PROTECTION JURIDIQUE DE LA BIODIVERSITÉ : FAUT-IL RECOURIR AUX DROITS FONDAMENTAUX ?

Patrick HUBERT
Bernard LABAT

La protection juridique qui s'attache respectivement à l'homme - tant dans sa personne que dans ses droits - et à la biodiversité emprunte, sur le plan de la technique juridique, des voies sensiblement différentes. Alors que dans le premier domaine on trouve les "droits humains" à la substance peu détaillée mais placés au sommet de la hiérarchie des normes, la protection de la biodiversité fait l'objet de normes détaillées et précisément "techniques" qui ont généralement les espèces et les milieux pour objet, et non pas les individus. Sur le plan de l'efficacité, la première approche se révèle plus efficiente, mais la seconde présente les mérites de la précision. Le temps est peut-être venu de comparer plus en détail les limites et mérites respectifs de ces approches, et de se demander notamment si le droit de la biodiversité ne gagnerait pas à s'inspirer des méthodes qui prévalent pour garantir le respect des droits humains.

L'être humain appartient à la sphère du vivant ; une approche humaniste de l'environnement ne vise pas à préserver la biodiversité seulement pour elle-même mais aussi pour le bien-être de l'humanité. Ces considérations conduisent (et ont conduit depuis longtemps) à se demander si la protection de l'être humain (les « droits humains » que les Français continuent d'appeler les « droits de l'Homme ») et la protection du vivant en général ne devraient pas être rapprochées.

Nous montrerons ainsi, dans un premier temps, que la technique juridique sur laquelle s'appuient les droits humains diffère de l'approche du « droit de l'environnement » : principes généraux placés en haut de la hiérarchie juridique, d'un côté, dispositions techniques de l'autre. Or, comme nous le soulignerons ensuite, il se trouve que la protection des droits humains est beaucoup plus efficace, d'où la tentation d'importer la technique des droits fondamentaux dans le domaine de l'environnement. Cette démarche trouve quelques soutiens dans l'idée de « non-régression » du droit, avec laquelle elle paraît pleinement compatible.

L'analyse de l'expérience française, encore assez récente, de la Charte de l'environnement nous permettra de tirer les premières leçons de cette hybridation des techniques juridiques et de mettre en lumière les difficultés auxquelles se heurte ce mouvement. Enfin, au regard de ces difficultés et du faible impact des dispositifs juridiques actuels sur l'état et l'évolution de la biodiversité, nous proposerons quelques pistes pour approfondir la réflexion sur la protection juridique de cette biodiversité.

Droits humains et droit de la biodiversité : deux approches opposées

De façon simple, le droit de la biodiversité met en avant la protection des espèces (particulièrement quand elles sont en danger) et - dans un second temps chronologique - celle des habitats qui en constituent le support écologique. Des instruments juridiques aussi anciens que la Convention de Paris pour la protection des oiseaux utiles à l'agriculture de 1902, ou encore la Convention de Londres de 1933 sur la conservation de la faune et de la flore à l'état naturel, adoptent d'emblée cette approche. En revanche, les individus qui composent ces espèces ne sont l'objet de règles que pour autant que cela concourt à la protection de l'espèce : il peut être interdit de les tuer, de détruire leurs nids, d'en faire le commerce. Mais la protection des individus n'est pas absolue ; des quotas de chasse, par exemple, peuvent être consentis. Sur le strict plan de la technique juridique, la protection emprunte les voies les plus traditionnelles du droit public, correspondant précisément à ce qu'on pourrait qualifier de normes essentiellement « techniques ». Cette technicité de la norme juridique repose à la fois sur la volonté de la confiner à une place bien déterminée dans la hiérarchie des normes, et sur des approches méthodologiques somme toute familières fondées sur l'interdiction, la restriction et le contrôle, le tout avec une dimension volontiers qualitative. Ainsi, des lois techniques prévoient essentiellement des interdictions et renvoient, pour définir leur périmètre, à des décisions administratives (listes d'espèces protégées, dates d'ouverture de chasse etc.). Le respect de ces dispositions est assuré par une répression pénale modérée (des contraventions ou des délits comportant des sanctions limitées et soumises aux règles de prescription habituelles, trois ans pour les délits), mise en œuvre par des autorités de police administratives et les juridictions nationales ordinaires. En un mot, la nature essentiellement normative et technique du droit de l'environnement ne fait aucun doute et trouve à s'exprimer de la manière la plus simple qui soit : *« le droit de l'environnement est constitué par un ensemble de lois et de règlements, selon la répartition des compétences prévue par les articles 34 et 37 de la Constitution »*[1].

Certes, ce paysage est compliqué par l'existence du droit et des juridictions européennes, mais dans ce registre, il n'est rien qui distingue ce domaine de tous les autres droits techniques. Par ailleurs, il existe des conventions internationales dont l'impact est souvent limité par le fait que la jurisprudence préfère souvent considérer qu'elles ne créent d'obligations qu'entre États : elles sont donc loin d'être toujours invocables devant les tribunaux.

