
Jamil SAYAH**DROIT ET AFFAIBLISSEMENT DES VALEURS NON
MARCHANDES: L'EXEMPLE DU DEVELOPPEMENT DURABLE****Introduction**

De manière générale, les règles de droit, destinées à régir les actes d'hommes vivant en société, se doivent de poursuivre des *buts* pour être justifiées au regard des assujettis: la règle est légitime si le but vaut la peine d'être atteint et, par là même, s'établit un lien nécessaire entre but et valeur. Mais quelles fins, quelles valeurs? La limitation de la recherche des valeurs à des objectifs immédiats enferme le phénomène juridique dans l'utilitarisme: le but immédiat n'est autre que l'intérêt que la règle entend protéger. Mais on n'a pas manqué de souligner la pauvreté philosophique d'une telle doctrine. Elle n'a d'autre fonction que de servir d'alibi au positivisme, si envahissant dans les temps présents. Si l'on veut conférer aux règles de droit quelque permanence et quelque universalité, on ne saurait se contenter de la seule adoption en vue d'un résultat immédiat et l'on doit alors s'orienter vers la découverte de fins plus lointaines et plus élevées : mais encore faut-il qu'il s'agisse de *valeurs communes* au plus grand nombre, lesquelles sont en quantité finalement limitée, à défaut d'adhésion de tous à une même philosophie. Mais cette difficulté ne doit pas pour autant obliger le juriste à se résigner à une neutralité axiologique. En fait, la recherche d'objectifs généraux se dirige nécessairement vers quelques valeurs recueillant un assez large consensus, telles la justice et la sécurité, mais comprenant aussi les valeurs de vie, de propriété, de compétition, le contrôle de l'activité économique au nom de l'intérêt public, le pluralisme de ces valeurs n'excluant pas une certaine hiérarchie: les valeurs marchandes tendent certes

à devenir dominantes dans un monde contemporain régi par l'économie monétaire et la productivité, mais le caractère relativiste et déséquilibrant qu'elles impriment à l'être provoque en retour des mises en garde contre la surévaluation de l'économie et du marché. Le « *sans-prix* » fonde l'éthique, même si l'analyse économique du droit, tellement en vogue, apparaît comme une anti-éthique. ***Le droit au développement durable donne écho à cette problématique.***

En effet, les incertitudes du droit dans la détermination des parts respectives du marché et des valeurs non marchandes, et la relativité qu'elles introduisent dans la caractérisation du droit au développement durable traduisent au fond assez bien les divergences, selon les lieux et les époques, qu'a connu le concept juridique de *bien* et de *chose*.

L'homme à travers son histoire a toujours entretenu avec les choses et la nature des relations de maîtrise, de domination, et axé toute son activité sur la conquête des biens matériels. Or, périodiquement, ressurgit dans le système juridique l'idée que le droit ne peut pas être exclusivement construit en fonction d'un unique bénéficiaire, mais aussi en considération de la connivence sociale, et c'est alors que s'installe un fragile compromis entre un matérialisme dominant et des tempéraments plus ou moins durables. ***Le droit au développement durable*** tend alors à instaurer une ***conciliation*** plus qu'une ***subordination***, ou une ***hiérarchisation***, entre les intérêts du développement économique marchand et les intérêts non économiques, entre les valeurs utilitaires et les valeurs patrimoniales.

L'objet de ce droit n'est pas défini. Le terme « développement durable » dont tous les commentateurs ont révélé qu'il avait été emprunté au vocabulaire de l'économie, se veut plus compréhensif que celui de l'environnement. Il a, semble-t-il, surtout été retenu pour marquer la dimension évolutive des règles relatives à l'écologie. Les titulaires de ce droit ne sont pas également définis. Dans les textes, le droit au

développement durable est le sujet ; il est attribué. A priori, tout individu, tout groupement doit pouvoir en bénéficier. Sa nature n'est définie que par la qualité de droit «fondamental» qui lui est confiée. L'adjectif a suscité la perplexité : qu'est-ce qu'un droit fondamental? Une liberté publique? Une sorte de droit de l'homme? En toute hypothèse, il faut reconnaître que le droit au développement durable est affirmé en tant que droit autonome, surajouté, si l'on peut dire, aux autres prérogatives. Si l'on veut bien lui reconnaître une consistance, il doit apporter quelque chose de plus dans l'ordre juridique existant.

1. Le développement durable: la consécration d'un droit nouveau en débat

Un semblable énoncé relève de prime abord du langage du droit, c'est-à-dire de celui dans lequel sont formulées les normes, celui de l'expression phénoménale du droit en tant qu'ordre normatif. Il fait cependant problème tant sur le plan de la théorie que de la pratique juridique. Avant de se prononcer sur l'appartenance de ce nouveau droit (le droit au développement durable) « *aux nouveaux droits de l'homme* » dont la consistance et l'opportunité demeurent fort discutées⁹⁸, il importe de se demander s'il s'agit d'authentique *droit subjectif*. En clair : constitue-t-il dorénavant un élément de l'ordre juridique positif ou vise-t-il quelque valeur normative au sein de cet ordre? La question mérite d'être posée et traitée, quel que soit l'avenir et la portée de ce droit.

