale, soit la torsion d'un corps qui va pouvoir entraîner une déformation². De ce point de vue, la question de l'accession à l'indépendance peut se trouver déformée quand elle ne dépend pas uniquement du peuple colonisé, mais également du colonisateur. Ces distorsions peuvent alors être constatées à deux égards, suivant un cheminement chronologique.

LES DISTORSIONS À L'ORIGINE DE LA RESTRICTION DU CORPS ÉLECTORAL

Au départ d'ordre politique et démographique, ces distorsions apparaissent comme la manifestation du déséquilibre entre les composantes de la population et les enjeux politiques du pays. Sur le plan démographique, depuis la fin des années 1950, la population kanak est devenue minoritaire. Les raisons de cette évolution sont liées à une immigration voulue par la France, puis favorisée par le « boom du nickel » de la fin des années 1960. À l'arrivée de nombreuses familles pieds-noires après l'indépendance de l'Algérie s'ajouteront des flux en provenance de la zone Pacifique et notamment de Wallis-et-Futuna. C'est ainsi que la population kanak est passée de 51,1 % en 1956 à 46 % en 1969. Le dernier recensement, prenant en compte les différentes ethnies, effectué en 1996, l'évalue à 44,1 %³. Sur le plan politique, des partis indépendantistes, comme le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) créé en 1984, vont se montrer hostiles à une telle immigration. Les masses de population étant numériquement assez faibles, le combat des indépendantistes devient plus difficile dès l'instant où les Kanak ne sont plus majoritaires, et la difficulté augmente mécaniquement à mesure de l'amplification du phénomène d'immigration.

Ces distorsions vont donc se trouver directement liées à la question de l'indépendance. Elles vont alors conduire les indépendantistes à revendiquer et obtenir la restriction du corps électoral dans le cadre d'un scrutin d'autodétermination.

2. *Le Trésor de la langue française informatisé*, CNRS, www.atilf.atilf.fr

3. Alain Christnacht, *La Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2004, p. 29.

Toutefois, ce combat logiquement inscrit dans le schéma de l'accession à la pleine souveraineté, issu des accords de Matignon de 1988, aboutira, d'une manière plus originale, à l'acceptation d'une autre revendication : celle de l'extension de ce principe aux élections locales, plutôt inscrite ici dans une logique autonomiste, dans le cadre de l'accord de Nouméa de 1998.

Restriction du corps électoral et indépendance en 1988

Les affrontements des années 1980 ont conduit à mettre sur la table des négociations la question de l'avenir, non plus seulement d'un territoire statutairement autonome, mais d'un pays potentiellement indépendant. Il s'agissait donc de trouver une formule permettant aux Calédoniens de décider, à terme, de leur avenir au sein ou hors de la République. Pour cela, la question cruciale était de déterminer qui, en Nouvelle-Calédonie, pourrait participer à un scrutin d'autodétermination. Afin d'éviter une déposition des Kanak sur cette décision, le point central des discussions a porté, dès les pourparlers de Nainville-les-Roches en juillet 1983, relatifs au statut Lemoine, sur la restriction du corps électoral en vue de l'autodétermination, mais sans y parvenir dans l'immédiat.

Les distorsions entre le rapport de force ethnique et l'enjeu politique sur l'avenir de l'archipel aboutirent néanmoins, en 1988, à une première avancée capitale. Les accords de Matignon-Oudinot posèrent les jalons de la restriction du corps électoral suivant une double clé de répartition. La première dressait une frontière *rationae materiae* limitée au scrutin d'autodétermination, d'un côté, et à l'élection des conseils de province, de l'autre. La seconde, articulée sur la date du référendum législatif

de ratification des accords, délimitait un champ d'application *rationae personae* aux seuls électeurs, ainsi que leurs descendants accédant à la majorité, appelés à se prononcer sur le projet de loi référendaire. Cependant, ce mécanisme ne sera que partiellement entériné par la loi référendaire 88-1028 du 9 novembre 1988. Laissant en suspens le principe de la restriction du corps électoral pour les élections provinciales au motif d'inconstitutionnalité, elle ne visera que le scrutin d'autodétermination. Le temps d'une révision de la Constitution n'étant pas venu, l'acceptation de cette concession par le FLNKS repoussa *de facto* la question pour une dizaine d'années.

153

L'article 3 de la loi de 1988 a donc prévu, pour chaque bureau de vote, la création de commissions administratives dérogatoires du code électoral, « chargées de la révision des listes électorales pour les périodes annuelles commençant les 1^{ers} mars 1989, 1992, 1995 et 1998 ». Plus précisément, il s'agissait de dresser sur un tableau annexe, pour chaque bureau de vote, ceux des électeurs inscrits sur la liste électorale ne remplissant pas les conditions de domicile prévues pour participer au scrutin d'autodétermination. Il en est résulté une liste électorale spéciale basée sur la liste électorale générale à laquelle ont été retranchés les électeurs figurant au tableau annexe.

Sur le plan politique, le scrutin d'autodétermination programmé pour 1998 a été ressenti, par la suite, comme un « référendum couperet », par le leader loyaliste Jacques Lafleur, en raison de sa conviction d'une victoire du « non » aux conséquences incertaines. Il a donc été décidé, d'un commun accord, de le repousser, pour laisser place à de nouvelles négociations. La restriction du corps électoral s'étendant, cette fois, aux élections locales, les distorsions entre la

composition ethnique et les enjeux du pays vont alors sensiblement changer de nature.

Restriction du corps électoral et autonomie en 1998

Le principe du lien entre la restriction du corps électoral et l'autonomie sera posé par l'accord de Nouméa. Cette restriction concernant les élections provinciales en constitue « un point essentiel [...], sur lequel se fonde la définition de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie⁴ ». Toutefois, sa mise en œuvre par le législateur organique laissera planer le doute sur son étendue.

154

Les principes directeurs posés par l'accord de Nouméa

Sans revenir sur l'acquis relatif à l'autodétermination, le principe de la restriction du corps électoral a donc été reconduit, mais dans une perspective plus large. L'accord de Nouméa ajoute, au premier domaine, celui de la consultation le concernant ainsi que les élections locales (provinciales et, éventuellement, municipales). Désormais, le phénomène de distorsion change de nature. Il reste, certes, d'un côté, la question des équilibres entre les différents groupes ethniques, mais, de l'autre, les enjeux mêlent juridiquement la problématique de l'indépendance, toujours présente, et, pour la première fois, sous l'angle du droit de suffrage, celle de l'autonomie. Les deux se trouvent étroitement liées et la Cour européenne des droits de l'homme ne s'y est d'ailleurs pas trompée. L'article 56 de la Convention européenne des droits de

l'homme du 4 novembre 1950 énonce que « tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera [...] à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ». Cependant, le texte précise que « dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ». La Cour de Strasbourg en a déduit que la restriction du corps électoral, à propos des élections provinciales, se justifie par des « nécessités locales », caractérisées par une histoire et un statut dont la forme actuelle « correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination »⁵.

Sur le fond, le préambule de l'accord de Nouméa énonce : « Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée. » Après avoir rappelé que cela avait été prévu par les accords de Matignon, le document d'orientation stipule que « le corps électoral aux assemblées des provinces et au congrès sera restreint : il sera réservé aux électeurs qui remplissaient les conditions pour voter au scrutin de 1998, à ceux qui, inscrits au tableau annexe, rempliront une condition de domicile de dix ans à la date de l'élection, ainsi qu'aux électeurs atteignant l'âge de la majorité pour la première fois après 1998 et qui soit justifieront de dix ans de

4. Rapport Hyest, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale, modifiant l'article 77 de la Constitution, rapport n° 145, S., 10 janvier 2007, p. 15.

5. CEDH, requête 66289/01, *Py c. France*.

domicile en 1998, soit auront eu un parent remplissant les conditions pour être électeur au scrutin de la fin de 1998, soit ayant eu un parent inscrit sur un tableau annexe justifieront d'une durée de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection». Toute la question va alors porter sur la nature du tableau annexe. S'il est figé, seuls votent les électeurs admis à le faire pour la consultation de 1998, ainsi que ceux inscrits au tableau annexe dressé à cette occasion et justifiant de dix années de résidence en Nouvelle-Calédonie, auxquels peuvent s'ajouter les descendants atteignant la majorité. S'il ne l'est pas, il suffit d'avoir dix ans de résidence pour disposer du droit de voter aux élections provinciales, quelle que soit la date d'arrivée dans l'archipel. Cette question aurait pu être réglée par le législateur organique.

*Les incertitudes laissées
par le législateur organique*

La loi organique 99-209 du 19 mars 1999 devait donc délimiter les contours des listes électorales spéciales. Concernant le scrutin d'autodétermination, le principe du gel du corps électoral ne fait aucun doute. En revanche, il faudra attendre près de dix ans pour que le pouvoir constituant tranche, en ce sens, à propos des élections provinciales.

Concernant le scrutin d'accession à la pleine souveraineté, l'article 218 de la loi organique n'a pas posé de difficulté d'interprétation. Huit critères alternatifs sont retenus à l'égard des électeurs inscrits sur la liste électorale à la date de la consultation :

- a) avoir été admis à participer à la consultation du 8 novembre 1998 ;
- b) n'étant pas inscrit sur la liste électorale pour la consultation du 8 novembre 1998, remplir néanmoins la condition

de domicile requise pour être électeur à cette consultation ;

c) n'ayant pas pu être inscrits sur la liste électorale de la consultation du 8 novembre 1998 en raison du non-respect de la condition de domicile, justifier que leur absence était due à des raisons familiales, professionnelles ou médicales ;

d) avoir eu le statut civil coutumier ou, nés en Nouvelle-Calédonie, y avoir eu le centre de leurs intérêts matériels et moraux ;

e) avoir l'un de leurs parents né en Nouvelle-Calédonie et y avoir le centre de leurs intérêts matériels et moraux ;

f) pouvoir justifier d'une durée de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie à la date de la consultation et au plus tard au 31 décembre 2014 ;

g) être nés avant le 1^{er} janvier 1989 et avoir eu son domicile en Nouvelle-Calédonie de 1988 à 1998 ;

h) être nés à compter du 1^{er} janvier 1989 et avoir atteint l'âge de la majorité à la date de la consultation et avoir eu un de leurs parents qui satisfaisait aux conditions pour participer à la consultation du 8 novembre 1998.

Ainsi, le droit de vote est accordé aux citoyens qui avaient, lors de la consultation du 8 novembre 1998, leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988, jour de l'organisation du référendum de ratification des accords de Matignon, soit dix ans de résidence en Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à leurs enfants devenus majeurs, mais aussi aux citoyens qui pourront justifier de vingt ans de résidence en 2014, première année de la quatrième mandature du congrès, au cours de laquelle doit se tenir le scrutin d'accession à la pleine souveraineté. De ce point de vue, la réponse juridique au phénomène de distorsion entre les rapports ethniques et les enjeux liés à la question de l'indépen-

dance est en apparence très claire, même si au fond elle ne résout pas l'équation d'un destin qui jusqu'à présent ne peut être décidé par les seuls Kanak.

La restriction du corps électoral pour les élections provinciales est également mise en œuvre par la loi organique de 1999. Pour participer au scrutin, l'article 188 pose trois critères alternatifs vis-à-vis des électeurs :

- 156 a) remplir les conditions pour être inscrits sur les listes électorales de la Nouvelle-Calédonie établies en vue de la consultation du 8 novembre 1998 ;
 b) être inscrits sur le tableau annexe et domiciliés depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province ;
 c) avoir atteint l'âge de la majorité après le 31 octobre 1998 et soit justifier de dix ans de domicile en Nouvelle-Calédonie en 1998, soit avoir eu un de leurs parents remplissant les conditions pour être électeur au scrutin du 8 novembre 1998, soit avoir un de leurs parents inscrit au tableau annexe et justifier d'une durée de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection.

L'article 189 fixe les règles d'établissement de la liste électorale spéciale. S'inspirant de la loi référendaire de 1988, une commission administrative spéciale est chargée, dans chaque bureau de vote,

de la dresser « à partir de la liste électorale en vigueur et du tableau annexe des électeurs non admis à participer au scrutin », ce tableau étant également conçu par cette commission. La liste électorale spéciale et le tableau annexe ont un caractère permanent et sont mis à jour le 30 avril de chaque année. En 2007, 146 866 personnes sont inscrites sur les listes électorales de droit commun, dont 18 957 figurent au tableau annexe. Par conséquent, 127 909 personnes forment les listes électorales spéciales.

Ce tableau annexe « vivant », remis à jour périodiquement depuis 1998, se distingue de celui « arrêté » en 1998 en vertu de l'article 2 de la loi référendaire de 1988⁶. Or, l'article 188, se référant au tableau annexe « vivant », ne pose pas de restriction particulière quant à la date d'inscription sur celui-ci. Le caractère alternatif des critères d'inscription sur la liste électorale spéciale a fait de la définition du tableau annexe une pierre d'achoppement car la rédaction de la loi organique sur ce point a manifestement échappé à la volonté du législateur. Pourtant, les rapports parlementaires de l'Assemblée nationale⁷ et du Sénat⁸ relatifs à cette loi et les propos tenus devant le Sénat par Jean-Jack Queyranne⁹, alors secrétaire d'État à l'Outre-mer, penchent plutôt en faveur d'un tableau annexe arrêté en 1998.

6. Rapport Quentin, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi constitutionnelle complétant l'article 77 de la Constitution, rapport n° 3506, Assemblée nationale, 6 décembre 2006, p. 22.

7. Rapport Dosière, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi organique relatif à la Nouvelle-Calédonie, rapport n° 1275, Assemblée nationale, t. I, 16 décembre 1998, p. 190-193.

8. Rapport Hyest, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la Nouvelle-Calédonie, rapport n° 180, Sénat, 28 janvier 1999, p. 220-223.

9. Voir les propos tenus devant le Sénat le 16 février 1999, cités in Rapport Hyest, *ibid.*, p. 24.

À lire l'exposé des motifs présenté par le gouvernement lors du dépôt du projet de loi constitutionnelle sur le bureau de l'Assemblée nationale en 2006, il semble, à l'origine, que la question du gel du corps électoral spécial pour l'élection du congrès et des assemblées de province ne fit pas l'objet d'une opposition de principe ouvertement déclarée entre le FLNKS et le RPCR (Rassemblement pour la Calédonie dans la République). Les signataires de l'accord de Nouméa s'étaient apparemment accordés en faveur de cette solution *a priori*¹⁰. Pour le gouvernement, les signataires de l'accord de Nouméa « n'entendaient autoriser à participer à ces scrutins que les seules personnes établies en Nouvelle-Calédonie à la date de la consultation du 8 novembre 1998, lorsqu'elles justifieraient de dix ans de domicile, ainsi que leurs descendants atteignant par la suite la majorité¹¹ ». Partant de l'imprécision de la loi organique, deux thèses vont tout de même s'opposer : l'une favorable au gel et l'autre à un corps électoral glissant.

Suivant la thèse du gel, le tableau annexe est arrêté au 8 novembre 1998, date de la consultation sur l'accord de Nouméa. Par conséquent, tenant compte du critère relatif à la domiciliation sur une durée de dix ans, les derniers électeurs, figurant au tableau annexe, à pouvoir s'inscrire sur la liste électorale spéciale seront invités à le faire jusqu'au 8 novembre 2008. Autrement dit, toute personne arrivée en Nouvelle-Calédonie après le 8 novembre 1998 ne peut, en

aucune façon, y figurer et voter pour les élections provinciales ; du moins, tant que l'accord de Nouméa est en vigueur.

La thèse du corps électoral glissant conduit, pour sa part, à ouvrir la liste électorale spéciale aux électeurs justifiant de dix années de résidence en Nouvelle-Calédonie, en dehors de toute considération de leur date d'installation. Si elle avait été retenue, cela aurait signifié qu'à partir de 2009 de nouveaux électeurs auraient pu participer aux élections provinciales, alors qu'ils sont arrivés en Nouvelle-Calédonie après 1998. Il va de soi que cette lecture contenait le ferment d'une potentielle dépossession du destin des « Calédoniens historiques », car l'acquisition d'une citoyenneté au bout d'une telle période comportait un risque de déséquilibre en cas d'arrivée massive de métropolitains. Ces derniers auraient alors été en mesure de peser sur la composition des assemblées de province et du congrès, jouant alors un rôle déterminant sur la politique locale. Or le fameux équilibre ethnique issu de l'accord de Nouméa repose sur les populations installées avant 1998. À n'en pas douter, le phénomène de distorsion justifiant la restriction du corps électoral se serait à nouveau amplifié avec la reconnaissance de la thèse du corps électoral glissant.

Seulement, faute de précision, la saisine du Conseil constitutionnel va mettre en lumière la faiblesse de la loi organique sur la délimitation du corps électoral restreint, conduisant à une interprétation favorable à la thèse du

10. Cette lecture ne fait, toutefois, pas l'unanimité. Olivier Gohin estime, pour sa part, que le consensus portait plutôt en faveur du corps électoral glissant. Olivier Gohin, « Quand la République marche sur la tête. Le gel de l'électorat restreint en Nouvelle-Calédonie », *AJDA*, n° 15, 2007, p. 802-804.

11. Projet de loi constitutionnelle, complétant l'article 77 de la Constitution, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 29 mars 2006, document n° 3004, exposé des motifs.

corps glissant. Aucune disposition de la loi organique n'étant, en la matière, contraire à la Constitution et le Conseil constitutionnel s'étant rangé derrière une interprétation de l'accord de Nouméa dont les dérogations aux règles ou principes de valeur constitutionnelle « ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord¹² », la lecture de la loi organique ne pouvait être alors que littérale.

158 L'interprétation du Conseil constitutionnel, allant dans le sens du corps électoral glissant, a pu être l'occasion de mettre au jour de profondes divergences progressivement exprimées lors des comités de signataires successifs. Ainsi, le relevé des conclusions du troisième comité se contente de mentionner « l'importance » que le FLNKS attache au règlement de la question, le Rassemblement déclarant « comprendre la préoccupation du FLNKS sur ce point¹³ », alors que ceux des suivants mentionnent plus clairement les « positions respectives¹⁴ » et même « opposées¹⁵ » de leurs délégations. Cette opposition entre les signataires historiques de l'accord de Nouméa sera par la suite exposée, en dehors du cercle restreint des comités, à l'occasion des auditions organisées par les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat, puis exprimée par le vote négatif de Jacques Lafleur, Pierre Frogier et Simon Loueckhote, tous trois loya-

listes appartenant à l'UMP, au Congrès de Versailles en 2007.