On sait la vigueur des attaques autrefois dirigées contre la notion de droit subjectif et l'on aura quelque peine à nier leur marque proprement idéaliste, quand bien même le réalisme prétendait les inspirer. Ceux-- là même qui inclinent à voir dans le droit subjectif une manière de perversion de la nature vraie du juridique, comme ceux qui ne partagent pas la

⁹⁸R. Pelloux, Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification, RDP, 1999,p. 53.

philosophie individualiste dont l'hégémonie a pu symboliser le triomphe, ne peuvent aujourd'hui nier qu'il s'agit là d'une technique cardinale dans l'outillage aussi bien du droit français que du droit international. Objet d'étude à ambition scientifique, ce dernier requiert un minimum de respect de la forme dans laquelle il se donne. La première démarche à accomplir est donc de bien se demander si les innovations portées par ce nouveau droit sont autant de consécration d'un véritable *droit subjectif*.

Cette catégorie technique de référence semble à peu près unanimement comprise : tout droit serait une «restriction légitime à la liberté d'autrui» établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs, à laquelle s'ajouterait, dans le cas du droit-créance une certaine emprise sur la personne du débiteur. Selon cette compréhension, le droit au développement durable est donc le *pouvoir d'exiger* quelque chose de quelqu'un ou de *maîtriser en exclusivité* une chose, un facteur économique, voire un aspect de l'environnement tel que l'ordre juridique lui-même le dessine.

On conçoit dès lors une première réaction possible (sans doute est-elle partagée par la plupart des juristes) consistant à nier qu'il s'agisse là d'un véritable droit, faute de substance précise et de claire détermination de son débiteur ou, au moins, des sujets auxquels il est opposable. Ce soi-disant « droit » n'en serait pas, sa désignation légale demeurerait juridiquement inadéquate, bien qu'inscrite dans des actes de législation (interne ou internationale) les propositions qui le nomment et le reconnaissent seraient dépourvues de toute valeur juridique. En conséquence, certains n'hésiteront pas à dénoncer la tendance à transformer les textes de droit en programmes verbeux qui n'engagent guère ou créent à bon compte l'apparence du changement et d'un certain progrès. L'artifice du procédé semblerait d'une certaine façon confirmée par la loi du 25 juin 1999 relative au développement local et à l'aménagement du territoire dont un chapitre porte

sur le développement durable en se fixant comme objectif «*la reconnaissance du droit à un développement spécifique*» tout en s'abstenant de désigner les titulaires de ce droit, à moins qu'il s'agisse de la nature elle-même ! On imagine bien combien la floraison de textes législatifs de cette veine est propre à renforcer la conviction de ceux qui s'attachent à dénoncer dans l'avènement de la notion de droit subjectif une perversion de la pensée juridique, imputable à l'Ecole moderne du droit naturel et aux philosophes des Lumières, ignorant des choses et de la validité du droit⁹⁹. Si la vague des droits de l'homme ne trouve pas grâce à leurs yeux pour des raisons qui ne sont pas, bien entendu, une hostilité à une promotion de certains intérêts de la personne humaine, on conçoit leur réaction face à l'éclosion d'un «*droit au développement durable* » ! La condamnation ne peut être que plus vive de la part de ceux qui adhèrent à la fois à cette philosophie du droit et aux dogmes d'un libéralisme revenu à la mode : quel plus bel exemple les disciples de F. Hayek¹⁰⁰ pourraient-ils trouver d'une législation aussi étrangère au *droit*, et par là-même aussi anti-économique. A l'inverse, on peut prendre acte d'une extension, à côté des libertés publiques notamment, dont le statut de prérogatives du droit positif n'est pas discuté, de la catégorie de ces «*droits à* » (au lieu de droit de) qui sont tout au plus droits de créance contre l'Etat. Les lois dont il est ici question n'ont-elles pas tout simplement consacré de nouveaux *droits économiques et sociaux*, c'est-à-dire de nouvelles espèces de ces droits de l'homme de la deuxième génération, de même nature au fond que le droit à la santé, le droit à la culture, le droit au logement...On soulignera que, s'ils relèvent bien du domaine du droit, ces nouveaux droits demeurent virtuels tant que l'Etat n'a pas mis sur pied les composantes de service public indispensables à la

⁹⁹ On reconnaît là les thèses développées avec constance par Michel. Villey dans nombreux écrits consacrés à la philosophie du droit.

¹⁰⁰ Si l'on se réfère à son ouvrage devenu un classique du genre, *Droit, législation et liberté* (en particulier le volume I, *règle et ordre*), PUF, 1980.

satisfaction des intérêts qu'ils ont vocation à promouvoir. Et l'on ajoute aussitôt que les instances étatiques n'ont d'ailleurs, en la matière, aucune véritable obligation de diligence. Bref, ces droits nouveaux ne seraient pas opposables au législateur ¹⁰¹ mais aux personnes privées.

Le propos est ici de s'interroger sur le bien-fondé de ces diverses réactions, y compris de la troisième, moins hostile que les deux précédentes, à la juridicité d'un droit au développement durable. Le premier travers à éviter est évidemment de prendre ce que l'on croit devoir être « le Droit » pour la forme concrète du juridique, c'est-à-dire de mépriser les manifestations phénoménales de cette régulation sociale singulière sous prétexte de l'absurdité politique que l'on croit y déceler. Mais il serait tout aussi contestable d'apprécier le phénomène observé (la cause serait d'emblée entendue !) à partir d'une vision simpliste de la structure systématique et de l'outillage que posséderait nécessairement tout ordre juridique comme tel.

Il importe plus encore de se défier d'une perception normative vulgaire, sous-produit de la précédente, aussi réductrice que largement cultivée par le «sens commun théorique des juristes» qui livre une image très appauvrie des formes et modalités du juridique tel qu'il se manifeste dans des sociétés comme la nôtre. Contre cette représentation du droit comme un ensemble clos de normes univoques dont la positivité se laisse constater et qui agissent toujours d'identique manière en imposant, autorisant ou prohibant des actions, il convient de rappeler avec constance l'incertitude et la mobilité de l'ordre tenu pour positif, *«posé»*.

¹⁰¹ Est visée la théorie de Hans Kelsen, dont il faut à la fois reconnaître les immenses mérites et les faiblesses majeures : une conception strictement déontique des normes juridiques, une représentation simplificatrice de leur hiérarchisation, la négligence de «l'épaisseur» des droits subjectifs, permettent-elles à cette construction, qui se réclame d'une attitude de science, de rendre compte des ordres juridiques concrets de nos sociétés.

Comment oublier que des formules trop solennelles ou trop insignifiantes, au contraire, pour être juridiquement relevantes aux yeux des juristes, ont pu acquérir une portée normative au départ soupçonnable? Ainsi, quand le Conseil d'Etat a déduit une formule somme toute banale «*le droit de mener une vie familiale normale*» pour la propulser au rang des droits fondamentaux. Ou encore, plus en rapport avec nos préoccupations, quand le Parlement affirme au «*droit au logement*» déjà reconnu un caractère opposable. Cette discussion même prouve la mobilité et la fréquente incertitude des composantes de ce que l'on a, dès lors, quelque scrupule à nommer le «système» droit. Au fond, la valeur normative de certains énoncés légaux et leur aptitude à signifier des attributions de droits susceptibles de fonder un ordre normatif, sont le produit de confrontations d'intérêts, de débats et de choix de société. C'est dire l'importance de ces aspects dans l'émergence d'un «*droit au développement durable*». Car la consécration de l'obligation de prise en compte de l'environnement est au moins nécessaire, en tant qu'elle introduit cette nécessité dans la hiérarchie des intérêts généraux que le droit doit traiter ou tout au moins ne pas négliger. Il s'agit tout autant de créer l'amorce d'un noyau dur de protection de l'environnement que de travailler à l'intégration par toutes les politiques publiques et tous les agissements privés, de cet impératif de protection.

Ainsi, on ne saurait tenir *à priori* pour indifférent au fonctionnement de l'ordre juridique, au jeu concret de cette régulation spécifique, que les énoncés d'un instrument censé produire du droit, même si leur valeur normative apparaît légitimement en discussion, fassent état de ce qu'on nomme un «droit au développement durable». La considération de l'histoire récente aussi bien du droit international que du droit interne commande de prendre au sérieux et de rechercher déjà à quoi il correspond, les potentialités qu'il recèle pour agencer des obligations juridiques et des dispositions normatives ayant pour vocation à aider à la promotion de certains intérêts, à

fonder des demandes en justice, à régler des conflits et à censurer ou à valider des actes juridiques publics ou privés. Pareille option engage à son tour la représentation du droit qui, croyons-nous, s'écarte non seulement du positivisme juridique, mais également du jus naturalisme: la notion socialement agissante du droit correspond d'abord à un certain champ d'organisation et de régulation des rapports constitutifs de la vie en société, dont les données ou facteurs sont plus nombreux et divers que ne laisse entendre la définition triviale de ce droit comme un ensemble de règles, même si cette réalité normative apparaît première dans nos sociétés modernes. Autrement dit, que la première manière de participer à l'application d'une règle de droit est de l'invoquer comme telle, de l'opposer à l'appui d'une opération que l'on souhaite valide, d'une réclamation ou d'une prétention. On perçoit que la simple invocation d'un «droit à un développement durable» par un texte légal, auquel l'imprécision pourrait justement inciter à refuser toute signification normative, peut amorcer un processus débouchant sur l'affirmation d'une normativité certaine.