L'engagement pris par le président de la République, Jacques Chirac, de clarifier la question du corps électoral devait donc passer par une révision de la Constitution pour mettre fin aux divergences d'interprétation et à l'opposition entre la volonté exprimée dans les travaux préparatoires de la loi organique de 1999 et le constat dressé par le Conseil constitutionnel.

L'article unique de la loi constitutionnelle 2007-237 du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution y introduit un alinéa 7 énonçant que : « pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 [avant le 31 décembre 1998] et comprenant les personnes non admises à y participer ». Désormais, en dehors de celles figurant déjà sur les listes électorales spéciales, ne pourront plus être électeurs pour la désignation des membres du congrès et des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie que les personnes inscrites sur le tableau arrêté en vue de la consultation du 8 novembre 1998 et justifiant d'une durée de résidence

12. CC, décision 99-410 DC du 15 mars 1999, loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

13. Relevé des conclusions du troisième comité des signataires de l'accord de Nouméa, Koné, 17 juin 2003, p. 3.

14. Relevé des conclusions du quatrième comité des signataires de l'accord de Nouméa, Nouméa, 20 janvier 2005 ; Relevé des conclusions du cinquième comité des signataires de l'accord de Nouméa, Paris, 2 février 2006.

15. Relevé des conclusions du quatrième comité des signataires de l'accord de Nouméa, *ibid.*

de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection, ainsi que leurs enfants lorsqu'ils accéderont à la majorité. En revanche, celles nées en Nouvelle-Calédonie de parents inscrits sur le tableau annexe arrêté après le 8 novembre 1998 se trouvent exclues des listes électorales spéciales pour les élections provinciales, sans espoir d'y figurer, du moins tant que durera le régime de l'accord de Nouméa.

La restriction, désormais pérennisée, du corps électoral, y compris dans le cadre d'élections locales, trouve, on l'a vu, largement son origine dans des distorsions propres à l'inadéquation entre des rapports de masses démographiques défavorables aux Kanak et les enjeux liés à leur accession à l'indépendance. Or non seulement cette restriction ne met pas fin à ces distorsions – car les Kanak ne sont pas seuls maîtres de leur destin vis-à-vis de la métropole et n'ont finalement prise que sur la vie politique locale des provinces Nord et des Îles –, mais elle en crée d'autres.

LES DISTORSIONS ISSUES DE LA RESTRICTION DU CORPS ÉLECTORAL

La restriction du corps électoral provoque, à son tour, un effet de distorsion à deux égards. Il se manifeste d'un point de vue juridique et politique.

Les aspects juridiques

Sur le plan juridique, l'effet de distorsion provient de la contradiction entre l'article 3 C posant le principe du suffrage universel et l'article 77 C qui y déroge. La France admet ainsi l'exclusion du droit de suffrage touchant des électeurs pourtant inscrits sur des listes électorales. Ce type de distorsion n'est cependant pas si original dans un pro-

cessus de décolonisation lorsqu'il vise les scrutins directement liés à l'accession à l'indépendance. En revanche, le phénomène de distorsion est plus singulier en Nouvelle-Calédonie car, concernant aussi les élections provinciales, il s'étend au-delà du scrutin relatif à l'accession à la pleine souveraineté.

La valeur constitutionnelle reconnue au gel du corps électoral dans le cadre des élections locales lui confère une indéniabilité autorité, mais cela ne répond pas pour autant à la question de sa durée, liée à l'échéance du scrutin d'autodétermination. De ce point de vue, l'avenir à moyen terme – celui de la quatrième mandature du congrès de la Nouvelle-Calédonie – n'est peut-être pas tracé.

La sortie de l'accord de Nouméa est prévue, en principe, au cours de cette mandature du congrès, entre 2014 et 2019. Cette perspective pose la question de l'évolution du rapport entre la Nouvelle-Calédonie et la métropole et donc celle du maintien de la restriction du corps électoral. Trois hypothèses peuvent alors être envisagées.

Tout d'abord, en cas de vote favorable à l'indépendance, la Nouvelle-Calédonie accèderait au rang d'État souverain et l'on peut imaginer sans peine qu'elle devienne souverainement maîtresse de sa loi électorale. La question de la restriction du corps électoral n'aurait alors plus de véritable objet au regard du phénomène de distorsion décrit plus haut en raison de la disparition des enjeux liés à la question de l'indépendance.

Ensuite, dans l'hypothèse opposée d'un résultat négatif du ou des votes sur l'accession à la pleine souveraineté, il paraîtrait illogique de maintenir la restriction du corps électoral pour les élections locales, sachant que les citoyens calédoniens auraient renoncé souverainement à l'indépendance. Cependant,

160 toute modification en ce sens ne pourrait être envisageable que dans le cadre de la mise en place d'une « nouvelle organisation politique » dans les conditions prévues par l'accord de Nouméa. À défaut, le document d'orientation de l'accord impose une cristallisation institutionnelle « au dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière ». La garantie constitutionnelle de cette « irréversibilité » imposerait une nouvelle révision de l'article 77 C pour revenir sur la restriction du corps électoral. Par ailleurs, politiquement, l'affaire ne serait pas forcément entendue, dans la mesure où la citoyenneté calédonienne mêle aux Kanak, peuple premier, nombre d'ethnies venues participer à la colonisation, au premier rang desquelles figurent des personnes originaires du continent européen. Certes, depuis les pourparlers de Nainville-les-Roches de 1983, les Kanak ont tendu la main en acceptant que l'autodétermination soit « également ouverte pour des raisons historiques à d'autres ethnies dont la légitimité est reconnue par les représentants du peuple kanak ». Néanmoins, seul un vote négatif de la part des Kanak – cela pose alors la question de la délimitation d'une citoyenneté non plus calédonienne mais kanak –, pris isolément, pourrait être véritablement significatif d'une volonté d'assimilation justifiant la disparition du tableau annexe. Sur le terrain politique, la question des distorsions conduisant à la restriction du corps électoral ne serait donc pas forcément réglée.

Enfin, même si ce n'est pour le moment qu'une hypothèse d'école, rien

n'interdit, dans l'absolu, un nouveau report de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté. Si les principales forces politiques locales en faisaient la demande, elle n'aurait pas de raison d'être refusée *a priori* et la Constitution pourrait – pourquoi pas ? – faire l'objet d'une révision en ce sens. La question de la restriction du corps électoral pourrait alors être résolue.

Les aspects politiques

Sur le plan politique, la restriction du corps électoral semble provoquer un effet de distorsion entre les élections provinciales et législatives. La mesure du phénomène mérite une analyse.

Les manifestations du phénomène

Le phénomène de distorsion entre les élections provinciales et législatives va commencer à se manifester dès la mise en œuvre de la restriction du corps électoral. En 1999, les premières élections provinciales post-loi organique avaient été largement dominées par le couple historique RPCR-FLNKS (respectivement 24 et 18 sièges), partenaires des accords de Matignon et signataires de celui de Nouméa¹⁶. Au total, les indépendantistes progressaient, passant de 37 % des suffrages exprimés en 1995 à 41 % en 1999, avec 23 sièges. Les loyalistes reculaient de 63 % en 1995 à 59 % des suffrages exprimés en 1999, avec 31 sièges. De ce point de vue, la restriction du corps électoral a conduit de toute évidence à faire évoluer le rapport de force en ce sens, sans toutefois le bouleverser. Les résultats des élections législatives de 2002 – appuyées

16. Sous cette bannière se trouvaient 12 élus étiquetés FLNKS et 6 Union nationale pour l'indépendance (UNI). Restaient 4 sièges conquis par la Fédération des comités de coordination des indépendantistes (FCCI) et 1 conservé par la Libération kanak socialiste (LKS), du côté des indépendantistes. Dans le camp loyaliste, l'Alliance sauvait 3 sièges alors que le Front national (FN), avec 4 sièges, en devenait la deuxième force.

sur les listes électorales de droit commun – n’ont guère été significatifs, du moins en apparence. Le découpage des deux circonscriptions calédoniennes centré, d’une part, sur Nouméa et, d’autre part, sur les communes du grand Nouméa, ôtant tout risque d’élire un député indépendantiste, les candidats RPCR investis par l’UMP remportèrent les élections législatives de 2002. Néanmoins, Pierre Frogier ne put dépasser la barre des 50 % de suffrages exprimés au premier tour. Il l’emporta au second, avec 55,71 % des suffrages exprimés, face à Paul Neaoutyine du parti de libération kanak (Palika), avec 44,29 % des voix. Jacques Lafleur, avec 49,81 % des suffrages au premier tour, ne fut réélu, contrairement aux législatives de 1997, qu’au second avec 55,74 % des suffrages exprimés face au candidat UDF, Didier Leroux (44,26 %). Ce dernier, entré en dissidence du RPCR en 1995, fut imité en 2001 par Marie-Noëlle Thémereau et Harold Martin.

Par la suite, les divisions du camp loyaliste se sont creusées et l’opposition à Jacques Lafleur s’est structurée avec la présentation d’une liste dénommée « L’Avenir ensemble » aux élections provinciales de 2004. Montrant un front relativement homogène, elle réussit à mettre fin à la domination du RPCR, devenu Rassemblement UMP, en remportant les provinciales de 2004 dans la province Sud. Marie-Noëlle Thémereau a été élue à la présidence du gouvernement par une majorité formée par L’Avenir ensemble et le Rassemblement. Harold Martin, quant à lui, a été porté à celle du congrès, au prix d’une alliance de L’Avenir ensemble avec l’Union calédonienne (UC) – dont la ligne politique

oscille entre autonomie et indépendance – et le FN, clairement loyaliste et officiellement rattaché au parti de Jean-Marie Le Pen.

Le phénomène de distorsion va dès lors pouvoir s’exprimer dans toute son ampleur à l’occasion des élections législatives de 2007. Alors qu’ils s’étaient présentés en ordre très dispersé aux élections provinciales de 2004, les indépendantistes ont cette fois réussi – malgré l’arrivée dans le jeu électoral de candidats de l’Union syndicale des travailleurs kanak et des exploités (USTKE) – à s’unir autour du FLNKS. Simultanément, les loyalistes ont accentué leurs divisions dans la première circonscription. Le Rassemblement UMP, ayant écarté Jacques Lafleur au profit de Gaël Yanno, n’a pu empêcher de nouvelles candidatures dissidentes : celle de Jacques Lafleur qui a décidé de se représenter sous la bannière d’un nouveau parti, le Rassemblement pour la Calédonie (RPC) fondé en 2006, et celle de Pierre Maresca, portant à 3 le nombre de candidats se réclamant de l’UMP. Créé par une agrégation d’intérêts particuliers et de mouvements loyalistes de taille modeste, L’Avenir ensemble n’a visiblement pas réussi à résister aux ambitions personnelles, provoquant la candidature dissidente de Didier Leroux – Mouvement démocrate (MoDem) – face à Philippe Gomès. Ce dernier qui n’avait pas été investi par l’UMP s’est montré sans ambiguïté dans le droit-fil de ce parti auquel il souhaitait être rattaché en cas de victoire. Dans un tel contexte, il ne faisait guère de doute que les indépendantistes vinssent à jouer un nouveau rôle¹⁷. En raison notamment d’un fort taux d’abstention, l’éventualité de trian-

17. Claudine Wéry, « En Nouvelle-Calédonie, les indépendantistes pourraient profiter des divisions de la droite locale », *Le Monde*, 19 avril 2007.

gulaires dans les deux circonscriptions a laissé place à deux duels Rassemblement UMP-FLNKS. Dans la première circonscription, Gaël Yanno (Rassemblement UMP) – 30,89% des suffrages exprimés selon le ministère de l'Intérieur – a été le seul à dépasser 12,5% du nombre des électeurs inscrits et s'est retrouvé opposé à Charles Washetine (FLNKS) – 15,78% des suffrages exprimés –, arrivé en deuxième position. Dans la seconde circonscription, pourtant épargnée par les candidatures loyalistes dissidentes, Pierre Frogier (Rassemblement UMP) – 34,53% des suffrages exprimés – et Charles Pidjot (FLNKS) – 30,38% –, dépassant tous deux la barre de 12,5% du nombre des électeurs inscrits, se sont qualifiés pour le second tour. Ce résultat montre donc, après les bouleversements des élections provinciales de 2004, un retour à un affrontement classique entre loyalistes et indépendantistes historiques. De ce point de vue, le phénomène de distorsion entre les élections provinciales et législatives apparaît dans toute sa splendeur.

Avec un taux d'abstention s'élevant à 42,27% dans la première circonscription et à 37,82% dans la seconde au second tour, la poussée indépendantiste n'a pas permis une mobilisation suffisante pour menacer les loyalistes. Prenant les atours d'un référendum sur l'indépendance, l'engagement de ses adversaires, servis par le découpage électoral, a écarté toute chance de victoire au FLNKS. Le résultat a été de ce point de vue sans surprise, assurant un confortable succès au Rassemblement UMP, avec 54,13% des suf-

frages exprimés, pour Pierre Frogier et 69,21% pour Gaël Yanno. Le triomphe a été total dans les agglomérations, dépassant 80% des suffrages exprimés sur l'ensemble du grand Nouméa pour le premier, ainsi qu'à Nouméa pour le second. En revanche, le FLNKS a très facilement gagné dans les bastions indépendantistes des Îles et du Nord¹⁸.

Ces scores ont eu pour conséquence une redistribution des cartes dans le camp loyaliste, favorisée par la démission de la présidente du gouvernement, Marie-Noëlle Thémereau le 23 juillet 2007, entraînant celle de l'ensemble de l'exécutif¹⁹. Désormais, cette réorganisation est centrée sur un accord-cadre de répartition des responsabilités institutionnelles conclu entre le Rassemblement, L'Avenir ensemble et le RPC. Cet accord a permis de porter Pierre Frogier, leader du Rassemblement, à la présidence du congrès et Harold Martin, dirigeant de L'Avenir ensemble, à celle du gouvernement. Cela met donc un point d'orgue à un processus de réconciliation attendu par l'UMP et formalisé par la rencontre de ces deux patrons de la droite locale, rue Oudinot, courant juillet 2007, sous la bénédiction de Christian Estrosi, secrétaire d'État à l'Outre-mer.

L'analyse du phénomène

Certes, les interprétations des résultats électoraux sont toujours multiples et les élections législatives calédoniennes n'échappent pas à la règle. Néanmoins, l'effet de distorsion constaté vis-à-vis des élections provinciales peut trouver des explications par l'analyse de phéno-

18. 65,22% des voix à l'île des Pins, 77,26% à Lifou, 86,85% à Maré, 76,53% à Ouvéa. Pour ce qui concerne les localités comportant plus de 2 000 inscrits : 90,45% des voix à Canala, 80% à Houailou, 70,06% à Koné, 77,36% à Poindimié, 84,07% à Ponérihouen.

19. Entrée en fonctions depuis plus de trois ans, elle avait annoncé qu'elle remettrait sa démission à l'issue des élections législatives et ce quel qu'en serait le résultat.

mènes électoraux classiques, mais aussi par des comportements particuliers sur le plan local.

Les facteurs explicatifs classiques peuvent porter, d'une part, sur les différences liées aux modes de scrutin et, d'autre part, sur l'impact de l'abstention.

Les membres des assemblées de province et du congrès sont élus à la représentation proportionnelle avec répartition des restes à la plus forte moyenne, alors que les députés le sont au scrutin uninominal majoritaire à deux tours. La question consiste à savoir quelle aurait pu être l'influence de l'utilisation d'autres modes de scrutin sur les aspects politiques du phénomène de distorsion. De ce point de vue, la réponse paraît incertaine, mais n'exclut pas l'éventualité d'une atténuation de celui-ci.

D'un côté, l'effet de bipolarisation du scrutin majoritaire pourrait limiter le nombre de partis présents aux assemblées de province. Si ce mode de scrutin avait été utilisé lors des élections provinciales de 2004, le déséquilibre entre la province Sud – largement loyaliste – et celles du Nord et des Îles – majoritairement indépendantistes – n'aurait pas forcément eu de lourdes conséquences sur la percée de L'Avenir ensemble dans le Sud dans le cadre d'un premier tour. Cette formation y est arrivée en tête avec 18 574 voix, devant le Rassemblement UMP avec 17 097 voix. À supposer que ce mode de scrutin ait permis d'éviter la division du FLNKS, ce dernier serait tout de même arrivé en quatrième position avec 4 627 voix, derrière le FN, qui a obtenu 6 135 voix²⁰. En revanche, concernant l'organisation d'un second tour, toujours en

province Sud, aucune certitude ne peut être avancée. Cela dit, en admettant que des règles de qualification identiques à celles des élections législatives trouvent à s'appliquer, les résultats d'un duel entre loyalistes, dépendant notamment des reports de voix, auraient très bien pu pencher en faveur du Rassemblement UMP et changer la physionomie du verdict des urnes issu de la représentation proportionnelle. Dans une telle hypothèse, l'effet de distorsion entre les élections provinciales et législatives en aurait alors été réduit d'autant.

D'un autre côté, si la représentation proportionnelle avait été mise en œuvre lors des élections législatives de 2007, l'effet de distorsion aurait tout de même pu être ressenti par l'arrivée du Rassemblement UMP devant L'Avenir ensemble. Ce qui s'est produit dans les deux circonscriptions actuelles aurait pu également arriver dans le cadre d'une circonscription unique. Le Rassemblement UMP aurait alors obtenu 24 884 voix, contre 13 952 pour L'Avenir ensemble. Cela se serait également confirmé dans l'hypothèse d'un rattachement des candidatures dissidentes (celle de Jacques Lafleur et Pierre Maresca au Rassemblement UMP et celle de Didier Leroux à L'Avenir ensemble), avec 30 298 pour le Rassemblement UMP, contre 19 268 voix pour L'Avenir ensemble. En revanche, il n'est pas certain que le camp indépendantiste eût résisté aux tentations de la division. Dans ce cas, il ne serait peut-être pas arrivé en deuxième position, intercalé entre deux formations loyalistes.

Se gardant d'émettre tout jugement définitif, l'effet de distorsion pourrait

20. La liste « UNI avec le FLNKS » avait obtenu 2 530 voix et la liste « FLNKS pour l'indépendance » en avait obtenu 2 097.

donc partiellement provenir de la différence liée à l'utilisation de la représentation proportionnelle pour les élections provinciales et celle du scrutin majoritaire pour les élections législatives. En effet, les quelques éléments de réflexion portant sur l'adoption d'un mode de scrutin identique pour l'une et l'autre élection semblent, dans une certaine mesure, en suggérer l'éventualité.

Le second facteur explicatif classique porte sur le taux d'abstention. Au premier tour, il s'est élevé à 45,8 % dans la première circonscription et à 47,65 % dans la seconde. Au second tour, il a sensiblement baissé, passant à 42,27 % dans la première circonscription et 37,82 % dans la seconde. Concernant le second tour, l'impact du taux d'abstention reste modeste en raison du découpage électoral très largement favorable aux candidats loyalistes. En revanche, une forte participation au premier tour aurait peut-être permis de limiter l'effet de distorsion dans l'hypothèse de triangulaires entre le Rassemblement UMP, le FLNKS et L'Avenir ensemble. Encore aurait-il fallu que les abstentionnistes eussent voté en ce sens.

Sur le plan des facteurs explicatifs locaux, la question du comportement des électeurs inscrits au tableau annexe peut se poser. Ces derniers représentent environ 19 000 personnes, soit 13 % des électeurs inscrits sur les listes électorales de droit commun (20 % à Nouméa). Faute de sondages à la sortie des urnes, seules des suppositions quant à leur comportement électoral peuvent être émises.

Au premier tour des élections législatives de 2007, certains d'entre eux, ne se sentant guère concernés par la vie politique locale, ont dû s'abstenir. D'autres ont peut-être voté pour le Rassemblement UMP, en réaction à la victoire de

L'Avenir ensemble aux provinciales à laquelle ils n'avaient pas contribué. Certains ont tout de même pu voter pour cette formation. Une partie d'entre eux a éventuellement choisi le camp indépendantiste, croyant à l'accession à la pleine souveraineté ou y trouvant un vote refuge à gauche.

À cela s'ajoute la sanction qu'ont certainement infligée les associations de défense du droit de vote (Association des Français résidents de Nouvelle-Calédonie (AFRNC), Association de défense du droit de vote et Union des citoyens calédoniens pour le suffrage universel) hostiles au gel du corps électoral et déçues par le refus que L'Avenir ensemble a opposé à leur demande de signature d'un engagement rédigé par l'AFRNC et présenté aux candidats loyalistes le 9 mai 2007. Le texte les invitait à soutenir quatre points : la défense des droits des « personnes lésées et déconsidérées par l'accord de Nouméa et le gel du corps électoral provincial », l'opposition « à toute tentative de restrictions nouvelles dont [elles] pourraient être victimes » et « à toute dérive discriminatoire dans l'application de la loi », ainsi que le rétablissement, « dans le futur positif, au terme de l'accord de Nouméa dans l'hypothèse du refus de l'indépendance, [des] droits strictement égaux applicables à tous les citoyens ». Indéniablement, cette attitude de L'Avenir ensemble a dû provoquer des rancœurs chez un certain nombre de ces électeurs. Au-delà, ces doléances ne se limitent pas au cercle des électeurs inscrits au tableau annexe et il paraît évident qu'une partie de l'électorat loyaliste inscrit sur les listes spéciales s'est associée dans les urnes à ce mouvement d'humeur par solidarité et partage d'opinion.

Sans que l'on puisse mesurer précisément la part de tel ou tel compor-

tement à l'issue du premier tour des élections législatives, L'Avenir ensemble s'est trouvé renvoyé à une position de figurant au second tour. Cela montre bien que le phénomène de distorsion entre les élections provinciales et législatives est en partie dû à l'existence de deux corps électoraux.

L'adhésion des métropolitains, inscrits au tableau annexe, au camp loyaliste est traditionnellement massive. Leur participation à des élections, certes législatives mais dans un contexte où le localisme prime, pour ne pas dire qu'il fait purement et simplement disparaître les enjeux nationaux, constitue ce que l'historien Louis-José Barbançon désigne comme un phénomène exogène du vote

de l'immigration²¹. Il s'amplifie à mesure de l'augmentation du nombre des inscrits, venant de métropole, sur les listes électorales de droit commun. À propos des élections provinciales, le Premier ministre Lionel Jospin, devant le Parlement réuni en Congrès le 6 juillet 1998, avait déclaré: « En raison des particularismes néo-calédoniens, il n'apparaît pas contraire aux principes démocratiques que des citoyens qui ne passent que quelques années seulement sur le territoire ne déterminent pas les décisions qui concernent celui-ci spécifiquement²². » Compte tenu de l'importance de la dimension locale des élections législatives en Nouvelle-Calédonie, un raisonnement analogue peut rencontrer un certain écho à leur égard.

165

21. Propos tenus sur l'antenne de RFO, le 17 juin 2007, au soir du second tour.

22. Cité in Rapport Quentin, *op. cit.*, p. 14.

PIERRE ASTIÉ
DOMINIQUE BREILLAT
CÉLINE LAGEOT *

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} avril – 30 juin 2008)

167

ALLEMAGNE

1^{er} avril 2008. **Union européenne. PACS.** La Grande Chambre de la Cour de justice de Luxembourg donne satisfaction à un homme, Tadao Maruko, souhaitant toucher une pension de veuvage suite au décès de la personne avec laquelle il était lié dans un « partenariat de vie », considérant que « le refus de faire bénéficier les partenaires de vie de la pension [...] constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ». Cette décision pourrait avoir des conséquences sur le régime du PACS en France, même si les juges ont considéré que la pension allemande pouvait être assimilée à une « rémunération », entrant ainsi dans le cadre de la loi européenne contre les discriminations en matière d'emploi et de travail. (Aff. C 267/07, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*).

1^{er} avril 2008. **Cour constitutionnelle. Droit de la famille.** Dirk B., marié,

père d'un enfant de 9 ans né à la suite d'une liaison extraconjugale, demandait à la Cour constitutionnelle d'annuler la décision d'un tribunal du Brandebourg, qui lui avait ordonné de voir son fils tous les trois mois en présence d'une assistante sociale. Il refusait au motif que cela mettait son couple et sa vie de famille en péril, ayant deux enfants légitimes. La Cour lui donne raison, considérant qu'une visite obligatoire porte atteinte aux droits de la personnalité du père et qu'elle ne sert pas le bien-être de l'enfant. Cependant, la Cour n'exclut pas qu'une telle visite puisse être obligatoire si elle contribue au bien-être de l'enfant. Cet arrêt pose la question des droits de l'enfant absents de la Loi fondamentale de façon explicite. Le SPD avait demandé l'ajout d'un texte dans la Loi fondamentale, ce qu'avait refusé la CDU. (1 BvR 1620/04, B...)

Dans une autre affaire, la Cour donne raison à un père trompé qui réclame du père biologique présumé de ses trois enfants le remboursement de la

* Université de Poitiers – UMR 6224 CECOJI.

pension alimentaire versée pendant plusieurs années à son ancienne épouse. Les juges ont estimé qu'il pouvait réclamer au concubin de son ex-femme un test de paternité. Le plaignant se heurtait à un vide juridique. Si la loi allemande permet à un homme d'établir sa non-paternité, elle ne permet pas de contraindre le père présumé à établir sa paternité.

5 avril 2008. **Hesse. Coalition.** Andrea Ypsilanti, SPD, porte-drapeau de la gauche SPD, opte en faveur d'une coalition avec les Verts et Die Linke, ce qui donnerait une courte majorité de deux voix face à une coalition CDU-FDP. Cependant l'accord ne peut se faire à gauche. En conséquence, Roland Koch, CDU, ministre-président sortant depuis le 7 avril 1999, 50 ans, est reconduit dans ses fonctions, aucun candidat ne s'étant présenté contre lui. Ni la CDU, ni la SPD n'ayant eu la majorité absolue des sièges avec leurs alliés habituels, on pourrait s'orienter vers une alliance inédite CDU-FDP-Verts. En attendant, c'est un gouvernement assurant les affaires courantes.

27 avril 2008. **Berlin. Initiative populaire.** C'est l'emblématique aéroport de Tempelhof qui sera l'objet de la première initiative populaire berlinoise. Inauguré par Hitler et Goebbels, Tempelhof fut l'aéroport par lequel passèrent les avions pendant le blocus de Berlin en 1948-49. Tempelhof devrait fermer le 31 octobre 2008. Cependant, le leader chrétien-démocrate du land, Friedbert Pflügert, a rassemblé 170 000 signatures permettant un référendum. Mais les Berlinoises se mobilisent trop peu, surtout dans la partie est. La participation n'a été que de 36,1 %. Si le oui l'emporte avec 60,1 % contre 39,7 %, cela ne représente que 21,7 % des électeurs. L'exigence était de 25 %.

7 mai 2008. **Hambourg.** Le chef du gouvernement de Hambourg, Ole von Beust, CDU, s'engage dans une coalition inédite au niveau d'un Land en faisant alliance avec les Verts. Les Verts auront trois portefeuilles (éducation, environnement et justice). Ce type d'alliance n'existait qu'au niveau local comme à Francfort depuis 2002. C'est la conséquence des élections du 24 février et du bon résultat de Die Linke, qui a fait perdre à la CDU la majorité absolue dont elle disposait. Ole von Beust est réélu à la tête du Land le 7 mai. Pourtant les Verts avaient mené campagne pour chasser le ministre-président mais ils n'avaient pu s'allier avec le SPD.

ESPAGNE

11 avril 2008. **Gouvernement.** La formation du gouvernement Zapatero connaît des difficultés. Le 9 avril, il n'obtient pas l'investiture, les deux principaux partis nationalistes, CiU catalan et PNV basque s'abstenant. Il a obtenu 168 voix sur 350, 158 voix contre et 23 abstentions alors qu'il lui en aurait fallu 176. Il doit attendre le second tour, le 11 avril, où la majorité simple est exigée. Il est élu avec les seules voix du Parti socialiste ouvrier espagnol (169 contre 15 ; la plupart des partis nationalistes, en particulier basques et catalans, se sont abstenus).

Le 12 avril, il annonce son nouveau cabinet dans lequel Carmen Chacón Piqueras devient ministre de la Défense, les postes majeurs restant inchangés. La nouvelle ministre de la Défense, 37 ans, enceinte de quelques mois, catalane, écologiste pacifiste suscite des remous dans l'armée. Ses alliés écolo-communistes et indépendantistes catalans ayant été affaiblis par le scrutin, José Luis Rodríguez Zapatero cherchera à avoir ponctuelle-

ment des alliés. 5 nouveaux ministres font leur entrée, dont la ministre de l'Égalité, Bibiana Aído, la benjamine, âgée de 31 ans, plus jeune ministre jamais nommée en Espagne.

Le gouvernement comprend 9 femmes pour 8 hommes.

20-22 juin 2008. **Parti populaire.** Le parti populaire tient son XVI^e congrès à Valence dans un climat difficile après la défaite aux élections législatives, malgré un bon résultat, et les dissensions entre leaders.

María Dolores de Cospedal, 42 ans, avocate, divorcée, mère célibataire par insémination artificielle, devient secrétaire générale du parti et ainsi son numéro deux. C'est un recentrage du parti et une volonté d'échapper à l'influence de l'Église. Mariano Rajoy conserve la présidence même s'il y a eu des contestations suite à l'échec aux élections législatives. Il y a eu 15,76 % de votes nuls, certains comme Esperanza Aguirre, présidente de la région de Madrid, n'appréciant pas le recentrage du parti.

27 juin 2008. **Pays basque.** Le Parlement basque vote sur le projet de consultation populaire sur l'autodétermination des Basques proposé par le président du gouvernement régional basque, Juan José Ibarretxe. Il est approuvé grâce à une voix « prêtee » du bout des lèvres par le groupe des 9 députés du parti communiste des terres basques. Ce projet est jugé inconstitutionnel par le Premier ministre et est déferé au Tribunal constitutionnel.

Deux questions seraient posées. La première serait relative à une nouvelle négociation avec l'ETA. La seconde proposerait un futur référendum en 2010 sur « l'exercice du droit à décider du peuple basque ».

ÉTATS-UNIS

Avril-juin. **Élection présidentielle.** Le 22 avril ont lieu les primaires démocrates et républicaines en Pennsylvanie. Hillary Clinton l'emporte dans cet État où la communauté catholique est importante, représentant 30 % de la population, or elle bénéficie du soutien de 65 % des catholiques. Elle obtient 54,7 % des voix (1 258 245) contre 45,3 % (1 042 297) à Barack Obama. Ce sont les femmes, les personnes âgées, les électeurs les moins aisés et les moins éduqués et les catholiques qui l'ont soutenue. La compétition est relancée.

Le 3 mai, Barack Obama l'emporte de 7 voix (il y avait 4 500 électeurs) sur Hillary Clinton aux caucus de Guam, possession américaine au sein des îles Mariannes. Chacun des deux candidats aura deux délégués.

Le 6 mai, les primaires démocrates et républicaines en Indiana (72 délégués) et Caroline du Nord (115 délégués) maintiennent l'incertitude. Hillary Clinton l'emporte de justesse en Indiana par 51 % (638 274 voix) contre 49 % (615 862 voix) à Barack Obama, mais ce dernier triomphe largement en Caroline du Sud par 56 % (890 695 voix) contre 42 % (657 920 voix).

Le 13 mai ont lieu les primaires consultatives républicaines au Nebraska et la primaire démocrate en Virginie occidentale – à l'issue de laquelle Hillary Clinton obtient un triomphe avec 67 % des voix.

C'est la même incertitude lors des primaires au Kentucky et en Oregon le 20 mai.

Barack Obama remporte la primaire de l'Oregon avec 58 % des suffrages (313 992 voix) contre 42 % à son adversaire (225 469 voix), tandis qu'Hillary

Clinton l'emporte très largement au Kentucky avec 65 % des voix (459 145 voix et 37 délégués) contre 30 % à son adversaire (209 771 voix et 14 délégués).

Suite à sa victoire en Oregon, Barack Obama revendique la majorité absolue des délégués élus avec 1 648 délégués « simples » ou « élus » et 305 « super-délégués » contre 1 491 délégués simples et 277 super-délégués à Hillary Clinton selon CNN. Hillary Clinton entend rester jusqu'à la convention. Il faut au moins 2 026 des 4 050 délégués.

170 Le 31 mai, le parti démocrate décide de n'accorder qu'une demi-voix aux délégués de Floride et du Michigan, ce qui avantage Barack Obama. Hillary Clinton était arrivée en tête dans ces deux États.

Les primaires de Porto Rico, le 1^{er} juin, renforcent Hillary Clinton dans sa volonté de se maintenir. Elle emporte une victoire très nette dans cette possession américaine avec 68 % de voix.

Le 3 juin marque la fin officielle des primaires républicaines avec celle du Nouveau-Mexique et du Dakota du Sud. Chez les démocrates, c'est une fois de plus un partage entre les deux candidats.

Hillary Clinton remporte les primaires du Montana et Barack Obama celles du Dakota du Sud. Barack Obama a 2 157 délégués dont 392 super-délégués, tandis qu'Hillary Clinton a 1 926 délégués dont 288 super-délégués. Pour obtenir l'investiture il faut avoir l'appui de 2 118 délégués sur un total de 4 049.

Le 7 juin, Hillary Clinton reconnaît sa défaite.

Le 14 mai, John Edwards apporte son soutien à Barack Obama. Plus inattendu est le soutien du doyen du Sénat, Robert Byrd, 90 ans, sénateur de Virginie occidentale, qui fut dans sa jeunesse membre du Ku Klux Klan. Un point commun

réunit le sénateur et Barack Obama: leur opposition à la guerre en Irak.

Le 23 mai, Hillary Clinton commet une erreur grave en évoquant l'assassinat possible de Barack Obama par référence à celui de Robert Kennedy en 1968.

Discorde dans le couple Schwarzenegger. Le gouverneur, Arnold Schwarzenegger soutient John McCain tandis que son épouse, Maria Shriver, nièce de John Kennedy, soutient Barack Obama.

Le 17 juin, Al Gore apporte son soutien à Barack Obama. Le 24 juin, c'est le tour de Bill Clinton.

Le 27 juin, Hillary Clinton et Barack Obama tiennent un meeting commun, symboliquement à Unity, petit village du New Hampshire.

Barack Obama, renonce aux fonds publics – 84,7 millions de dollars – plutôt que de se voir imposer une limitation dans les dépenses; c'est la première fois qu'un candidat agit ainsi depuis 1972.

Le candidat démocrate considère qu'il encourage la moralisation de la vie politique car sa campagne est alimentée par de très nombreux petits donateurs, par Internet.

En dix-sept mois, il a recueilli deux fois et demi plus d'argent que John McCain.

Family Circle a organisé son habituel concours de pâtisseries, entre les femmes des candidats. La tradition veut que le mari de la gagnante soit toujours élu. C'est la recette des cookies à l'avoine et aux pépites de caramel de Cindy McCain qui a été jugée plus populaire que les sablés au zeste de citron et d'orange et à la liqueur d'amaretto de Michelle Obama. On ne sait si Bill Clinton aurait concouru si Hillary avait été candidate...

Avril-juin 2008. **Guantanamo.** L'auteur d'un attentat-suicide commis à Mossoul

le 26 avril, Abdallah Saleh Al-Ajmi, est identifié comme ancien détenu de Guantanamo libéré en novembre 2005. Selon le Pentagone, 13 anciens détenus seraient retournés au combat.

Le 20 mai, le secrétaire à la Défense, Robert Gates, estime que les États-Unis sont « coincés » avec Guantanamo en raison du sort incertain des prisonniers qui seraient libérés en cas de fermeture du camp. 800 détenus sont passés par ce camp et 270 y sont toujours prisonniers.

C'est un revers cinglant qu'inflige la Cour suprême à l'administration Bush le 12 juin. Elle considère que la base de Guantanamo louée par les États-Unis depuis 1903 se trouve sur un territoire relevant de la souveraineté américaine. Et ne peut échapper aux lois de celle-ci. En conséquence les prisonniers ont droit à l'*habeas corpus*, à connaître les raisons pour lesquelles ils sont emprisonnés et à les contester devant les tribunaux américains.

C'est la troisième fois que la Cour suprême conteste la légalité de cette prison.

En juin 2004 (*Rasul v. Bush*), elle avait décidé que les « ennemis combattants » avaient le droit de contester leur détention devant un juge civil. En réplique, le Congrès avait adopté le *Detainee Treatment Act*, avec un amendement McCain interdisant les traitements cruels, inhumains et dégradants, mais privant les détenus du recours à l'*habeas corpus*. En juin 2006, la cour avait jugé (*Hamdan v. Rumsfeld*) que cette loi ne pouvait supprimer les recours déjà engagés. En octobre, le Congrès adoptait alors la loi sur les commissions militaires qui affirmait que les étrangers, y compris résidant aux États-Unis, n'avaient pas droit à l'*habeas corpus* s'ils

étaient désignés comme « ennemis combattants ». La dernière décision redonne leurs droits aux détenus de Guantanamo. Ils pourront saisir la justice civile pour contester leur détention.