2. Le développement durable: un droit dont l'usage ne fait plus débat

Le droit au développement durable dont la consécration juridique n'est plus contestable s'est donné concrètement comme objectif de *«préserver, protéger, améliorer la qualité de l'environnement ; de contribuer à la protection de la santé et d'assurer une utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles »*¹⁰². Or cet objectif aussi noble qu'il soit ne peut se réaliser sans entrer en conflit avec d'autres valeurs qui ont constitué jusque-là les référentiels structurants des sociétés occidentales. Comment concilier alors des intérêts qui par leur contenu et leur portée ne peuvent que s'opposer. Voilà les premières difficultés que l'on rencontre lorsqu'on passe de la théorie à la pratique. Quel est l'enjeu réel de la consécration juridique d'un «droit au développement durable»?

¹⁰² Code rural, article L 200

L'affirmation d'un tel droit n'est-elle pas une évolution structurelle de notre relation à la nature?

L'usage du droit au développement durable n'emporte-t-il pas en lui une atteinte manifeste à une vieille liberté : *la liberté d'entreprendre* qui est le type même de la liberté traditionnelle, subjective, dont les éventuelles limitations seront certainement porteuses d'une modification substantielle du modèle économique libéral. Cela signifie que la mise en application d'un droit au développement durable va inciter les acteurs économiques à remodeler leur mode de production en prenant désormais la durabilité du progrès comme nouveau paradigme de leur action. Il y a donc dans cette nouvelle donne une nouvelle manière d'appréhender le temps. Notre rapport au temps se voit alors imposer «l'avenir» comme le noyau dur de l'historicité humaine. Le présent et l'immédiat ne sont plus considérés comme la matrice de l'évolution. Dès lors, les schèmes s'inversent et l'homme décide de mettre un terme à sa toute puissance. La nature cesse d'être au service de l'homme, c'est l'homme qui se met à son service.

Cette liberté-là n'est pas purement formelle, car, à la différence de la liberté d'entreprendre qui n'implique rien d'autre que d'avoir de l'idée pour agir, elle suppose l'existence de moyens, d'infrastructures nouvelles et surtout le sens de la régulation. Pour que le développement soit durable, il faut que les équilibres ne soient plus uniquement économiques. D'autres catégories d'équilibre doivent entrer en ligne de compte, telles que les équilibres environnementaux. Car ces équilibres donnent substance à la liberté de vivre et d'organiser son avenir autrement. Cette liberté de choix implique même au-delà, l'invention ou la sauvegarde des moyens industriels de création et de fabrication de matériels destinés à préserver la nature.

Un ordre écologique doit en effet être affirmé et défendu contre les tendances purement productivistes qui risqueraient de le mettre en péril. Le patrimoine commun n'est pas le produit d'ajustement spontané des

patrimoines particuliers : par eux-mêmes ils sont incapables de viser autre chose qu'une préservation limitée et relative ; il faut les conduire à s'effacer derrière l'intérêt collectif de l'humanité. Le droit au développement durable n'est pas un corpus normatif déclaratif sans effectivité juridique : c'est un ensemble de principes actifs par lequel les individus, les groupes et les Etats sont soumis aux disciplines nécessaires à la survie de la biodiversité et aux équilibres environnementaux. L'ordre écologique dont il est porteur est aussi un ordre de domination (de soi) et d'ajustement. Symbole de la prééminence de valeurs non marchandes et du Tout sur les parties, il exprime les contraintes qui résultent de la difficulté de penser le monde à travers soi et de réfléchir l'avenir à partir du présent. Cette transcendance fait de lui le dépositaire d'un nouveau mode de vie, d'un nouvel état d'esprit et le fondement d'une nouvelle relation entre l'homme et son contexte environnemental. Bref, un droit porteur *«d'une essence plus humaine»*, une sorte de valeur universelle placée à tout jamais hors emprise productiviste.

En quelque sorte, on assiste à un *«effet d'imposition d'une problématique»*¹⁰³ nouvelle, dans la mesure où les pouvoirs publics acceptent de le mettre sur « agenda ». Les soutiens politiques et financiers qu'ils accordent aux projets les plus novateurs issus de ce droit montrent bien que ces derniers cherchent à raccommoder les mailles de l'ancien tissu économique. C'est ainsi que le développement durable devient un référentiel de politique publique novatrice. Il perd sa connotation purement déclarative pour prendre une connotation pratique¹⁰⁴. Sa matrice intègre alors progressivement la logique de la rationalité économique.

Son application lui permet de produire les conditions de sa production en assurant l'intériorisation d'un substrat normatif capable de se perpétuer.