Cette fois-ci, le président Bush a dit qu'il respecterait cette décision. Il faut souligner que l'arrêt rédigé par le juge Kennedy a été rendu par 5 voix contre 4, les juges les plus conservateurs : le Chief Justice Roberts et les juges Scalia, Alito et Thomas (06-1195, *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States et al.*, 553 US [2008]).

Le 23 juin, une cour d'appel fédérale annonce qu'elle abandonne la qualification d'« ennemi combattant » retenue contre Huzaifa Parhat, Chinois ouïgour, militant dans un groupe séparatiste soupçonné de liens avec Al-Qaïda, détenu à Guantanamo. C'est un revers supplémentaire pour l'administration Bush.

16 avril, 29 mai et 25 juin 2008. **Peine de mort.** Par 7 voix contre 2, la Cour suprême, le 16 avril, considère que les injections létales utilisées dans 36 États pour exécuter les condamnés à la peine de mort ne sont pas un « châtiment cruel » au sens de la Constitution américaine. Cette décision fait suite à un moratoire depuis septembre 2007 lorsque la Cour s'était saisie du recours de deux condamnés à mort du Kentucky, Ralph Baze et Thomas Bowling, qui arguaient que les injections létales, mal pratiquées, pouvaient provoquer une « douleur insoutenable ». Les deux requérants ne demandaient pas à être graciés mais à être exécutés selon un autre protocole.

Selon le Chief Justice John Roberts, les plaignants n'ont pas, à propos de l'injection létale, « prouvé que le risque de souffrance liée à sa mauvaise administration » violait la Constitution.

Les juges Ruth Ginsburg et David Souter ont voté contre. Assez curieusement, le juge Stevens a voté en faveur de la constitutionnalité des injections létales, par respect pour les décisions antérieures de la Cour, mais n'en a pas moins considéré la peine de mort comme anticonstitutionnelle... Les juges Alito, Steven, Scalia, Thomas et Breyer ont rédigé une opinion concurrente (07-5439, *Baze et al. v. Rees, commissioner, Kentucky Department of correction et al.*, 553 US [2008]).

172 15 mai 2008. **Mariage homosexuel.** La Cour suprême de l'État de Californie donne raison à des plaignants, dont la ville de San Francisco, qui affirmaient que la définition du mariage par le code civil – union entre un homme et une femme – était discriminatoire. (*In re Marriage cases* [6 appels], S 147999). Le mariage homosexuel devient légal le 16 juin. Les magistrats du New Jersey et de New York ont adopté une solution différente.

26 juin 2008. **Armes.** La Cour suprême reconnaît à tout Américain le droit de posséder une arme de poing et d'en faire usage dans un cadre légal. Par 5 voix contre 4, en effet, elle annule une loi en vigueur dans la capitale fédérale qui bannissait presque totalement la possession d'armes de poing.

C'est la première fois depuis 1939 que la Cour se prononce sur cette question. Elle a fondé sa décision sur le 2^e amendement de la Constitution qui dispose qu'« une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, il ne sera pas porté atteinte au droit des citoyens de posséder et de porter des armes ». Jusqu'ici, la jurisprudence dominante dans les cours fédérales considérait cet amendement comme un

droit collectif lié au service militaire.

Dans un arrêt de 157 pages, la Cour contredit cette interprétation. Elle affirme que le 2^e amendement protège ce droit « indépendamment du service dans une milice » et qu'il autorise « à utiliser cette arme dans un but légal, tel que l'autodéfense à domicile ». Mais elle précise que « le 2^e amendement, comme la plupart des droits, n'est pas illimité. L'opinion de la Cour ne doit pas être interprétée comme une opposition aux interdictions frappant les criminels, les personnes mentalement retardées, certaines armes dangereuses ou des lieux sensibles comme les écoles et les administrations » (07-290, *District of Columbia et al. v. Heller*, 554 US [2008]).

La National Rifle Association, lobby des armes, même si elle ne considère pas John McCain comme son candidat idéal, le préfère cependant largement à Barack Obama.

FINLANDE

1^{er} avril 2008. **Ministre.** Ilkka Kanerva, ministre des Affaires étrangères depuis le 19 avril 2007, est contraint à la démission par le chef du parti conservateur dont il est membre, suite à la publication de 200 SMS à une « danseuse érotique » qu'il aurait rencontrée lors d'une visite en Laponie... Officiellement Ilkka Kanerva est en arrêt maladie depuis le 1^{er} avril !

Les SMS ont également atteint le Premier ministre Matti Vanhanen, en fonction depuis le 24 juin 2003, qui avait eu une aventure avec une femme rencontrée sur Internet peu après son divorce. Le Premier ministre avait mis fin à la liaison par un SMS publié par la jeune femme. L'affaire est devant les tribunaux, le Premier ministre ayant perdu en première instance.

Alexander Stubb devient le nouveau ministre des Affaires étrangères et prête serment le 4 avril.

IRAN

21 avril 2008. **Femmes.** Nasrin Afzali, journaliste et militante féministe, est condamnée à 6 mois de prison et 10 coups de fouet avec sursis pour «trouble à l'ordre public», étant accusée d'avoir participé à un rassemblement en mars 2007 devant un tribunal de Téhéran qui devait juger d'autres féministes. Elle a affirmé n'être là que pour couvrir le procès en tant que journaliste.

Le 16 juin, la police iranienne lance une campagne contre la «corruption sociale», visant notamment les femmes ne respectant pas le code vestimentaire.

Mais les femmes peuvent être aussi l'objet d'attentions particulières... En mai, le premier parc public («Le paradis des mères») réservé aux femmes est inauguré. Il permet aux femmes, une fois franchi l'entrée du parc, de s'abstraire du code vestimentaire de la charia.

14 mars et 25 avril 2008. **Élections législatives.** De nombreux candidats réformateurs sont rejetés par le Conseil des Gardiens de la Constitution aux mains des conservateurs. Au total, 2 000 candidats sont écartés sur 7 168 candidats, pour corruption, mauvaise réputation ou défaut de diplôme suffisant. Finalement 4 476 candidats sont autorisés.

Le Guide suprême appelle à la fin des querelles politiques internes.

Alors que l'ancien négociateur du nucléaire iranien Ali Larijani avait constitué sa propre liste pour concurrencer celle du Front uni, il rejoint la liste des conservateurs.

Ali Eshraghi, petit-fils de l'ayatollah

Khomeiny, ingénieur, 39 ans, a posé sa candidature pour le parti réformateur Mosharekat. Celle-ci a été écartée le 23 janvier avant de figurer dans les 280 repêchés, grâce à l'influence de son cousin Hassan Khomeiny, gardien du mausolée de l'ayatollah, et de son beau-frère Mohammad Khatami, ancien président réformateur.

Au premier tour des élections, les conservateurs s'assurent une forte avance.

Au second tour, les conservateurs confirment leurs résultats et gagnent au total 42 sièges par rapport à 2004, ce qui leur donne 198 des 290 sièges. Les réformateurs gagnent 7 sièges, atteignant ainsi 46 députés, et les indépendants ont 69 élus.

La participation a été très faible: 25 %. 2 sièges ont été attribués au premier tour aux Arméniens, 1 aux catholiques chaldéens et assyriens, 1 aux juifs et 1 aux zoroastriens.

IRLANDE

7 mai 2008. **Premier ministre.** Taoiseach depuis le 26 juin 1997, soit près de onze ans, Bertie Ahern annonce le 2 avril son intention de quitter ses fonctions le 6 mai. C'est une surprise car il avait été réélu en 2007 pour un troisième mandat. Il est cependant impliqué dans une affaire de corruption. C'est ainsi qu'entre 1987 et 1994 il n'avait pas de compte bancaire et encaissait ses chèques auprès de son pub local! Des sommes importantes auraient été versées sur des comptes de son ancienne compagne.

Le ministre des Finances et vice-Premier ministre Brian Cowen, 48 ans, lui succède le 7 mai, élu par le Dail par 88 voix contre 76. Député depuis 1984, alors âgé de 24 ans, il succédait à son père Bernard Cowen. Ministre du Travail en

1992 puis des Transports en 1993-1994, il occupe le portefeuille de la Santé en 1997, celui des Affaires étrangères en 2004 et enfin celui des Finances depuis 2004. Beaucoup plus rugueux que Bertie Ahern, il jouit d'une grande popularité.

Mary Coughlan devient vice-Premier ministre et Micheál Martin ministre des Affaires étrangères. Le gouvernement compte 14 ministres dont 3 femmes et 20 secrétaires d'État dont 2 femmes.

Ce changement intervient en pleine campagne référendaire sur le traité de Lisbonne.

174

12 juin 2008. **Référendum.** Seul pays de l'Union européenne constitutionnellement obligé de soumettre le traité de Lisbonne (dit « traité simplifié ») signé le 13 décembre 2007 à un référendum, l'Irlande a organisé cette consultation le 12 juin 2008, qui a abouti à son rejet par 53,4 % des Irlandais (46,34 % d'opinions favorables). Mais la participation n'a été que de 46,9 %. Les partisans du « non », au total une douzaine répartie en organisations aux objectifs divers et variés, ont saisi l'occasion de dire leur rejet d'une Europe trop grande pour la petite République d'Irlande. Chacun, de Libertas au Sinn Féin, en passant par les catholiques d'extrême droite, a dénoncé le traité pour des raisons parfois opposées.

C'est un divorce entre le peuple et les élites politiques qui avaient appelé à voter en faveur du oui.

Le scrutin s'est déroulé dans un très mauvais contexte interne, intervenant au moment où l'Irlande changeait de Premier ministre. C'est l'Irlande rurale qui a fait triompher le non.

Selon un sondage, 40 % des Irlandais ont voté non car ils n'ont pas com-

pris le traité. 20 % ont voulu protéger l'identité irlandaise, 17 % ont exprimé de la méfiance à l'égard des politiciens, 10 % ont eu le souci de la neutralité, 10 % ont sanctionné la perte du commissaire irlandais entraînée par le traité et 8 % ont refusé l'harmonisation fiscale.

Le vote irlandais est intervenu après les ratifications parlementaires du traité le 11 juin par la Finlande, l'Estonie et la Grèce, portant à 18 le nombre des ratifications. Le texte, censé remplacer le projet de Constitution européenne rejeté par référendum en 2005 par la France et les Pays-Bas, doit être approuvé par la totalité des 27 États membres pour une entrée en vigueur initialement prévue le 1^{er} janvier 2009. Il prévoit d'instituer pour l'Union un président élu pour deux ans et demi renouvelables, un haut représentant pour la politique étrangère, un système de décision plus démocratique ainsi qu'un rôle accru pour les Parlements européen et nationaux. La question se pose aujourd'hui de savoir si le « non » irlandais est définitif.

Déjà, à propos du traité de Nice, les Irlandais avaient émis une opinion négative le 7 juin 2001. Un second référendum en octobre 2002 avait permis l'approbation. Au total l'Irlande aura connu 7 référendums sur des questions européennes si on y ajoute ceux de 1972 sur l'adhésion aux Communautés européennes, de 1987 sur l'Acte unique européen, de 1992 sur le traité de Maastricht et de 1998 sur le traité d'Amsterdam.

Le Conseil européen a longuement débattu des résultats négatifs du référendum irlandais sur le traité de Lisbonne. Les dirigeants de l'Union européenne ont décidé de continuer le processus de ratification dans les pays qui n'ont pas encore approuvé le traité et de revenir sur le sujet lors de leur

sommet d'octobre. Jusqu'ici, 19 pays ont approuvé le traité. Emboitant le pas à la chambre des Lords, le Parlement britannique a approuvé le 18 juin 2008 le traité de Lisbonne. Le texte avait été préalablement adopté en mars par la chambre des Communes.

Inscrits	3 051 278	
Votants	1 621 037	(53,13 %)
Nuls	6 171	(0,38 %)
Exprimés	1 614 866	
OUI	752 451	(46,60 %)
NON	862 415	(53,40 %)

ISLANDE

28 juin 2008. **Élection présidentielle.** L'élection présidentielle, prévue le 28 juin, n'aura pas lieu en Islande. En effet, selon des dispositions qu'on trouve également en Irlande, lorsque aucun candidat ne se présente contre le chef de l'État en place et si lui-même a fait acte de candidature, il n'y a pas lieu d'organiser une élection. Le président de la République Olafur Ragnar Grimsson étant candidat, aucune autre candidature n'a été déposée avant le 23 mai, date limite du dépôt. Dans ce pays, il faut noter que la tradition veut qu'aucun candidat ne se présente contre le président en exercice qui sollicite un nouveau mandat.

L'actuel chef de l'État a été élu la première fois le 29 juin 1996, puis reconduit dans ses fonctions en 2000 sans qu'un scrutin soit organisé. En 2004, en revanche, il avait dû affronter deux candidats et avait été réélu.

Olafur Ragnar Grimsson est le troisième chef d'État islandais, après Asgeir Asgeirsson et Vigdís Finnbogadóttir, à être élu pour un quatrième mandat qu'il

entamera officiellement le 1^{er} août prochain.

ISRAËL

Avril-juin 2008. **Golan.** On évoque une négociation entre Israël et la Syrie permettant la restitution du Golan contre la paix, suite à une médiation turque.

Cela se confirme lorsque le ministre syrien des Affaires étrangères annonce à Manama le 21 mai qu'Israël s'est engagé à un retrait total du plateau du Golan. Le Likoud, les colons, le Parti travailliste et des membres de Kadima, parti du Premier ministre, critiquent l'opportunité de ces tractations et contestent la légitimité d'Ehoud Olmert empêtré dans des affaires de corruption.

Le 30 juin, la Knesset adopte en première lecture un projet de loi imposant un référendum ou une majorité des deux tiers afin d'entériner toute concession territoriale sur le Golan syrien annexé en 1981. 20 000 Israéliens vivent dans cette région aux côtés de 18 000 Druzes qui ont conservé leur nationalité syrienne.

2 mai 2008. **Premier ministre.** Ehoud Olmert est entendu pendant plus d'une heure par la police des fraudes israélienne. Il aurait perçu d'importantes sommes d'argent d'un homme d'affaires américain pour financer sa campagne électorale.

On apprend le 21 mai que le Premier ministre aurait reçu en espèces plus de 60 000 \$ d'un homme d'affaires américain.

Ministre de la Défense et surtout leader du Parti travailliste, Ehoud Barak appelle le Premier ministre à démissionner. On parle beaucoup de la ministre des Affaires étrangères Tzipi Livni pour le remplacer. Elle appelle à des primaires au sein de son parti.

Le 23 juin, le Parti travailliste décide de soutenir une motion de censure à l'encontre du Premier ministre. Mais un compromis intervient peu avant le vote de la motion. Ehoud Olmert accepte que son parti, Kadima, organise des primaires pour lui désigner un successeur d'ici au 25 septembre.

ITALIE

176 13-14 avril 2008. **Élections législatives.** Après la démission du ministre de la Justice Clemente Mastella, et suite au retrait du parti chrétien-démocrate (UDEUR) de la coalition, le président du Conseil, Romano Prodi, sollicite un vote de confiance auprès des chambres. S'il a remporté le vote à la Chambre des députés par 326 voix contre 275, il perd celui du Sénat par 161 voix contre 155 seulement en sa faveur. Il a aussitôt présenté la démission de son gouvernement au président de la République, Giorgio Napolitano.

Le 30 janvier, le président de la République désigne le président du Sénat Franco Marini pour étudier la possibilité de former un gouvernement intérimaire chargé de modifier les règles électorales. Ce dernier n'ayant pas trouvé une majorité suffisante pour cette mission, le président signe le 6 février le décret de dissolution des deux Chambres.

La Chambre des députés (*Camara dei deputati*) comprend 530 membres et le Sénat (*Senato della Repubblica*), 322. Les députés sont élus au système proportionnel au sein de 26 circonscriptions. Les sénateurs sont élus dans le cadre de circonscriptions régionales. Le Sénat compte, en outre, 7 sénateurs à vie.

Près d'une centaine de partis étaient en lice.

Le traditionnel allié démocrate-

chrétien de Silvio Berlusconi, Pier Ferdinando Casinò rompt avec Il Cavaliere, n'acceptant pas d'abandonner son symbole et de se fondre dans le nouveau parti de droite Alliance du peuple de la liberté. Il présente une liste indépendante fondée sur « la défense de l'identité chrétienne des Italiens ».

Le Parti démocrate décide d'exclure de ses listes tout candidat ayant subi une condamnation en première instance.

Le Parti démocrate décide de se présenter seul aux élections ; c'est la fin de la coalition de l'Olivier.

Le prince Emmanuel-Philibert de Savoie est candidat à la tête d'une liste Valeurs et Futur.

La question de la privatisation d'Alitalia surgit dans la campagne. Silvio Berlusconi propose de créer un groupe d'entrepreneurs italiens pour contrer l'offre d'Air France-KLM, alors que Walter Veltroni, leader de la gauche, choisit Air France. Finalement, le groupe franco-néerlandais renonce le 21 avril en raison de l'opposition des syndicats et des obstacles politiques suite aux élections ; Silvio Berlusconi se tourne vers Aeroflot.

Le scrutin aurait pu être reporté. En effet, la liste Démocratie chrétienne avait été illégalement écartée par le ministère de l'Intérieur au motif que son symbole ressemblait trop à celui d'un autre petit parti. Or le Code électoral prévoit que les partis doivent disposer de 30 jours pour faire campagne. La décision du Conseil d'État étant intervenu le 2 avril, les élections auraient dû être reportées, ce à quoi s'oppose Silvio Berlusconi en tête dans les sondages. Finalement, le petit parti renonce à demander le report du scrutin.

L'Alliance du peuple de la liberté menée par Silvio Berlusconi, riche

homme d'affaires (son patrimoine est estimé à 9,4 milliards de dollars), évincé du pouvoir en 2006, obtient 47,05 % des suffrages et 338 des 630 sièges (dont 272 à l'Alliance du peuple de la liberté, 60 à la Ligue du Nord et 8 au Mouvement pour l'autonomie) contre 37,8 % à l'Alliance du Parti démocratique menée par Walter Veltroni, 52 ans, maire de Rome depuis 2001, qui a 239 élus (dont 211 au Parti démocrate et 28 à Italie des valeurs). L'Union du centre a 5,65 % et 36 élus et la Gauche arc-en-ciel 3,15 % et aucun élu. Il y a 3 élus régionalistes en Val d'Aoste et Trentin-Haut-Adige/Tyrol du Sud). La participation a été de 80,5 %.