¹⁰³ P. Bourdieu

¹⁰⁴ Ce qui ne signifie pas que le droit au développement durable se dilue totalement au sein d'une logique techniciste, au risque de perdre ses valeurs.

Cependant, la contradiction entre force productive et productivité maîtrisée reste la contradiction déterminante. Elle constitue un invariant structurel à l'intérieur duquel s'exercent les variations concrètes des contradictions. Autrement dit, si l'efficacité pratique de l'applicabilité du droit au développement durable se mesure à sa capacité de modeler durablement les comportements sociaux et économiques des différents acteurs, force est de reconnaître que ce droit est loin de réussir son absolue intégration par tous. C'est dans cette perspective qu'il convient d'analyser les outils fonctionnels dont le droit à un développement durable fait usage pour assurer son efficience: le *principe de précaution* et celui de *pollueur-payeur*.

Le principe de précaution. La demande de sécurité de type économique (défense des biens, des patrimoines, préservation et protection), existe toujours, mais parallèlement s'est constituée une demande de sécurité plus active, plus anticipatrice et qui porte davantage sur la qualité de vie, et traduit une sorte de sécurité préventive. La prévention n'est pas une préoccupation en elle-même nouvelle. Déjà au XVIII^{ème} siècle, dans le sillage de préoccupations d'hygiène publique, on assiste à la discussion et à la définition de politiques de prévention en matière de santé. Mais aujourd'hui, la prévention change quelque peu de sens. Elle en vient aussi à désigner des formes de comportements actifs qui visent à optimiser une conduite en connaissance des facteurs de risque qui la menacent. Au paradigme de la solidarité, correspondant à l'Etat providence, s'est substitué celui de la sécurité. En effet, ce nouveau paradigme fait apparaître une nouvelle économie des droits et des devoirs.

Trois grands lieux de problématisation des problèmes contemporains de sécurité, trois importants foyers d'incertitudes semblent pouvoir être discernés: la question des accidents médicaux, la question de l'environnement et la question de la responsabilité des producteurs en cas de défaut d'un produit, en fonction de la problématique du risque de

développement et d'innovation. Ces trois questions ont plusieurs caractéristiques communes. D'abord, elles se sont posées pratiquement au même moment, c'est-à-dire au cours des années 1980. Ensuite, elles sont vécues comme l'épreuve d'une forme de vulnérabilité inattendue, voire insoupçonnée pour les individus de nos sociétés développées. Un certain retour des catastrophes est à noter avec des dommages individuels et collectifs d'ampleur inégalée. Les XIX^{ème} et XX^{ème} siècles avaient été obsédés par le problème des accidents (au travail ou automobiles, pour l'essentiel). La présence de la catastrophe est redécouverte, mais avec ceci près qu'elles renvoient à des responsabilités humaines.

C'est dans ce contexte très bouleversé qu'apparaît la notion de précaution. Il apparaît que le principe de précaution ne vise pas toutes les situations de risque, mais celles qui sont marquées par deux caractéristiques principales : un contexte d'incertitude scientifique d'un côté, l'éventualité de dommages graves et irréversibles de l'autre. Hans JONAS dégage ce cadre philosophique qui se trouve en arrière-fond de la prise de conscience écologique contemporaine. Pour l'auteur, l'histoire de l'humanité est marquée par une coupure décisive qui distingue le monde antique du monde moderne. Le rapport de l'homme à la nature s'est en effet inversé: alors que pendant longtemps l'homme n'a été qu'un être dans la nature, il est devenu, grâce aux sciences et techniques, maître de la nature. L'homme doit ainsi prendre conscience de son pouvoir comme illimité, souverain, au sens d'une capacité infinie à produire des effets qu'il ne saurait prévoir avec certitude. La montée de sa peur et de sa demande sécuritaire corrélative est dès lors logique dans la mesure où l'homme prend conscience de ses nouvelles capacités, tant créatrices que destructrices. Il tend à reconnaître que ses pouvoirs sont tels qu'ils menacent l'existence de la vie elle-même. L'homme contemporain prend ainsi conscience de lui-même dans le sentiment de l'angoisse devant les possibilités de dommages et même d'anéantissement qu'il porte en lui.

Face à ces hypothèses et ses angoisses, l'homme moderne est en quête de règles d'une morale qui limiteraient ses pouvoirs. C'est ici qu'intervient le principe de précaution, dans la mesure où l'homme moderne doit prendre en compte dans ses actions à la fois leurs conséquences à long terme et leur possibilité d'apporter avec elles, du moins pour certaines, le pire, la catastrophe. “ Si l'homme a le droit de risquer sa propre vie, il n'a pas celui de risquer celle de l'humanité ”: cet impératif est à la base du principe de précaution selon Hans JONAS¹⁰⁵.