Au Sénat, l'Alliance du peuple de la liberté obtient 47,3 % des voix et 168 des 315 sièges (141 à l'Alliance du peuple de la liberté, 25 à la Ligue du Nord et 2 au Mouvement pour l'autonomie) contre 38 % et 132 sièges au Parti démocratique (116 au Parti démocrate et 14 à Italie des valeurs), 5,7 % à l'Union du centre et 3 élus et 3,2 % à la Gauche Arc-en-ciel et aucun sénateur. Il y a 8 sénateurs appartenant à des formations diverses. La participation a été de 80,4 %.

Ces élections écrasent les petits partis et traduisent une bipolarisation. Au sein de la droite, le poids de la Ligue du Nord devrait être fort et gêner Silvio Berlusconi. La coalition de droite obtient son meilleur résultat en Lombardie et son plus mauvais en Toscane.

8 mai 2008. **Gouvernement.** Silvio Berlusconi prête serment comme président du Conseil suite aux élections. La Ligue du Nord, parti populiste allié de Silvio Berlusconi, qui avait doublé ses résultats aux élections, obtient 4 postes ministériels (ministère des Réformes qui revient à son leader, Umberto Bossi, qui l'avait

déjà occupé; Intérieur pour Roberto Maroni; Agriculture pour Luca Zaia, et Simplification législative pour le provocateur Roberto Calderoli). Franco Frattini, commissaire européen, devient ministre des Affaires étrangères, Ignazio La Russa, ministre de la Défense, ancien néofasciste, et Giulio Tremonti, ministre de l'Économie. Gianni Letta, plus proche collaborateur de Silvio Berlusconi, redevient sous-secrétaire à la présidence du Conseil. Le délicat portefeuille de l'Économie va à un ancien socialiste devenu berlusconiste en 1994, Giulio Tremonti.

Le gouvernement obtient la confiance des députés le 14 mai par 335 voix contre 275 et le lendemain celle des sénateurs par 173 voix contre 137.

L'équipe gouvernementale compte 60 membres (le président du Conseil; sous-secrétaire d'État à la présidence, 21 ministres – dont 4 femmes – et 37 sous-secrétaires d'État), soit 43 de moins que celle de Romano Prodi.

18 et 27 juin 2008. **Justice.** Comme lors de ses précédents passages aux affaires, Silvio Berlusconi fait modifier les textes relatifs à la justice afin d'avoir à éviter à répondre devant elle; c'est ainsi que le Sénat adopte le 18 juin un amendement à un projet de loi, dit « sauve-Premier ministre », prévoyant de suspendre pendant un an certains procès, en donnant la priorité aux faits les plus graves et surtout les plus récents. Les procès concernant les faits commis avant le 30 juin 2002 seront suspendus parmi lesquels celui qui vise le chef du gouvernement pour corruption.

La guerre contre les juges devrait se poursuivre de la part d'Il Cavaliere.

Cette initiative suscite un vif agacement du président de la République,

Giorgio Napolitano, et la fureur des magistrats italiens. D'autres projets visant à épargner au Premier ministre les foudres de la justice sont en préparation.

Le 27 juin, le gouvernement approuve un projet de loi visant à accorder l'immunité aux quatre plus hauts personnages de l'État: le président de la République, le président du Conseil et les présidents des deux assemblées.

PAYS-BAS

178 4 avril 2008. **Populisme.** Ancienne ministre libérale de l'Intégration, Rita Verdonk, 52 ans, dissidente du Parti libéral, crée le parti Trops op Nederland (Fier des Pays-Bas). Elle ambitionne de récupérer l'électorat populiste qui avait suivi Pim Fortuyn avant son assassinat en 2002. Les membres du parti détermineront les priorités *via* Internet. Cela conduirait au rétablissement de la peine de mort et au passage de toutes les autoroutes à 6 voies...

PORTUGAL

Mai 2008. **Tabac.** Parce qu'il avait fumé dans le vol TAP qui le menait à Caracas, le Premier ministre, José Socrates, doit présenter des excuses publiques et s'engager à arrêter de fumer.

ROUMANIE

25 juin 2008. **Radiotélévision.** Le Sénat vote à l'unanimité l'une des lois les plus controversées depuis 1990. Les télévisions et radios pourraient être contraintes de diffuser 50 % d'informations positives. Le Sénat charge le Conseil national audiovisuel – CSA roumain – de trouver les critères des

informations positives, ce que cette institution apprécie peu.

RUSSIE

7 et 8 mai 2008. **Premier ministre.** Dmitri Medvedev prête serment comme président et propose son prédécesseur Vladimir Poutine comme Premier ministre, ce qu'accepte la Douma le 8 mai par 392 voix contre 56. Le 12 mai, il annonce la composition de son gouvernement sans changement dans les postes essentiels.

Auparavant, Vladimir Poutine est devenu le numéro un du parti Russie unie le 15 avril lors du congrès du parti, ce qu'a contesté le Parti communiste.

Le Premier ministre Vladimir Poutine désigne un cabinet formé de ses proches le 12 mai avec 7 vice-Premiers ministres. Sergueï Sobianine qui était chef de l'administration du Kremlin, devient chef de cabinet. Le ministre des Affaires étrangères, Sergueï Lavrov, et celui de la Défense, Anatoli Serdioukov, conservent leur portefeuille comme Alexéï Koudrine, ministre des Finances.

De son côté, le nouveau président de la République conserve, au Kremlin, les responsables de son appareil gouvernemental.

2 juin 2008. **Liberté de la presse.** Le président Medvedev adresse une note au Parlement demandant de renoncer à une proposition de loi permettant de fermer des organes de presse accusés de diffamation.

27 juin 2008. **Gazprom.** Le vice-Premier ministre Viktor Zoubkov est élu président du conseil d'administration de Gazprom, premier producteur mondial de gaz. C'est un très proche de Vladimir

Poutine. Il succède à Dmitri Medvedev devenu président de la République.

RWANDA

Avril 2008. **Génocide.** Le parquet de Paris ouvre une enquête visant Calliste Mbarushimana, dirigeant des Forces démocratiques de libération du Rwanda, en exil en France, après une plainte déposée par des victimes du génocide. Une autre information visant la veuve du président Habyarimana est ouverte.

Le 6 avril, pour la première fois, un membre du gouvernement français, Rama Yade, participe à une cérémonie commémorant le début des massacres de 1994 qui ont conduit à la mort de 800 000 personnes, Tutsis et opposants. La secrétaire d'État regrette les « faiblesses » et les « erreurs » de la France et de la communauté internationale.

Pour la première fois depuis 2000, un Rwandais accusé de génocide et réfugié en France est transféré au TPIR après le rejet de son recours devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Mai 2008. **Crimes de guerre.** Geneviève Mukanyonga, 91 ans, dont la famille avait été massacrée pendant le génocide, est brûlée vive par des villageois qui craignent d'être mis en cause par la justice.

Le 29 mai, le TPIR refuse de renvoyer un de ses accusés devant la justice rwandaise estimant que celle-ci ne répond pas encore aux caractères d'un « procès équitable ».

Le procureur du TPIR accuse le Front patriotique rwandais (au pouvoir) d'avoir tué 13 ecclésiastiques catholiques dont 5 évêques en juin 1994. Le Rwanda promet de juger les meurtriers.

Le 11 juin, 4 officiers sont arrêtés. Deux d'entre eux plaident coupable.

SUISSE

1^{er} juin 2008. **Votations.** Sur l'initiative de l'UDC, une votation a lieu sur deux questions relatives aux naturalisations.

Il s'agissait de contourner deux décisions du Tribunal fédéral suisse du 9 juillet 2003. L'objectif est d'inscrire dans la Constitution la possibilité pour les communes qui le veulent de soumettre à votation et sans possibilité de recours les naturalisations, ce qui existait dans des petites communes alémaniques mais avait été déclaré inconstitutionnel par le Tribunal fédéral en 2003. D'autre part, l'UDC proposait de conférer aux communes le droit d'accorder la nationalité suisse aux étrangers.

La proposition est rejetée par 63,75 % des voix. La ministre UDC, Eveline Widmer-Schlumpf, qui avait été élue de préférence à Christoph Blocher, avait pris position contre la proposition de son parti. Le Conseil fédéral et la majorité du Parlement en avaient fait de même. Seul le canton de Schwyz a approuvé mais l'opposition a été, comme toujours, plus forte dans les cantons romands. La participation a été de 44,8 %.

OUI	804 680 (36,25 %)
NON	1 415 189 (63,75 %)

Deux autres propositions de l'UDC sont rejetées. L'une, dite « muselière », visait à interdire au gouvernement de s'exprimer dans les campagnes de « votations ». Elle est rejetée par 75,2 %. Aucun canton ne s'est prononcé en faveur de la proposition.

La participation a été de 43,8 %.

OUI	538 882 (24,8 %)
NON	1 634 284 (75,2 %)

Enfin un article constitutionnel favorable aux assureurs privés dans le financement du système d'assurance-maladie est rejeté par 69,5 %. La participation a été de 43,7 %. Tous les cantons ont voté non.

Cet échec pourrait conduire à la mise à l'écart de Christoph Blocher.

OUI	661 263 (30,52 %)
NON	1 505 678 (69,48 %)

180

12 juin 2008. **Union européenne.** Les deux Chambres décident que les électeurs se prononceront sur la reconduction de l'accord de libre circulation des personnes avec l'Union européenne et son extension à la Bulgarie et la Roumanie.

TURQUIE

Avril 2008. **Partis politiques.** Le procureur de la Cour de cassation dépose, le 14 mars, devant la Cour constitutionnelle une demande d'interdiction du parti au pouvoir en raison d'activités « allant à l'encontre de la laïcité » ! La

demande est jugée recevable le 31 mars.

La décision de la Cour constitutionnelle annulant la révision de la Constitution qui autorisait le foulard dans les universités pourrait avoir quelque influence.

30 avril et 5 juin 2008. **Droits de la personne humaine** Le 30 avril, 250 députés contre 35 votent la nouvelle version de l'article 301 du code pénal. Il réprimait toute atteinte à la « turquicité » à travers « le dénigrement de l'identité turque ». Le nouveau texte parle de « nation turque » et, d'autre part, le ministère de la Justice doit approuver toute ouverture de poursuite permettant de filtrer les plaintes. La peine maximale passe de 3 à 2 ans. Si c'est un progrès pour l'Union européenne, cela laisse sceptiques les défenseurs des droits de l'homme.

Le 5 juin, la Cour constitutionnelle annule une révision de la Constitution adoptée en février autorisant le port du foulard dans les universités. Les magistrats ont estimé que le texte violait l'article 2 de la Constitution et le principe de laïcité.

CHRONIQUE
CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1^{er} mai – 30 juin 2008)

181

REPÈRES

7 mai. « Je suis tombée dans la marmite de la politique. Je n'y étais pas préparée », déclare Mme Bruni-Sarkozy à *Paris Match*.

11 mai. M. Besancenot est l'invité de M. Drucker à *Vivement Dimanche* sur France 2.

16 mai. « Sarkozy veut exercer le seul job qu'on lui a toujours refusé, Matignon. C'est quand même le seul qui a été obligé de passer par l'Élysée pour devenir Premier ministre ! » Ce propos de M. Borloo, rapporté par *Le Canard enchaîné*, le 21 courant, vaudra à l'intéressé le prix de l'Humour politique 2008.

17 mai. M. Morin est élu président du Nouveau Centre au congrès de Nîmes (Gard).

23 mai. « Donnons une chance à la réforme » : 17 députés socialistes signent un appel dans *Le Monde*.

24 mai. Le président Sarkozy assiste, en spectateur, à la finale de la Coupe de France de football, sans remettre la coupe aux vainqueurs.

27 mai. M. Sarkozy et son épouse se rendent au marché de Rungis (Val-de-Marne) à la rencontre de « la France qui se lève tôt ».

28 mai. M. Charasse est exclu du PS. Il adhère au groupe sénatorial du RDSE.

1^{er} juin. Sur RTL, M. Hortefeux observe que « la diversité ne doit pas empêcher la solidarité et la cohésion gouvernementales ». Le Premier ministre « est le garant de cette solidarité ». L'UMP a vocation « à stimuler le gouvernement ». Quant au « septuor », il s'agit d'un « échantillon représentatif du gouvernement ».

« Il faut un Sénat plus rebelle », affirme M. Raffarin sur Canal +.

4 juin. Le président Sarkozy déjeune avec M. Chirac au restaurant Chez Thiou à Paris.

15 juin. Le mouvement Cap 21 de Mme Lepage devient un parti associé au MoDem, au terme de son congrès de Nanterre (Hauts-de-Seine).

16 juin. M. Jean Sarkozy est élu président du groupe UMP au conseil général des Hauts-de-Seine.

19 juin. M. Bel, président du groupe

socialiste au Sénat, dénonce, dans *Le Monde*, « la majorité sénatoriale inamovible ».

Un groupe d'officiers généraux, dénommé « Surcouf », critique, dans les colonnes du *Figaro*, la réforme des armées : « une espérance déçue ».

20 juin. Le ministre de la Défense rappelle ces derniers dans *Le Figaro* au « devoir de réserve. Chacun doit avoir la loyauté de mettre en œuvre les décisions prises par le pouvoir élu par le peuple, car nous sommes en République ».

M. Mauroy, ancien Premier ministre (1981-1984), est mis en examen à Lille à propos d'un emploi fictif présumé de Mme Cohen-Solal.

Au Conseil européen de Bruxelles, M. Sarkozy estime que la Commission européenne porte une part de responsabilité dans le refus du peuple irlandais d'approuver le traité de Lisbonne.

Sur Canal +, M. Raffarin se prononce pour la « diversité » au sein du parti majoritaire : « une UMP monolithique est une UMP fragile ».

21 juin. Dans un entretien à *Libération*, Mme Bruni-Sarkozy constate : « Mes réflexes épidermiques sont de gauche. Ce n'est pas une idéologie, ni un système. »

22 juin. M. Moussaoui est élu à la présidence du Conseil français du culte musulman. Il succède à M. Boubakem. M. Bernheim devient grand rabbin de France en remplacement de M. Sitruk. M. Chevènement est élu président du Mouvement républicain et citoyen (MRC).

23 juin. Israël est « l'une des plus authentiques démocraties du monde... Le peuple français sera toujours [à ses côtés] quand son existence sera menacée », déclare M. Sarkozy à la Knesset à Jérusalem.

Une première « assemblée générale » des députés et sénateurs socialistes se tient à Paris.

24 juin. Nouvel exilé fiscal : M. Ducasse est naturalisé monégasque, annonce *Le Figaro*.

25 juin. M. Séguin, Premier président de la Cour des comptes, met en cause la charge des intérêts de la dette publique, proche de 65 % du PIB, soit 2 000 € par an et par Français employé, qui « réduit à néant nos marges de manœuvre ».

26 juin. En déplacement à Limoges (Haute-Vienne), M. Sarkozy s'interroge sur les structures territoriales en France.

29 juin. M. Arthuis, sénateur de la Mayenne (UC-UDF), réunit au Sénat ses partisans en vue de la création d'un troisième centre.

M. Besancenot pose à Saint-Denis (Seine-Saint-Denis) les bases du Nouveau Parti anticapitaliste (NPA) en vue de « contester l'hégémonie du PS sur le restant de la gauche ».

30 juin. Le tribunal correctionnel de Paris déboute Mme Royal de sa plainte en diffamation contre les auteurs de l'ouvrage *La Femme fatale* concernant un passage relatif à ses enfants.

Le chef de l'État, se rendant à France Télévisions, est accueilli par des manifestants. Il met en cause le service public de l'audiovisuel.

AMENDEMENT

V. Bicamérisme.

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Circonscriptions*. La ministre de l'Intérieur indique celles dont la population est inférieure de plus de 20 % à la moyenne départementale, au vu du recensement de 1999. Elles sont au nombre de 11 : Alpes-

Maritimes, 8^e; Bouches-du-Rhône, 3^e; Haute-Garonne, 4^e et 8^e; Ille-et-Vilaine, 6^e; Paris, 3^e et 15^e; Yvelines, 6^e; Var, 1^{re} et 2^e; et Guyane, 1^{re} (AN, Q, 17-6).

Au surplus, un autre tableau fait état du nombre des députés attribué à chaque département depuis 1945 (*ibid.*). À cet égard, seul le Territoire de Belfort a été représenté par un seul député de 1876 à 1881 et de 1889 à 1910 (*ibid.*) (cette *Chronique*, n° 126, p. 184).

– *Composition*. Au scrutin de ballottage, M. Estrosi (UMP) a recourvé, le 25 mai, son siège (Alpes-Maritimes, 5^e) (JO, 27-5) et M. Durand (NC) a été élu, le 1^{er} juin (Rhône, 11^e) (*ibid.*, 3-6) (cette *Chronique*, n°s 123 et 126, p. 186 et 189).

– *Parlement des enfants*. Pour la 14^e fois, 577 enfants de CM2, ainsi que des élèves des 26 autres États membres de l'Union européenne, se sont réunis le 7 juin. Quatre propositions de loi ont été adoptées.

V. *Bicamérisme*. *Contentieux électoral*. *Élections*. *Parlement*. *Parlementaires en mission*. *Partis politiques*. *Révision de la Constitution*. *Session extraordinaire*.

AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Code de l'organisation judiciaire*. Le décret 2008-522 du 2 juin porte refonte de la partie réglementaire (JO, 4-6).

V. *Libertés publiques*.

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Bibliographie*. Conseil d'État, *Rapport public 2008*, n° 59, La Documentation française; « La réforme du Conseil d'État » (dossier), *RFDA*, 2008, p. 213;

P. Mazeaud, « Menace sur la justice administrative », *Le Monde*, 20-5.

– *Nomination au Conseil d'État*. Par un décret du 27 juin, M. Pinault a été porté à la présidence de la nouvelle section administrative, la section de l'administration (JO, 28-6, @ 86) (cette *Chronique*, n° 126, p. 187).

BICAMÉRISME

– *Bilan de la session ordinaire 2006-2007*. 84 lois ont été adoptées, dont 45 hors conventions internationales. Sur ces dernières, 33 l'ont été par la navette et 12 par l'accord en CMP. Le délai moyen d'adoption des textes s'est élevé à 144 jours. Quant aux amendements, 5 462 ont été déposés et 1 534 adoptés par le Sénat. Le taux de reprise des amendements de ce dernier par l'Assemblée nationale s'est élevé à 92 % (*InfoSénat*, n° 1014, p. I).

– *Effets d'une question préalable*. La loi relative aux organismes génétiquement modifiés a été adoptée en première lecture par les deux assemblées, puis en deuxième lecture par le Sénat avant que les députés ne votent une question préalable; la commission mixte paritaire aussitôt convoquée proposa de reprendre le texte adopté par le Sénat, qui fut ensuite approuvé, et promulgué le 25 juin. Contestée par les sénateurs et les députés socialistes, la régularité de cette procédure a été confirmée par la décision 564 DC du 19 juin. Elle écarte, tout d'abord, la méconnaissance alléguée des règlements qui, selon une jurisprudence constante, « ne saurait avoir pour effet, à elle seule, de rendre la procédure législative contraire à la Constitution » (y compris, en l'espèce, l'article 151-4 RAN qui ne concerne pas le vote des résolutions, seul visé par le

renvoi de l'article 88-4 C aux règlements des assemblées). En premier lieu, le rejet du texte par la question préalable « n'interrompt pas les procédures prévues pour parvenir à l'adoption d'un texte définitif » comme le soutenaient les sénateurs ; ceux-ci invoquaient notamment le précédent du PACS, où le vote d'une exception d'irrecevabilité avait entraîné le dépôt d'un nouveau texte (mais il s'agissait d'une proposition et non d'un projet) : le rejet du texte adopté par le Sénat montrait bien qu'il existait un « désaccord entre les deux assemblées » (art. 45, al. 2 C) ; par conséquent, la CMP pouvait être régulièrement convoquée. En second lieu, les atteintes alléguées au droit d'amendement ont également été écartées. D'une part, ce droit a pu s'exercer en première lecture, puis en deuxième lecture au Sénat, et si les amendements déposés à l'Assemblée nationale n'ont pas pu l'être à ce stade, c'est en raison de la question préalable (opposée par les auteurs de la saisine : *Nemo auditur...*). D'autre part, si l'adoption de cette question préalable remettait en cause l'ensemble du texte, la CMP n'avait pas à examiner les amendements déposés à l'Assemblée en deuxième lecture et non discutés, comme l'affirmaient les députés, car ses dispositions avaient été adoptées conformes (sauf l'article 1^{er} amendé par le Sénat) et la règle de « l'entonnoir » les excluait des « dispositions restant en discussion » visées par l'article 45 C : la CMP n'est chargée que de « proposer un texte », ce qu'elle a fait en se prononçant sur l'article 1^{er} du projet et en reprenant par un vote global les autres articles du texte adopté conforme par le Sénat en deuxième lecture. Quant aux autres restrictions au droit d'amendement dénoncées, elles résultent du 3^e alinéa de l'article 45 C (aucun amendement au texte de la CMP « n'est recevable, sauf

accord du gouvernement »). L'adoption de la question préalable était donc une victoire... à la Pyrrhus.

V. Amendement. Assemblée nationale. Lois. Question préalable. Sénat.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. B. Chantebout, « Décentralisation et démocratie : l'anti-modèle français », *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et Liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 773 ; J.-Chr. Lubac, « Les modalités de mise en œuvre d'un groupement européen de coopération territoriale », *La Semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, n° 18, avril 2008, p. 3 ; G. Marcou, « Le bilan en demi-teinte de l'acte II », *RFDA*, 2008, p. 295.

– *Code général des collectivités territoriales*. Un décret 2008-562 du 17 juin insère de nouvelles dispositions relatives au conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenge de Guyane (art. D. 4436-1) (*JO*, 18-6).

– *Droit polynésien*. Le décret 2008-597 du 23 juin modifie la partie réglementaire du code de justice administrative (*JO*, 26-6) ; celui (2008-598) de la même date, concerne le référendum local et la consultation des électeurs (*ibid.*). Quant au décret 2008-599 du même jour, il vise le remboursement des communes des dépenses exposées à l'occasion dudit référendum ou de ladite consultation (*ibid.*).

V. Commissions. Élections locales. Sénat

COMMISSIONS

– *Commission spéciale*. Le Sénat a constitué une commission spéciale pour l'examen du projet de loi de modernisation de l'économie adoptée par les députés en première lecture; cette commission, qui prend la suite du groupe de travail préparatoire consacré au même objet, est présidée par M. Gérard Larcher (UMP, Yvelines) (*BQ*, 19-6).

– *Sénat*. Une résolution du 4 juin a modifié l'article 7 du règlement pour ajouter un membre à l'effectif de la commission des finances et à celui de la commission des lois pour tenir compte des deux sièges créés par la LO du 21 février 2007 à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin (cette *Chronique*, n°122, p. 206). Cette modification a été déclarée conforme: décision 565 DC du 26 juin.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. D. de Béchillon (coord.), « Le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *CCC*, n°24, 2008, p. 78; D. Ribes, « L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel », *ibid.*, p. 104; J. Arrighi de Casanova, « Pouvoir normatif du CC et stabilité de la loi », *ibid.*, p. 109; S. Pinon, « Les démêlés du juge constitutionnel avec le principe de la *primauté* du droit communautaire », *AJDA*, 2008, p. 1077; G. Alberton, « Peut-on dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité? », *ibid.*, p. 967; P. Cassia, « La rétention de sûreté: une peine après la prison », *Commentaire*, n°122, 2008, p. 569.

– *CCC*. N°24, Dalloz, 2008.

– *Chr. RFDC*, 2008, p. 283.

– *Notes*. Y. Mayaud, sous 2008-562, *D*, 2008, p. 1359; D. Turpin, 2008-557 DC, *ibid.*, p. 1638; B. Toulemande, 2008-241/251/261, *AJDA*, 2008, p. 1154.

– *Certification des comptes 2007*. La Cour des comptes a levé, le 21 mai, sa réserve de l'an dernier après modification du référentiel comptable du Conseil (*L'Hémicycle*, 28-5) (cette *Chronique*, n°123, p. 193).

– *Contrôle de constitutionnalité*. Soucieux de ménager le Parlement, le Conseil, après avoir censuré une disposition de la loi sur les OGM pour incompétence négative (564 DC), l'a invité à corriger l'erreur d'aiguillage en retardant au 1^{er} janvier 2009 la date à laquelle la déclaration d'inconstitutionnalité prendrait effet; un recours étant présentement formé contre la France devant la Cour de Luxembourg pour transposition incomplète de directives communautaires afférentes. Bref, il importait de limiter « des conséquences manifestement excessives » de la décision (cons. 58).

– *Décisions*. V. *tableau* ci-après.

– *Membres de droit*. Les *coprinces*, toute révérence gardée, ont participé à la seule séance du 19 juin (564 DC). M. Chirac a été entendu à nouveau (cette *Chronique*, n°125, p. 164) à deux reprises, les 30 avril et 24 juin, cette fois-ci en qualité de témoin dans l'affaire de la Sempap. Il a été entendu, le 16 juin, derechef, à propos de celle des chargés de mission de la Ville de Paris (cette *Chronique*, n°125, p. 160). Une perquisition a été menée, le 3 juin, au cabinet de M^e Jean Veil, avocat de l'ancien chef de l'État, et une autre, la veille, au siège de la

7-5 2008-210 L. Délégation (JO, 22-5). V. *Pouvoir réglementaire*.

19-6 2008-564 DC. Loi relative aux organismes génétiquement modifiés (JO, 26-6). V. *Amendement. Bicamérisme. Constitution. Libertés publiques. Lois et ci-dessous*.

26-6 AN. Eure-et-Loir, 1^{re} à AN, Val-d'Oise, 8^e (JO, 8-7). V. *Contentieux électoral et ci-dessous*.
2008-565 DC. Règlement du Sénat (JO, 5-7). V. *Commissions*.

186 DGSE, concernant un éventuel compte bancaire au Japon (*Le Figaro*, 7/8-6). Quant à M. Giscard d'Estaing, il a passé en revue à Calvi (Haute-Corse) un détachement de la Légion étrangère, le 19 mai, commémorant le 30^e anniversaire de l'opération de parachutage sur Kolwezi (Rép. dém. du Congo) en vue de la libération de civils européens. Invité sur Canal +, le 1^{er} juin, il s'est interrogé sur la conception présidentielle de M. Sarkozy (*Le Figaro*, 2-6) et n'a pas hésité à lui prodiguer ses conseils en vue de la présidence de l'Union européenne: il faut qu'elle « soit modeste » ; présider « ne veut pas dire qu'on a le pouvoir de décider à la place » du Parlement européen ou de la Commission (*Le Parisien*, 29-6). À l'opposé, M. Chirac, à l'occasion de son premier entretien avec la presse, a estimé: « C'est pour moi un principe et une exigence républicaine. Je n'ai pas vocation à critiquer, ni à donner de conseils à mon successeur » (*Le Figaro*, 6-6).

– *Observations*. À l'issue de l'examen du contentieux auquel les élections législatives de 2007 ont donné lieu (cette *Chronique*, n° 126, p. 192), le Conseil s'est livré le 29 mai (JO, 4-6) à d'utiles réflexions. De manière solennelle, il a proclamé qu'« il est désormais impératif de procéder [au] découpage » des circonscriptions électorales (cette *Chro-*

nique, n° 116, p. 196). De même, il a souhaité une modification de la liste des inéligibilités et une réglementation des inscriptions figurant sur les bulletins de vote. Au surplus, vingt ans après l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1988 sur la transparence financière, il s'est prononcé pour un assouplissement de la sanction retenue; l'inéligibilité pouvant « revêtir un caractère disproportionné, surtout lorsqu'elle touche des candidats élus dont la bonne foi ne paraît pas en cause ».

– *Président*. M. Debré a publié un nouvel ouvrage: *Les Oubliés de la République*, chez Fayard (cette *Chronique*, n° 126, p. 192). À l'occasion de sa promotion, il s'est prononcé sur le projet de révision soumis au Parlement: « Je ne voudrais pas qu'au nom d'une modernisation peut-être nécessaire, on aboutisse à un retour aux errements que nous avons connus autrefois et qu'au prétexte d'aller vers une VI^e République, on en revienne aux pratiques de la III^e ou de la IV^e » (entretien au *Nowvel Observateur*, 5-6). Sur les médias, il devait réitérer sa conception de gardien de la Constitution de 1958, dont le « grand mérite » est d'avoir « fait complètement oublier les dysfonctionnements des régimes précédents » (Canal +, 8-6). M. Paillet, porte-parole de l'UMP, a déploré que le président du Conseil constitutionnel

« sorte de sa réserve... Il ne faudrait pas que ce type d'intervention porte atteinte à l'impartialité et à l'autorité d'une institution qui est un rouage indispensable de notre équilibre démocratique » (*Le Figaro*, 9-6). Bref, pour M. Debré, il importe de « ne pas changer les fondamentaux » de la V^e République (entretien au *Figaro*, 17-6).

– *Procédure*. « Vu la Constitution et en particulier la Charte de l'environnement de 2004 » : par ce visa de principe, rappelant celui du 16 juillet 1971, le Conseil a consacré la pleine valeur constitutionnelle de ladite Charte (564 DC) au terme d'une démarche naturelle. V. M. Verpeaux, « Les premiers pas de la Charte de l'environnement de 2004 sur la scène constitutionnelle », *Mélanges Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 949.

CONSEIL DES MINISTRES

– *Bibliographie*. J. Germain, « Le conseil des ministres franco-allemand, une institution en voie d'affirmation », *RA*, n° 364, 2008.

V. *Gouvernement. Président de la République*.

CONSTITUTION

– *Bibliographie*. A. M. Le Pourhiet, « Touche pas à mon préambule ! », *Le Figaro*, 25-5; F. Mélin-Soucramanien, « La Constitution, le juge et le droit venu d'ailleurs », *Mélanges Slobodan Milacic*, op. cit., p. 177; F. Melleray, « De quelques distinctions à opérer à propos de la notion d'applicabilité directe des normes constitutionnelles », *ibid.*, p. 185.

– *Charte de l'environnement de 2004*. V. *Conseil constitutionnel*.

V. Révision de la Constitution

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Élection législative partielle*. À la suite de l'annulation de l'élection de M. Gorges (Eure-et-Loir, 1^{re}) (cette *Chronique*, n° 125, p. 167), l'élection partielle qui s'est tenue les 27 janvier et 3 février a, de nouveau, été annulée, le 26 juin, sur la requête de M. Gorges (UMP) qui s'était représenté et avait été battu par Mme Vallet (PS). La société SODICHAR, qui exploite un hypermarché dans la circonscription, est en effet intervenue dans la campagne contre M. Gorges (à qui était imputé l'échec d'une demande d'agrandissement) en mobilisant ses employés, en diffusant des milliers de tracts et en organisant, trois jours avant le second tour, une manifestation à laquelle ses employés ont été amenés par autocars, l'hypermarché étant fermé pour l'occasion. Mme Vallet s'est associée à cette campagne, organisant une visite de l'hypermarché en compagnie de Mme Ségolène Royal venue la soutenir, et elle a participé à la manifestation. Seule concurrente au second tour, elle doit donc « être regardée comme ayant bénéficié d'avantages directs ou indirects d'une personne morale » en contradiction avec l'article L. 52-8 du code électoral, ces avantages prohibés justifiant le rejet de son compte de campagne et son inéligibilité pour un an en vertu de l'article LO 128. Il faut noter que la procédure a connu une innovation: M. Gorges, Mme Vallet et leurs conseils ont été entendus par le Conseil constitutionnel.

V. *Transparence*.

COUR DES COMPTES

– *Bibliographie*. Ph. Séguin, « Résultat et gestion budgétaire de l'État », *Les Annonces de la Seine*, 29-5; Cour des comptes, *Certification des comptes de l'État, exercice 2007*, La Documentation française, 2008.

V. *Conseil constitutionnel. Gouvernement. Parlement. Président de la République*.

DÉCLARATION DU GOUVERNEMENT

188 – *Conseil européen et présidence française de l'Union européenne*. Les sénateurs en ont débattu le 17 juin et les députés le lendemain.

DROIT ADMINISTRATIF

– *Bibliographie*. J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 22^e éd., 2008.

DROIT COMMUNAUTAIRE
ET EUROPÉEN

– *Bibliographie*. J. Ziller (sous dir.), *Le Traité de Lisbonne*, La Documentation française, Notices, 2008; Fl. Chaltiel, « Droit constitutionnel européen 2007 », *RFDC*, 2008, p. 339; « Union européenne: les enjeux de la présidence française », *Regards sur l'actualité*, n°340, avril-mai, La Documentation française, 2008; A. Berramdane, « Les frontières de l'Union européenne », *Mélanges Slobodan Milacic, op. cit.*, p. 289; Chr. Grellois, « L'Europe des valeurs, Europe sans frontières ? », *ibid.*, p. 481; Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « Premier rapport annuel sur l'exécution des arrêts de la CEDH, 25 mars 2008 », *Les Annonces de la Seine*, 23-6.

– *Finalité de la présidence française de l'Union européenne*. Le Premier ministre a convié à Matignon, le 26 juin, les présidents des groupes politiques de l'assemblée de Strasbourg. « Être concret et dans l'action: voilà la méthode que nous nous sommes fixés avec le président de la République; voici le sens des priorités de la présidence française », a-t-il déclaré au lendemain du non irlandais au traité de Lisbonne (*Le Monde*, 27-6). Le président Sarkozy tiendra des propos identiques sur France 3, le 30 juin (*Le Monde*, 1^{er}-7). Au reste, un logo de ladite présidence a été adopté. Il combine dans un même drapé, les étoiles jaunes sur fond bleu de l'Union et les couleurs nationales (*Le Figaro*, 3-6).

V. *Gouvernement. Loi. Président de la République*.

DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. E. Baudoin, « Le droit constitutionnel et la démocratie à l'épreuve du temps », *Mélanges Slobodan Milacic, op. cit.*, p. 39; F. Borella, *Éléments de droit constitutionnel*, Les Presses de Sciences Po, 2008; J.-Cl. Gautron, « Les apports du droit européen à la théorie et aux pratiques de l'État du droit judiciaire », *Mélanges Slobodan Milacic, op. cit.*, p. 69; F. Hourquebie, « Le contre-pouvoir, enfin connu. Pour une analyse de la démocratie constitutionnelle en termes de contre-pouvoirs », *ibid.*, p. 99; F. Luchaire, « La démocratie par le droit. Présentation de la Commission de Venise », *ibid.*, p. 155.

V. *Constitution. Révision de la Constitution*.

DROIT INTERNATIONAL

– *Bibliographie*. E. Jouannet, « De la personnalité et la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958 », in *La France et le Droit international*, Pedone, 2008, p. 357.

ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

– *Bibliographie*. CNCCFP, *10^e Rapport d'activité, 2007*, La Documentation française, 2008.

– *Élections partielles*. La majorité a conservé les deux sièges vacants, le 25 mai, avec la réélection de M. Estrosi (Alpes-Maritimes, 5^e) et, le 1^{er} juin, avec l'élection de M. Durand (Rhône, 11^e).

V. Assemblée nationale.

ÉLECTIONS LOCALES

– *Bibliographie*. P. Martin, « Les élections de mars 2008 », *Commentaire*, n°122, 2008, p. 471 ; « Élections 2008 : France de droite, vote de gauche », *RPP*, avril-juin ; G. Le Gall, « L'hégémonie territoriale de la gauche », *ibid.*, p. 13.

– *Abstentions*. Le pourcentage au premier tour des élections locales, en métropole, est dressé du 19 octobre 1947 au 9 mars 2008 (AN, Q, 17-6).

– *Candidats communautaires*. Aux dernières élections municipales, dans les communes d'au moins 3 500 habitants, 1 206 d'entre eux sont entrés en lice, 244 ont été élus, soit une augmentation de plus de 20 % par rapport à 2001, indique la ministre de l'Intérieur (AN, Q, 20-5). En l'absence de dépôt de candidature dans les communes inférieures à 3 500

habitants, le nombre d'élus recensés est de 1 157, dont 394 Britanniques, 288 Belges et 155 Néerlandais (*ibid.*). Il y a lieu de rappeler que les ressortissants communautaires doivent expressément indiquer leur nationalité sur leur bulletin de vote (AN, Q, 3-6).

– *Élections cantonales*. La ministre de l'Intérieur indique, pour chaque département, l'écart entre les cantons le plus et le moins peuplés. L'écart maximal est atteint dans le Var, avec 45,6 (AN, Q, 17-6). Dans le même ordre d'idées, elle dresse, sur un autre tableau, des cantons ayant une population double de la population moyenne des cantons (*ibid.*).

– *Élections municipales*. La ministre de l'Intérieur fournit la liste, par département, des communes ayant un sectionnement électoral : 623 pour un total de 36 676 (AN, Q, 3-6).