La précaution commence donc quand la décision (nécessaire) ou quand l'action, l'initiative doit être prise dans le contexte d'une incertitude scientifique, technique, économique ou écologique. C'est ce contexte de doute, de soupçon, de suspicion, de défiance, de crainte, d'inquiétude due au risque qui forge l'avènement du principe de précaution, pour assurer une meilleure prévention, comme pour rassurer les esprits. Prévoyance, prévention et précaution sont trois formations complémentaires. Il ne s'agit pas de trois notions se succédant dans le temps, l'une remplaçant l'autre. Il s'agit plutôt de trois attitudes différentes à l'égard du risque et de l'incertitude, valorisées et développées à trois moments différents. Le mot correspondant au principe de précaution est celui de sécurité, ou de sûreté, entendu comme une exigence de sécurité particulièrement rigoureuse, comme en matière nucléaire, par exemple.

La précaution témoigne d'une certaine appréhension dans notre attitude à l'égard du risque, voire d'une réelle peur. Telle est la philosophie de ce principe. Sa mise en œuvre ne va pas sans poser quelques problèmes en se heurtant aux diverses libertés individuelles. L'ambiguïté qui régit le vocabulaire du risque doit être soulignée : risque et danger sont deux notions

¹⁰⁵G. Olivier (sous la direction). “ Le Retour du malin Génie ”, in *Le principe de précaution dans la conduite des Affaires Humaines*, Éditions de la maison des Sciences de l'Homme, Paris.

souvent confondues dans l'inconscient collectif. A ce danger découlant du risque répond donc une demande sociale de sécurité. L'assimilation "risque, danger, insécurité" apparaît dès lors quelque peu antinomique avec le principe de liberté. La sécurité publique va se heurter à la liberté d'agir. La "risquophobie" individuelle et collective fait que l'émergence de la précaution accompagne la crise du progrès, dans un certain sens une survalorisation du passé par rapport à l'avenir, la volonté de limiter les effets, destructeurs, du temps, peut-être aussi une nouvelle suspicion portée sur l'espèce humaine et la rationalité de leur développement. Ces éléments visent directement la liberté, l'entreprise, l'innovation et leurs conséquences sur le long terme. La précaution est donc une manière d'élever le prix de l'innovation.

L'alerte a été donnée par une succession d'affaires, notamment dans les domaines de l'environnement et de la santé publique. Des dommages graves et irréversibles ont été causés, dont il est apparu, après coup, qu'ils auraient pu être évités par l'observation d'une attitude de précaution. Si celle-ci apparaît donc à l'évidence nécessaire, on peut également craindre aussi les conséquences d'une trop grande précaution. Ce principe exige en effet une certaine régulation, sous peine de devenir quelque peu liberticide. Le concept de précaution pénètre le droit, tant international, communautaire qu'interne. S'agissant du droit international, il apparaît successivement dans les déclarations finales des Conférences de Stockholm en 1978 et de Rio en 1992. Le principe est énoncé sur un plan général dans le principe 15: " lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'éviter le danger ou d'en atténuer les effets". Dans le cadre du droit international, la notion de précaution reste un principe plus politique que "juridico contraignant". Il entre dans le droit positif européen

communautaire avec l'article 130 du Traité de Maastricht de 1992. Il est également présent en droit interne dans la Constitution. Dans le même esprit, il faut relever que le principe de précaution avise du mécanisme mis en place par la loi n 92-654 du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés. Selon les analyses de M.A. Hermitte et C. Noiville¹⁰⁶, il s'agit là de la première application du fameux principe de précaution, non pas à un produit déterminé, ni à un problème particulier, mais à l'ensemble d'un mode de production, avant que le moindre dysfonctionnement ait pu être constaté". La loi Barnier a introduit formellement dans le code rural un article L 200-1 aux termes desquels la protection, la mise en valeur, la restauration et la gestion de l'environnement s'inspirent, parmi d'autres principes *et* "dans le cadre des lois qui en définissent la portée... du principe de précaution... ". Ainsi le principe de précaution est présent dans le droit interne français, même si force est de constater que, pour l'instant, le concept et le principe de précaution sont encore véhiculés par des vecteurs dont la force obligatoire, l'effectivité et la pérennité, tout comme en droit international, sont sujettes à caution. Lorsque le principe est effectivement visé par un texte, comme en droit international, en droit communautaire ou dans la loi Barnier, c'est le plus souvent sous la forme d'un simple objectif programmatique quelque peu flou, qui indique une direction plus qu'il ne fixe une règle.