V. Collectivités territoriales.

GOUVERNEMENT

– *Bibliographie*. « La révision générale des politiques publiques » (RGPP ; dossier), *RFFP*, n° 102, juin 2008.

– *Certification des comptes de l'État*. Le Premier président de la Cour des comptes a annoncé, le 21 mai, que cette dernière avait certifié les comptes pour 2007, avec 12 réserves, dont 9 substantielles, contre 13 en 2006 (cette *Chronique*, n° 123, p. 193). En revanche, 3 ont été levées. (v. *Conseil constitutionnel. Parlement*).

– *Commodités monétaires*. Un arrêté du 26 mai porte institution d'une régie d'avances auprès du cabinet du Pre-

mier ministre, sous l'aspect de cartes de crédit (*JO*, 5-6 @ 1).

– *Communication*. « Vous êtes impatients ? Nous aussi. » La campagne en vue de la bataille du pouvoir d'achat a été lancée, le 23 juin, par le service d'information du gouvernement, en présence du Premier ministre (*Le Monde*, 25-6) (cette *Chronique*, n° 118, p. 192).

– *Conseil interministériel de la ville*. Il s'est tenu à Meaux (Seine-et-Marne), le 20 juin, à l'occasion du lancement du plan banlieue (*Le Figaro*, 21-6).

190

– *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*. M. Delarue, conseiller d'État, a été nommé à cet emploi par un décret du 13 juin (*JO*, 14-6, @ 61) à l'issue de son audition par les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat (cette *Chronique*, n° 125, p. 172).

– *L'adieu aux RG et à la DST*. Un décret 2008-609 du 27 juin crée la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) (*JO*, 28-6) en lieu et place de services créés en 1937 et 1944, sur le modèle du FBI américain.

– *Séminaire*. Le Premier ministre a convié les membres du gouvernement, le dimanche 18 mai, en vue de fixer leur feuille de route pour le second semestre (*Le Monde*, 20-5).

V. *Droit communautaire et européen. Ministres. Premier ministre. Président de la République*.

GROUPES

– *Réception à l'Élysée*. Les députés UMP ont été reçus, le 7 mai, pour le premier anniversaire de son élection par le chef

de l'État qui les a appelés à soutenir ses réformes et à être plus « pugnaces » face à l'opposition. À l'occasion de cette reprise en main, il a également critiqué son prédécesseur et la presse (*BQ*, 9-5). Les sénateurs ont été reçus à leur tour, le 29 mai (*Le Figaro*, 30-5).

V. *Président de la République*.

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

– *Inviolabilité*. La cour d'appel de Nancy a partiellement confirmé, le 29 mai, le jugement par lequel le tribunal de cette ville avait condamné M. Claude Biwer, sénateur (UC-UDF) de la Meuse (cette *Chronique*, n° 122, p. 214), pour irrégularités administratives, mais non son inéligibilité pour cinq ans (*BQ*, 30-5).

Le tribunal correctionnel de Marseille a condamné à une amende de 5 000 euros M. Jacques Peyrat, sénateur UMP des Alpes-Maritimes, pour injures publiques à l'égard de son ancien directeur de cabinet à la mairie de Nice (*BQ*, 9-6).

M. Jacques Machas, sénateur (s) de Seine-Saint-Denis, a été condamné le 26 juin à 4 mois de prison avec sursis et 35 000 euros de dommages et intérêts pour agression sexuelle sur une ancienne employée municipale de Neuilly-sur-Marne dont il est maire (*Le Monde*, 28-6).

IRRECEVABILITÉ FINANCIÈRE

– *Bibliographie*. Rapport Arthuis, *Bilan de l'application de l'article 40 C depuis le 1^{er} juillet 2007*, S., n° 401, 2008; D. Migaud et J. Arthuis, « Réforme de la Constitution: supprimons l'article 40 », *Le Monde*, 17-5.

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie. Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic. Démocratie et Liberté: tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles, Bruylant, 2008; F. Delpérée, «Le choc des libertés», *ibid.*, p. 55; A.-M. Le Pourhiet, «Les minorités en droit constitutionnel français», *ibid.*, p. 141; P. Sadran, «L'électeur, le citoyen et la société des individus. Quelle place pour le débat participatif dans la refondation démocratique?», *ibid.*, p. 945; Halde, *Rapport annuel 2007*, La Documentation française, 2008; J. Pralus-Dupuy, «L'applicabilité de l'article 6 CEDH aux contentieux disciplinaires: état des lieux», *RFDA*, 2008, p. 317; O. Le Bot, «Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale», *ibid.*, p. 328; P. Delvolvé, «Contrats publics et sécurité juridique», *EDCE*, n° 59, La Documentation française, 2008, p. 329.

– *Conformité de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés*. À l'issue de sa déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel (564 DC), la loi 2008-595 du 25 juin a été promulguée (*JO*, 26-6). Indépendamment de la procédure (v. *Bicamérisme*), cette décision est riche d'enseignements en ce qu'elle consacre la pleine valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement, qu'il s'agisse du principe de précaution (art. 5) ou de celui d'information du public (art. 7).

– *Droit au logement opposable*. Le décret 2008-567 du 18 juin précise la composition du comité de suivi de la mise en œuvre dudit droit (*JO*, 19-6). Le TA de Paris, statuant en référé le 20 mai, s'est prononcé en ce sens à l'en-

contre d'une décision de la préfecture de Paris (*Le Figaro*, 21-5) (cette *Chronique*, n° 122, p. 215).

– *Droit d'asile*. Un arrêté de la ministre de l'Intérieur et du ministre de l'Immigration du 3 juin porte, pour une période d'un an, expérimentation de la régionalisation de l'admission au séjour des demandeurs dans la région Lorraine (*JO*, 11-6).

– *Lutte contre les discriminations*. Une loi 2008-496 du 27 mai porte diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans ce domaine: égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive communautaire du 29 juin 2000); égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle (directives communautaires des 23 septembre 2002 et 5 juillet 2006), entre autres (*JO*, 28-5).

– *Rétention de sûreté*. Le Premier président Lamanda a rendu au chef de l'État, le 4 juin, un rapport en vue de diminuer les risques de récurrence des criminels dangereux (*Le Figaro*, 6-6) (cette *Chronique*, n° 126, p. 190).

V. Conseil constitutionnel. Loi.

LOI

– *Bibliographie*. R. Denoix de Saint Marc, *Histoire de la loi*, Éditions Privat, 2008.

– *Incompétence négative*. Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel (564 DC) a censuré l'article 11 de la loi déferée relative aux OGM. En ren-

voyant, de manière générale, au pouvoir réglementaire le soin de fixer la liste des informations mises à la disposition du public par un exploitant, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence (cons. 56) (art. 34 C, rédaction de la LC du 1^{er} mars 2005) (cette *Chronique*, n° 114, p. 180). Ce dernier doit, à cet égard, rappeler le Conseil, « prémunir les sujets du droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (cons. 25).

192

– *Transposition de directives communautaires*. À propos de l'examen de la loi relative aux OGM, le Conseil a rappelé, en l'occurrence, les deux limites apportées à son contrôle (cons. 42), suivant sa décision de principe « Droit d'auteur » du 27 juillet 2006 (cette *Chronique*, n° 120, p. 175). Après examen, le Conseil a jugé qu'aucune des dispositions législatives contestées n'était « pas manifestement incompatible » avec la directive visée, selon sa démarche (30 novembre 2006, *Loi sur l'énergie*) (cette *Chronique*, n° 121, p. 145). Par suite, l'exigence constitutionnelle de transposition (art. 88-1 C) a été respectée. Cependant, le Conseil a différé les effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité (v. *Conseil constitutionnel*).

LOI DE FINANCES

– *Bibliographie. Conduite et résultats du contrôle budgétaire au service d'une meilleure gestion des comptes publics*, Les Rapports du Sénat, commission des finances, n° 366.

– *Loi de règlement*. À l'exemple du Sénat, l'an dernier, l'Assemblée nationale a examiné, selon une procédure de commissions élargies à l'ensemble des députés, le projet des comptes de 2007, à compter du 11 juin, portant sur diverses missions (*JO*, 7-6).

V. *Conseil constitutionnel. Parlement*.

MAJORITÉ

– *Divisions*. Le texte de la CMP sur les organismes génétiquement modifiés (cette *Chronique*, n° 126, p. 204) a été adopté, le 20 mai, par 289 voix contre 221, 273 députés UMP votant pour, 11 contre et 19 s'abstenant, et 16 Nouveau Centre votant pour, 4 s'abstenant (v. *Question préalable*).

– *Réunion à l'Élysée*. Les petits déjeuners de la majorité, organisés traditionnellement le mardi à Matignon et réunissant les présidents des groupes et les dirigeants des partis, auront lieu désormais à l'Élysée, au moins pour « les prochaines semaines » (*BQ*, 20-5).

MINISTRES

– *Conflit d'intérêts*: bis repetita? Mme Ockrent, compagne de M. Kouchner, a été nommée au conseil d'administration de Radio France internationale, par un décret du 27 juin (*JO*, 28-6, @ 100) (cette *Chronique*, n° 126, p. 205).

– *Protection*. Le chef de l'État est intervenu, en conseil des ministres, le 4 juin, pour dénoncer « le lynchage » dont Mme Rachida Dati serait victime. L'opposition, ou une partie de la majorité, était visée (*Le Figaro*, 5-6).

– *Solidarité*. Avec une belle audace à l'égard du chef de l'État, M. Kouchner a jugé qu'il avait été « maladroït » lors de son voyage à Tunis, à propos du jugement porté sur « l'espace des libertés », le 7 mai (*Le Figaro*, 8-5); de la même façon que M. Jouyet, s'agissant de la nomination du futur président de France Télévisions par le pouvoir exécutif, le 26 juin (*Le Monde*, 28-6). Le jugement du TGI de Lille annulant le mariage civil d'un couple musulman, pour erreur sur les « qualités essentielles » (non-virginité) (art. 180 du code civil), a opposé Mme Dati et Mmes Fadela et Létard (*Le Figaro*, 31-5). À la demande du chef de l'État, la garde des Sceaux a changé d'attitude en demandant au parquet de faire appel (*op. cit.*, 3-6). Mme Boutin a fait part de sa « stupéfaction », le 27 juin, après les déclarations de Mme Morano relatives aux mères porteuses (*Le Figaro*, 28/29-6).

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République.*

PARLEMENT

– *Bibliographie*. Ph. Séguin, « Du contrôle parlementaire », *Le Monde*, 28-5.

– *Certification des comptes 2007*. La Cour des comptes a levé, le 21 mai, sa réserve après modification des référentiels comptables des assemblées (*L'Hémicycle*, 28-5) (cette *Chronique*, n° 123, p. 153).

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations*. Deux députés ont été chargés d'une telle mission: M. Loos (Bas-Rhin) (UMP) auprès du secrétaire d'État à l'Industrie et à la Consomma-

tion (décret du 16 juin) (*JO*, 17-6) et, fait digne de mention, M. Warsmann, président de la commission des lois (Ardennes) (UMP), chez le Premier ministre (décret du 30 juin) (*JO*, 1^{er}-7). M. Guené, sénateur de Haute-Marne (UMP) a été désigné à l'Agriculture (décret du 24 juin) (*ibid.*, 25-6).

PARTIS POLITIQUES

– *Financement*. Le décret 2008-465 du 15 mai (*JO*, 20-5) fixe à 74 818 078,89 euros le montant de l'aide publique pour 2008 (en légère augmentation) (cette *Chronique*, n° 122, p. 220) en application de la loi 88-227 du 11 mars 1988. Cinq formations (d'outre-mer) n'ayant pas satisfait à leurs obligations comptables en sont privées. La 1^{re} fraction est attribuée aux 14 partis qui, ayant présenté des candidats dans 50 circonscriptions métropolitaines, y ont obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés (condition introduite par la loi 2003-327 du 11 avril 2003) (cette *Chronique*, n° 106, p. 192), alors qu'il y en avait 31 dans la précédente législature, ainsi qu'à 31 partis outre-mer, contre 20 précédemment. La 2^e fraction est répartie entre 21 partis représentés au Parlement, contre 20 l'an dernier: les 18 députés et les 5 sénateurs du Nouveau Centre se sont rattachés au Fetia Api en vertu de l'accord conclu avec ce parti polynésien (n'étant pas éligible à la 1^{re} fraction, le Nouveau Centre n'aurait pu autrement prétendre à la seconde) (cette *Chronique*, n° 125, p. 178); à ce propos, le président de la CNCCFP a indiqué que le Fetia Api, qui avait recueilli 512 voix aux élections législatives, touchera plus de 1 million d'euros.

V. *Président de la République. Transparence.*

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Délégation*. Au terme d'une marche classique, le Conseil constitutionnel a procédé, le 7 mai (2008-210 L), au déclassement de certaines dispositions du code de la route, concernant l'autorité administrative de l'État auprès de laquelle doivent être faites diverses oppositions au transfert du certificat d'immatriculation, notamment (JO, 22-5).

V. Loi.

194 PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie*. J. Massot, « Faut-il encore un Premier ministre ? », *LPA*, 22-5; B. Jeudy, « François Fillon continue de tracer sa route », *Le Figaro*, 14/15-6; Sénat, *Services du Premier ministre: l'heure du bilan*, Rapport F. Marc et M. Moreigne, n° 415, 2008.

– *Ambition et solidarité*. « Je n'ai aucun autre horizon que celui d'accomplir les réformes », a déclaré le Premier ministre sur France 2, le 13 juin, « et de mettre mon nom à côté de celui du président de la République sur la transformation la plus profonde que la société française ait connue depuis 25 ans ». Concernant une difficulté avec ce dernier, il a précisé: « Si j'avais un désaccord de fond, j'en tirerais les conséquences » (*Le Figaro*, 13-6) (cette *Chronique*, n° 126, p. 208).

– « *Chef d'orchestre du gouvernement* ». Invité du talk du *Figaro* le 2 juin, au lendemain de la formation du « septuor » (v. *Président de la République*), M. Fillon a estimé: « La partition du gouvernement est écrite par le président de la République. Ma responsabilité,

c'est de faire en sorte que le gouvernement parle, chante d'une même voix... Je suis le chef d'orchestre du gouvernement » (3-6).

– *Utilité*. « C'est utile d'avoir un Premier ministre », a observé le chef de l'État sur RTL, le 27 mai. « On travaille ensemble; on travaille en tandem », a-t-il ajouté.

V. *Droit communautaire et européen. Gouvernement. Ministres. Président de la République*.

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. « Quand la Cour des comptes entre à l'Élysée », *Le Figaro*, 7/8-6; « Sarkozy, J+364 » (dossier, supplément du *Monde*, 6-5; G. Courtois, « Sarkozy, an 01: le boomerang de la victoire », *RPP*, avril-juin 2008, p. 7; Ph. Gouillaud, « Jacques Chirac invente une vie après l'Élysée », *Le Figaro*, 16-5.

– *Filmographie*. *Un jour, un destin* (à propos de M. Jacques Chirac), France 2, 30 juin.

– *Anciens présidents*. En réponse à M. Dosière, député socialiste de l'Aisne, les moyens mis à leur disposition sont précisés, conformément à une décision du Premier ministre, révélée à cette occasion, en date du 8 janvier 1985. À savoir: outre une protection policière, une voiture de fonction avec chauffeur; des locaux dont la maintenance et les charges sont assumées par l'État. Deux personnes y sont affectées; sept collaborateurs permanents sont pris en charge par ce dernier. Les dépenses de personnel sont supportées par les ministères qui mettent à disposition ces collaborateurs. Ces derniers peuvent,

en outre, se voir attribuer, comme les membres des cabinets ministériels, l'indemnité de sujétion particulière (décret 2001-1148 du 5 décembre 2001) (cette *Chronique*, n° 101, p. 139). Les services du Premier ministre prennent en charge le versement de ladite indemnité (soit un montant annuel de 230 000 €), ainsi que des dépenses de fonctionnement (470 000 € par an) (AN, Q, 24-6).

La fondation Chirac-Agir au service de la paix a été lancée, le 9 juin, au musée du quai Branly à Paris, en présence de M. Sarkozy (*Le Figaro*, 10-6) (v. *Conseil constitutionnel*).

– *Anniversaire de l'élection*. Le président Sarkozy a invité, le 6 mai, les membres du gouvernement et leurs conjoints à dîner. Le lendemain, les parlementaires de la majorité l'ont été à leur tour (*Le Figaro*, 7 et 8-5).

– *Arbitrage*. Recevant le rapport de M. Copé sur la réforme de la télévision publique, le 25 juin, le chef de l'État a tranché : « Je veux prendre mes responsabilités. » Il s'est prononcé pour la nomination du président de France Télévisions en conseil des ministres. Il réitéra ses intentions sur France 3, le 30 suivant (*Le Monde*, 27-6 et 2-7).

– *Budget de la présidence*. Le chef de l'État a autorisé la Cour des comptes à contrôler le budget de la présidence (*Le Figaro*, 7/8-6). D'autre part, l'augmentation de 8,4 % des dépenses de l'Élysée en 2007 par rapport à 2006 a pour origine « le triplement de l'activité présidentielle », a déclaré le porte-parole du gouvernement en réponse aux critiques soulevées par cette progression (BQ, 12-6).

M. Dosière, député (s) de l'Aisne ne relâche pas son effort en vue de la transparence financière : les sommes

demeurant disponibles sur la dotation de la présidence, au 16 mai 2007, représentaient les 224/360^e de la dotation, soit 19 776 465 €, selon la réponse du Premier ministre (AN, Q, 3-6).

– *Chef des armées*. « Je ne baisserai pas la garde », a assuré M. Sarkozy, le 27 mai sur RTL. Il s'est déclaré « le garant de l'efficacité de la défense ». Par suite, il a dévoilé, le 17 juin, les conclusions du livre blanc sur la défense. Une importante restructuration des armées s'en suivra (*Le Monde*, 19-6). Le président a mis en cause, le 30 juin sur France 3, la chaîne de commandement à propos de la fusillade survenue la veille à Carcassonne (Aude), un militaire ayant tiré à balles réelles lors d'une journée portes ouvertes. Le chef d'état-major de l'armée de terre, le général Cuhe, devait démissionner le lendemain (*Le Monde*, 2 et 3-7).

– *Collaborateurs*. Jusque-là chargée de mission, Mme Marie-Luce Penchard a été nommée conseillère technique par arrêté du 26 mai (JO, 28-5).

– *Conjointe*. À propos de son statut, Mme Carla Bruni-Sarkozy admet dans un entretien à *Libération* (21/22-6) que « c'est aux Français de décider... En tout cas, du point de vue psychologique, c'est très spécial. Cela signifie que, lorsque l'on épouse quelqu'un on a des devoirs, mais on n'a pas de place pré-cise. Ces devoirs sont-ils simplement les devoirs d'une épouse ? À ce moment-là, on rentre dans un système phallogocritique. La tradition, c'est de représenter les femmes françaises et les hommes français, la France. J'ai juste essayé de m'engouffrer dedans. Je suis une femme moderne, mais les traditions ne sont pas modernes ». Quant aux moyens mis à

sa disposition, elle n'a pas manqué de relever : « J'utilise le secrétariat de mon mari. J'ai un bureau, un lieu dans la partie privée de l'Élysée. Les dames, on les met dans la partie privée. Ce n'est pas une place très claire » (cette *Chronique*, n° 124, p. 193).

– *Conseil de modernisation des politiques publiques*. Sous l'autorité du chef de l'État, une troisième réunion s'est tenue, le 11 juin (*Le Monde*, 12-6) (cette *Chronique*, n° 126, p. 210). Elle a eu pour objet la réforme des services déconcentrés de l'État et des ambassades.

196 Ce conseil a retenu 69 mesures, les dernières des 332 du programme de réforme de l'État (*BQ*, 12-6).

– « *Conseil des ministres bis* » ou *gouvernement bis*? Le président Sarkozy a réuni, le 15 mai, quatre ministres (MM. Bertrand, Darcos, Hortefeux et Woerth) et trois secrétaires d'État (Mme Morano, MM. Chatel et Wauquiez) pour traiter des dossiers politiques sensibles, hors la présence du Premier ministre (*Le Monde*, 22-5), puis, à nouveau, le 22 mai, un des participants précisant que « le président veut rencontrer régulièrement les ministres les plus politiques du gouvernement, les plus sarkozystes également ». Interrogé à ce propos, M. François Fillon a affirmé sur France 2, le 21 mai, qu'il « n'y avait pas de conseil des ministres bis » (*BQ*, 23-5). Le Premier ministre participait en revanche à la réunion consacrée, le 26 mai, au Grand Paris (*Le Figaro*, 27-5).

– *Fête de la musique*. À cette occasion, et pour la première fois (la rupture!) le public a eu libre accès, le 21 juin, à la cour d'honneur du Palais (*Le Figaro*, 18-6).

– *Intervention*. À la veille de la présidence française de l'Union européenne, le président Sarkozy est intervenu sur France 3, le 30 juin, pour en présenter les perspectives. À la fin de l'émission, il a précisé ses positions sur la suppression de la publicité et la nomination du PDG de France Télévisions.

– *Interview*. Interrogé sur RTL, le 27 mai, le président Sarkozy a affirmé à propos du Premier ministre : « On travaille en tandem. » Concernant les réunions des sept ministres à l'Élysée (le « G7 » ou « septuor », selon M. Brice Hortefeux; *Le Figaro*, 2-6), il a répondu : « Le Premier ministre fait un séminaire gouvernemental, réunit tout le gouvernement sans le président de la République? Je ne m'en formalise pas. Il m'arrive de réunir des ministres, c'est ainsi. Mais vous n'arriverez pas à mettre un coin entre M. Fillon et moi. »

– *Président législateur*. Dans une déclaration à la presse retransmise en direct, le 15 mai, le président Sarkozy a annoncé, à la suite de la grève des enseignants : « Le projet que je demande au gouvernement prévoira qu'en cas de grève les professeurs grévistes se feront connaître 48 heures à l'avance » et que l'État remboursera aux communes les frais d'accueil des enfants (*BQ*, 16-5).

– « *Priorité nationale* ». À l'occasion de la commémoration du bicentenaire du corps rectoral, le 2 juin, le président a estimé que l'éducation, de la maternelle à l'université, reste « une priorité nationale » (*Le Figaro*, 3-6).

– *Rupture*. Le président Sarkozy a opéré un revirement, le 7 juin, à propos du Moyen-Orient, en invitant le président syrien Bachar el-Assad à Paris

(*Le Figaro*, 7/8-6). De la même façon, il a annoncé, le 17 juin, le retour de la France dans le commandement intégré de l'OTAN (*Le Figaro*, 18-6). À la veille de prendre la présidence de l'Union européenne, le chef de l'État, intervenant sur France 3, a annoncé: « Il faut changer notre façon de construire l'Europe » et souhaité « une Europe du quotidien » (*ibid.*, 1^{er}-7).

V. *Déclarations de gouvernement. Droit communautaire et européen. Gouvernement. Groupes. Majorité. Ministres. Premier ministre.*

QUESTION PRÉALABLE

– *Adoption.* La discussion en deuxième lecture du projet de loi relatif aux organismes génétiquement modifiés a été interrompue à l'Assemblée nationale, le 13 mai, par le vote d'une question préalable décidant qu'il « n'y a pas lieu de délibérer » (p. 2036). Venant immédiatement après le rejet, par 114 voix (112 UMP et 1 Nouveau Centre) contre 85 (75 socialistes et 10 GD&R) de l'exception d'irrecevabilité du groupe socialiste, cette question préalable, déposée par le groupe de la Gauche démocratique et républicaine et défendue par M. André Chassaigne (Puy-de-Dôme), a été adoptée par 136 voix (118 s et 18 GD&R) contre 135 (130 UMP et 5 NC, 1 UMP et 1 NC s'abstenant et le président de l'Assemblée, M. Bernard Accoyer, n'ayant pas pris part au vote). C'est, semble-t-il, la première fois qu'une question préalable est adoptée, et ce dans des conditions comparables au vote de l'exception d'irrecevabilité contre le PACS, lorsque la majorité d'alors s'était laissée surprendre, le 9 octobre 1998 (cette *Chronique*, n° 89, p. 187); cette fois, la

victoire momentanée de l'opposition s'explique par un certain malaise de la majorité à l'égard du projet.

V. *Bicamérisme. Majorité.*

RÉFÉRENDUM

– *Motion référendaire.* En application de l'article 122 RAN (cette *Chronique*, n° 126, p. 215), le groupe socialiste a déposé, le 20 mai, une motion tendant à proposer de soumettre au référendum le projet en discussion concernant les OGM. La motion a été rejetée par 317 voix (UMP et Nouveau Centre) contre 213.

197

V. *Question préalable.*

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie.* *L'Identité nationale, Cahier français*, n° 342, La Documentation française, 2008; J. Gicquel, « Sur la citoyenneté. Du bon usage du mimétisme », *Mélanges Slobodan Milacic*, *op. cit.*, p. 843.

– *Langue.* De manière exceptionnelle, l'Académie française s'est adressée, le 16 juin, au chef de l'État, son « protecteur », en s'inquiétant de la place accordée aux « langues régionales » qui « appartiennent au patrimoine » de la République, selon le projet de révision adopté, en première lecture, par l'Assemblée nationale. Il s'agit d'une « atteinte à l'identité nationale ». L'Académie a demandé, en conséquence, le retrait de cet amendement (*Le Figaro*, 17-6).

– *Rupture.* Pour la première fois, l'anniversaire de la capitulation allemande, le 8 mai 1945, n'a pas donné lieu à un défilé militaire sur les Champs-Élysées.

Le président Sarkozy s'est rendu sur la plage d'Ouistreham (Calvados) pour honorer l'événement. Il avait préalablement déposé une gerbe devant la statue du général de Gaulle à Paris (*Le Figaro*, 9-5).

V. *Président de la République.*

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie.* «Du nouveau dans la Constitution ? Commentaire article par article du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République», *LPA*, n^o spécial, 14-5; «Après le comité Balladur. Réviser la Constitution en 2008 ?», *RFDC*, hors série, 2008; D.G. Lavroff, «De l'abus des réformes : réflexions sur le révisionnisme constitutionnel», *ibid.*, p. 55.

198

– *Première lecture de la révision.* L'Assemblée nationale a adopté l'ensemble du projet de LC de modernisation des institutions de la V^e République, le 3 juin, par 315 voix contre 231. Ont voté pour 295 UMP sur 317, 13 contre, 5 abstentions, le président Accoyer ne prenant pas part au vote; 17 Nouveau Centre, 6 s'abstenant, et 2 NI. Ont voté contre 190 membres du groupe socialiste, radical, citoyen et divers gauche, 1 pour (avant rectification de vote) et 10 abstentions; les 24 membres du groupe GD&R et 4 NI, 2 s'abstenant.

Le Sénat a adopté l'ensemble du projet de LC, le 24 juin, par 166 voix contre 123. Ont voté pour 155 UMP et 2 contre; 8 Rassemblement démocratique et européen, 9 s'abstenant; 3 NI. Ont voté contre les 95 socialistes et les 23 membres du groupe communiste, républicain et citoyen, ainsi que 3 NI; les 30 sénateurs de l'Union centriste-UDF s'abstenant.

SÉANCE

– *Incident électronique.* Le rejet, la veille, des amendements de suppression de l'article 32 du projet de loi de modernisation de l'économie a été mis en cause, le 10 juin (p. 3189), par le groupe socialiste et celui de la gauche démocrate et républicaine dont les délégations de vote n'ont pas été activées lors du scrutin public. Le président de séance a indiqué qu'un problème informatique s'était posé pour les votes de la séance de l'après-midi, mais que les délégations de vote, qui doivent être déposées avant chaque séance, n'avaient pas été enregistrées pour la séance de nuit par les groupes concernés.

– *Langue française.* Au cours du débat suivant la déclaration du gouvernement sur les langues régionales, le 7 mai, le président a rappelé à M. Daniel Mach, député UMP des Pyrénées-Orientales, qui avait terminé son intervention en catalan, qu'il «est interdit de s'exprimer dans l'hémicycle dans une langue autre que la langue française» et le passage incriminé ne figure pas dans le compte rendu (p. 1970).

SÉNAT

– *Bibliographie.* Sénat, *Recueil des analyses, des discussions législatives et des scrutins publics 2007-2008 I*, 2008; P. Roger, «Sénat. Les zones d'ombre d'une institution contestée», *Le Monde*, 28-6.

– *Collèges électoraux.* Le décret 2008-494 du 26 mai portant convocation de ceux-ci, le 21 septembre 2008, afin de procéder au dernier renouvellement triennal de la Haute Assemblée (cette *Chronique*, n^o 108, p. 195). Il s'agit

de la série A: Ain à Indre, Guyane, Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Wallis-et-Futuna. Par suite, les conseillers municipaux ont été convoqués, dès le 27 juin, afin de désigner leurs délégués et suppléants (*JO*, 27-5). Le décret 2008-501 du 28 mai porte, à son tour, convocation de collège pour l'élection des sénateurs représentant les Français de l'étranger (*JO*, 29-5).

– *Règlement budgétaire et comptable.* Un nouveau règlement a été adopté. Dans cet ordre d'idées, les grandes orientations budgétaires pour 2009 ont fait l'objet, pour la première fois, d'un débat, à l'occasion de la réunion du bureau de Sénat, le 13 mai (*InfoSénat*, n°1006, p. 27).

V. *Bicamérisme. Commissions. Parlement. Parlementaires en mission.*

SESSION EXTRAORDINAIRE

– *Convocation.* Le décret du 21 juin ouvre ladite session à la date du 1^{er} juillet,

selon la pratique observée depuis 2002 (cette *Chronique*, n°123, p. 201). Outre l'examen et la poursuite de l'examen de textes de loi, l'ordre du jour comprend le débat d'orientation budgétaire (DOB) et une séance de questions orales sans débat au Sénat (*JO*, 25-6).

V. *Assemblée nationale. Révision de la Constitution. Sénat.*

TRANSPARENCE

– *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques.* La CNCCFP a présenté, le 24 juin, son rapport pour 2007, qui précise le coût des élections: 199

- élection présidentielle: 205 millions d'euros, dont 44 millions de remboursement aux 12 candidats (lesquels ont dépensé 76,8 millions);

- élections législatives: 148 millions d'euros, dont 43 millions de remboursement aux candidats (lesquels ont dépensé 79 millions) (*BQ*, 25-6).

V. *Partis politiques.*

SUMMARIES

MICHEL SERRES

Law Can Save Nature

On the occasion of the release of his new book *Le Mal propre*, Michel Serres is studying the relationship between ownership and pollution: “Why pollute? To take ownership!” To face this pollution, it is necessary, according to Michel Serres, to respond and promote innovative legal solutions: law can save nature. 201

FRANÇOIS EWALD

Is Environmental Law a Law for the Rich?

How is it possible to assert that a law with such universal appeal as environmental law is a law “for the rich”? Three reasons can be given, all stemming from the fact that environmental law has essentially originated in rich countries. This law is said to accompany contemporary transformations of the consciousness of rich countries that are less and less self-assured, and even turn to poor countries to look for ways of life that could save them from themselves. But is not such a division between rich and poor a bit outdated to interpret a law whose goal is the construction of a common universe?

YVES JÉGOUZO

The Comparative Efficiency of Environmental Law Processes

Originally, environmental law developed as the addition of special policies aiming to prevent damages to the natural milieu through regulations, authorizations and penalties. The goal of sustainable development has led to the creation of new tools based more on the notions of contract, dialogue and financial and economic mechanisms.

MAYA BACACHE-BEAUVALLET

The Market and the Law: the Economic Logic of Environmental Law

The problems linked to externalities are also linked to the absence of an adequate definition of property rights. The simplest tool is indeed the introduction of norms, but the State has other more efficient instruments which consist in reintroducing the logic of the market. On the other hand, the relative benefits of price regulation through tax, or quantity regulations through a system of trading of rights, depend on the type of pollution under consideration. The article considers the current state of the market for emission rights within the framework of the Kyoto protocol and of the European directive considering economic prescriptions.

202

MICHEL PRIEUR

The Environment Charter: Hard Law or Political Gadget?

The Environment Charter has been presented by some as a political gadget. Its drafting and its adoption have been accompanied by legal disputes regarding its actual reach. Yet, having to deal with a new societal problem, it should not come as a surprise that the elaboration and content of the Charter should have gone beyond the beaten track. The Charter is innovative both in its form and its content, notably when it asserts a human right to the environment. Its normative dimension, which has been questioned because of its form, will eventually become a reality: it is indeed a constitutional document that will impose itself to all and that entails promising, although still mysterious, developments for future generations.

FLORENCE SIMONETTI

European Environmental Law

In 1957, the Treaty of Rome did not envisage any action from the European Community regarding the environment and, until the end of the 1960s, no communitarian environmental policy was implemented. The first environmental program was adopted in 1972 followed by texts dealing specifically with the protection of the environment. Today, the action of the Community in this field is prescribed and framed by treaties, and European environmental law is an aggregate of a multitude of heterogeneous acts, whose main weakness is their poor implementation by the member states.

MICHAEL HERZ

The Central Debates of American Environmental Law

As the modern American environmental law approaches its 40th anniversary, it is characterized by a handful of fundamental debates. They concern not so much whether government regulation to protect the environment is appropriate; on that, there is general consensus (with the obvious exception of global climate change). But what level, and what branch, of government should impose these regulations, on the basis of what general principles, and in what form: these issues are strongly disputed. These disagreements are clearly visible in current debates over whether and how to regulate emissions of greenhouse gases.

203

FURIO CERUTTI

Global Warming and Future Generations

While the issue of global warming is gaining more and more importance on the international political agenda, a debate on the reasons why we should take action on it becomes necessary. This article suggests to look for reasons to act in the ethical dimension rather than in an enlightened egoism. Because of their “thick” implications, philosophical theories are however less indicated than a reflection on the sense of the intergenerational chain that binds together parents caring for their children across the whole spectrum of generations.

CORINNE LEPAGE

The Real Loopholes in Environmental Law

The loopholes in environmental law are not so much the result of the insufficient number of legal documents as of their inefficiency. This inefficiency is due as much to the fact that they are not implemented as to a basic weakness with regards to other branches of the law. At the national level, the multiplication of documents – a source of discretionary and sometimes arbitrary power –, the inappropriateness of jurisdictional procedures for environmental law, the rules of the burden of proof which make the situation of victims highly unequal and unfair, and the ambiguous role of public authorities all contribute to the fact that environmental law remains a minor law in its criminal and civil branches, and is rather inefficient in its administrative branch. In the absence of criminal charge, the law of liability, which

should be the most efficient tool, is hampered by a number of derogatory common law regimes that have allowed the repetition of scandals such as Metal Europe. At the international level, the lack of world governance and of jurisdictional penalty attached to the Multilateral Conventions on the Environment means that environmental law remains a highly virtual reality.

CHRONICLES

GUY AGNIEL

Democracy and Colonialism in the Pacific Region

204

NICOLAS CLINCHAMPS

Imbalance in the Electorate in New Caledonia

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
AND CÉLINE LAGEOT

(April 1st – June 30, 2008)

Foreign Chronicles

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL

(May 1st – June 30, 2008)

French Constitutional Chronicle

VOTRE REVUE **POUVOIRS** EST DÉSORMAIS EN LIGNE !

www.revue-pouvoirs.fr, c'est :

En accès libre

- l'intégralité de plus de 50 numéros de 1994 à 2005
- l'ensemble des sommaires et des résumés (français et anglais) depuis 1994
- un accès intégral aux chroniques régulières
- plus de 10 000 pages (800 documents) à télécharger, imprimer et conserver
- un moteur de recherche, un index, des auteurs, etc.

Pour les abonnés

- l'accès à l'intégralité des numéros les plus récents dès le jour de parution

BULLETIN D'ABONNEMENT

Photocopiez ce formulaire d'abonnement ou recopiez-le sur papier libre et adressez-le à :

Alternatives économiques
12, rue du Cap-Vert
21800 QUETIGNY

Tél. : 03.80.48.10.33

Fax : 03.80.48.10.34

e-mail : cpettinaroli@alternatives-economiques.fr

Veillez m'inscrire pour :

- un abonnement de 1 an
(4 numéros papier et l'intégralité du site en libre accès)
- un réabonnement à partir du numéro :
(avec l'intégralité du site en libre accès)

Tarif : 65 €

M. Mme Mlle

NOM :

PRÉNOM :

Adresse :

Code postal : Ville :

Pays :

Téléphone : Fax :

e-mail :

(obligatoire si vous voulez bénéficier de l'accès intégral au site)

© « POUVOIRS », NOVEMBRE 2008

ISSN 0152-0768

ISBN 978-2-02-097096-9

CPPAP 59-303

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUIL
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : NOVEMBRE 2008. N° 97096 (08-XXXX).
IMPRIMÉ EN FRANCE