Dans l'état actuel du droit, le principe de précaution n'est encore qu'au stade de l'émergence, il est encore plus politique qu'un véritable standard juridique contraignant. Mais dans un cadre prospectif, un tel principe pourrait devenir particulièrement contraignant pour les initiatives privées et tend à l'être effectivement dès à présent dans la mesure où le risque et son

¹⁰⁶ O. Godard, (sous la direction). " Le retour du malin Génie ", in *Le principe de précaution dans la conduite des Affaires Humaines*, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2006.

appréhension, sa crainte, sont bel et bien reflétés à travers plusieurs dispositions juridiques très délicates à gérer par l'initiative privée, d'autant plus que cette dernière n'a pas toujours, loin de là, conscience des risques qu'elle peut entraîner et qui freinent son action. C'est ici un problème majeur de la responsabilité pour risque : la conscience du risque n'est pas forcément perçue par celui qui le prend ou qui le fait prendre. La notion de conscience est sensiblement plus présente dans le concept de faute. Ainsi, dans le cadre de la responsabilité pour faute (du type de l'article 1382 du code civil), l'auteur du dommage a une propension à avoir conscience de faillir à une obligation préexistante, préétablie, dans la mesure où il peut en prendre connaissance au moment de son action ou auparavant. La notion de risque étant beaucoup plus incertaine et trouvant peu de définitions précises, du fait de l'incertitude scientifique s'agissant des risques technologiques par exemple, ou s'agissant des effets néfastes sur l'environnement de tel ou tel produit, l'auteur du dommage a moins de chance d'avoir conscience lors de son action, du risque pris. Il paraît plus sûr pour la liberté individuelle de devoir répondre à une obligation préexistante que de devoir assumer, a posteriori, des risques méconnus, incertains, ou ignorés lors de l'initiative de l'action ou de la prise de décision.

Il n'est pas douteux que l'obligation émergente par le principe de précaution de devoir assumer les risques potentiels de l'action humaine tende à limiter et à freiner l'esprit d'initiative. Ainsi peut-on trouver dans le problème contemporain de gestion du risque et de l'incertitude concernant l'environnement un exemple de cette appréhension moderne de la sécurité. Si l'on s'en tient au projet de Convention sur la responsabilité civile des dommages résultants de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement du Conseil de l'Europe, ou aux projets de directives communautaires concernant la question des déchets, on trouve à l'œuvre les

mêmes modes de pensée avec l'accent mis sur la prévention par une politique d'imputation objective des dommages.

La question de la protection de l'environnement pose donc des problèmes tout à fait neufs, à la fois par l'étendue des garanties à prévoir et le problème de la gestion du risque dans le temps. Ainsi, en même temps que se développent les risques, la préoccupation liée à la sécurité prend de plus en plus d'importance. Pensant en termes de système, elle recompose toute une actualité du danger et des risques bien étrangers au savoir juridique. Dans toutes les hypothèses évoquées, l'homme est un acteur, mais dont l'action est un effet de système, une manière d'y agir et d'y réagir. L'accident ne relève plus qu'exceptionnellement d'une faute; c'est un dysfonctionnement du système. Le principe de précaution témoigne juridiquement de l'émergence de ces préoccupations liées aux risques et à la sécurité dans notre droit. Il est certes encore au stade de l'apparition, mais le risque de toute façon est présent juridiquement indépendamment de ce principe qui, à l'heure actuelle ne l'a pas encore englobé. Les libertés individuelles sont progressivement et corrélativement en proie à de multiples contraintes. L'action individuelle créatrice ou innovante doit répondre ainsi à une multitude de devoirs nouveaux, d'exigences nouvelles. Ces éléments viennent bureaucratiser, rigidifier et juridiciser le champ social. Les initiatives en sont donc freinées, gérées ou très encadrées par une multitude de démarches administratives.

Dans leurs innovations, leurs productions, leurs décisions, les individus doivent de plus en plus se tenir prêts à répondre, a posteriori, à des dommages causés par leurs initiatives pour le risque qu'elles ont entraîné et dont ils n'avaient ou ne pouvaient pas forcément avoir connaissance. Il est par conséquent à redouter qu'ils préfèrent l'abstention et le conformisme à l'innovation ou la création. L'évolution du droit au développement durable

place donc la précaution au cœur du système. Elle tend à en devenir le référent principal, succédant ainsi à la faute et au préjudice.

Le principe de pollueur-payeur. Ce principe, consacré dans le droit français par le Code de l'environnement sert d'outil pratique à la mise en œuvre réelle du droit au développement durable.

Il a été évoqué la première fois par une recommandation de l'OCDE du 26 mai 1972 repris après par la Déclaration de Rio et le traité de Maastricht (depuis chaque fois réaffirmé par le droit communautaire). On relèvera d'ailleurs que la Cour des Comptes de la Communauté européenne l'a consacré, d'une manière explicite, dans un rapport dès 1992 « *le coût environnemental ne peut être systématiquement supporté par la collectivité, mais il doit davantage être pris en charge par l'activité qui le provoque* »¹⁰⁷. Depuis cette reconnaissance, le principe a été intégré et généralisé en devenant en effet l'outil politique et juridique central de l'Union européenne dans son engagement pour le développement durable. L'idée de ce principe est que les frais résultant des mesures de réparation, des mesures de prévention et de réduction de pollution, doivent être supportés par celui qui est à l'origine des faits. Concrètement, ce principe se traduit par la mise en place d'un système de taxes et de redevances devant permettre au pollueur de réparer les dommages causés. Nous verrons ainsi que des normes sont énoncées et des seuils sont fixés.

Or, c'est parce que les interdictions absolues sont souvent irréalistes que les pouvoirs publics ont décidé de fixer des seuils admissibles¹⁰⁸. Cependant, pour les activités dont on admet qu'elles puissent être nécessaires malgré leur caractère nocif pour leur environnement, la fixation de normes peut se concevoir différemment selon que l'on entende taxer ou réprimer tout dépassement, ou que l'on considère les normes comme

¹⁰⁷ JO CE, C249 19, 23 septembre 1992

¹⁰⁸ F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGRDJ, 2003.

modulables auquel cas, il revient à l'Etat ou à d'autres autorités administratives de le faire par la voie réglementaire. Ces choix sont par essence politiques. Il en est d'autres plus techniques, qui offrent aux décideurs politiques toute une palette de mesures. Ils doivent alors par réalisme tenir compte des capacités financières des pollueurs et des coûts des innovations techniques susceptibles de réduire les pollutions, ce qui conduit trop souvent à ce que les «coûts externes» de la pollution ne soient pris en compte dans les divers chiffrages. Ces normes peuvent viser aussi bien les techniques de fabrication que de production; l'on parle alors de normes «à la source». Elles peuvent sans être articulées directement et ouvertement aux causes des rejets, en limiter l'émission. Elles peuvent enfin viser à maintenir une qualité du milieu ambiant ou de la biodiversité.

Ces normes sont considérées comme les plus performantes dans une utopie favorable à la protection de l'environnement, parce qu'elles sont définies à partir des implications des pollutions sur les milieux et permettent de mener une action visant à la réhabilitation des écosystèmes concernés. Pour l'air et pour l'eau principalement, a été retenu un système de fixation de normes en unités de polluant par unité d'effluent.

On le voit donc, ce système de production normatif s'inscrit dans un monde non-marchand imprégné de logique marchande. Monde non marchand, parce que cette production normative est loin d'atteindre à la matérialité des choses et ne se réduit point à la commune mesure : l'argent. Monde imprégné de logique marchande, pourtant, puisque les normes et les décisions sont porteuses d'un coût certes non réductible uniquement à sa dimension monétaire, mais s'inscrit dans une expression de valeur qui lui est propre et qui déborde largement le coût financier. En réalité, ces normes sont investies par le coût politique des relations stratégiques qui la fondent: la valeur-cohérence et la valeur-pertinence.

Conclusion

Si nous avons pu émettre, en introduction, l'hypothèse de départ d'un lien entre la genèse du droit au développement durable et le déclin de la logique marchande, c'est parce qu'il nous semble que les valeurs qui sont portées par ce droit reflètent parfaitement les mutations des sociétés capitalistes. Sur le déclin de la valeur marchande, se greffe un déclin de l'obsession productiviste. L'idéologie du développement durable (dans sa dimension normative) y joue un rôle de discours de référence. En quelque sorte, elle symbolise le nouvel ordonnancement des priorités. Cependant, ce n'est pas son contenu qui détermine son efficacité; c'est sa valeur «d'échange» qui fait son «prix». C'est donc bien sa fonction symbolique qui est déterminante par-delà les fluctuations de ses représentations.

BIBLIOGRAPHIE

1. Jean-Marc Lavielle, Droit international de l'environnement, Edition Ellipses, (collection le droit en question), 2006,
2. Patrick Thieffry, Droit européen de l'environnement, Dalloz, 2002
3. Raphaël Romi, Droit et administration de l'environnement, Monchrestien, 2008
4. J. Morand-Devellier, L'environnement et le droit, LGDJ, 2001
5. Marie Cornu, Jérôme Fromagnau (sous direction), Genèse du droit de l'environnement, L'Harmattan, 2001

RESUME

Le vieux pacte qui unissait l'homme et la nature a été brisé, car l'homme croit maintenant posséder suffisamment de puissance pour s'affranchir du vaste complexe biologique qui est le sien depuis qu'il est sur terre. Dès lors, l'érection d'un nouveau contrat peut constituer l'objectif d'un nouveau droit qui fait du développement durable sa matrice structurante. Ce droit au développement durable tend alors à instaurer une conciliation plus qu'une subordination, ou une hiérarchisation, entre les intérêts du développement économique marchand et les intérêts non économiques, entre les valeurs utilitaires et les valeurs patrimoniales.

SUMMARY

The old union of men and nature is broken, because man considers himself to be powerful enough to take possession of the Earth. Thus, a new alliance would be a way of making lasting development the key factor in this new structure. The right to a lasting development tends to replace subordination and hierarchy with reconciliation between the interest of economic development and non economic one as well as between utilitarian and heritage values.