Dans l'ordre interne comme d'ailleurs dans l'ordre international, le droit de la biodiversité évolue de façon technique au travers d'une négociation entre l'Etat et les représentants d'intérêts divergents - en d'autres termes, au travers de compromis construits graduellement. Que ce soit pour fixer les grandes règles ou pour ajouter une nouvelle espèce à la liste de celles qui sont protégées, la question sera étudiée par des experts, discutée avec des représentants non seulement des associations de protection de la nature mais aussi de chasseurs, de développeurs, etc. Seul un acte administratif ajoutant telle espèce à la liste précédente matérialisera la nouvelle protection qui lui est accordée et en définira les limites.

Le régime des droits humains est totalement différent.

1. Paul Chaumont, Conseiller référendaire auprès de la Cour de cassation, *in Actes de la réunion consultative sur l'environnement*, AHJUCAF, Association française des juridictions suprêmes francophones, 2008, p. 137.

L'objet des droits humains n'est pas l'espèce mais l'individu, seul mentionné dans les trois grands instruments que sont la Déclaration de 1789, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et la Déclaration des droits de l'ONU (1945). Rien n'est moins globalisant que les droits humains, ce qui, d'un point de vue environnementaliste, peut surprendre : mettre en danger l'espèce humaine, soit par une menace directe soit par la destruction de son « habitat », de son milieu, n'est *étrangement pas interdit* - nonobstant bien sûr la question fondamentale du génocide qu'on évoquera plus loin. Il n'en demeure pas moins qu'en-dehors des cas où il s'agit de coordonner plusieurs droits, les droits de l'individu sont bien absolus, avec une légère variante tenant à l'existence d'autres droits seuls capables d'en limiter la portée. La liberté d'expression, par exemple, ne trouve sa limite que dans la nécessité de respecter d'autres droits ; mais certains droits sont absolus en eux-mêmes, sans qu'aucun autre droit ne puisse les limiter (le droit à l'intégrité corporelle, par exemple).

Au sommet de la pyramide juridique, tant internationale qu'interne, se trouvent des instruments très généraux, clairement non techniques. Même si des lois et des actes administratifs les déclinent, ces instruments peuvent être mis en œuvre directement : les particuliers peuvent s'en prévaloir en vertu d'un principe d'invocabilité directe. Chaque justiciable peut s'en saisir pour porter sa situation devant le juge, sans que n'existe un filtre (autre que purement procédural) entre sa personne et le principe général « non technique » qu'il entend invoquer. C'est que les droits humains ne se traduisent pas seulement par des interdictions pénalement sanctionnées (cela existe bien sûr, les atteintes à la personne humaine sont sanctionnées par le code pénal, qui en fait le plus souvent des crimes) mais justement par cette invocabilité directe : contre un règlement, une loi, un jugement, sans qu'il s'agisse nécessairement de faire condamner l'auteur de la violation mais simplement d'obtenir quelque chose, l'exercice d'une liberté par exemple. Si les juridictions nationales ordinaires jouent un rôle quotidien essentiel, ce sont surtout les cours suprêmes nationales (dont le Conseil constitutionnel en France) et les juridictions internationales qui jouent un rôle clé : Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), Cour pénale internationale.

Ainsi, les droits humains s'appuient-ils sur des instruments peu nombreux, peu techniques et situés au sommet de la hiérarchie juridique, la protection de la biodiversité reposant sur une technique opposée.

La protection des droits humains est très efficace, ce qui a conduit à chercher à doter le droit de l'environnement d'instruments comparables

Un exemple récent illustre le fonctionnement de la protection des droits humains : celui des conditions de la garde à vue. Le droit à la liberté individuelle n'est certes pas un droit absolu car il doit coexister avec d'autres droits, comme le droit à la sûreté qui doit rendre possible la détention des criminels. Mais la privation de la liberté n'est possible qu'à des conditions très restrictives. Il se trouve qu'au cours d'épisodes rapprochés, la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont convergé pour déclarer illégal le régime français de la garde à vue qui permettait de détenir sans jugement des personnes soupçonnées d'infractions graves. En pratique, par sa décision du 30 juillet 2010, le

Conseil constitutionnel devait juger contraires à la Constitution plusieurs dispositions du code de procédure pénale relatives aux conditions et au déroulement de la garde à vue[2], notamment en ce que l'ancien régime n'autorisait pas la présence de l'avocat du suspect lors de son interrogatoire (mais seulement une entrevue de trente minutes au maximum), et ne permettait pas la consultation par son conseil de l'intégralité du dossier. Il est assez frappant de constater que cette décision s'inscrivait assez directement dans une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, articulée autour de deux décisions antérieures (du 27 novembre 2008 et du 13 décembre 2009 respectivement), qui traitaient de problématiques exactement voisines à l'égard toutefois de la Turquie.

On mesure assez bien, au travers de cet exemple, l'ampleur des ajustements de la pratique professionnelle - de la part des autorités judiciaires en l'occurrence - qu'il aura fallu immédiatement consentir pour se mettre au diapason des nouvelles préconisations consacrées tant par la Cour de Strasbourg que par les sages du Palais-Royal. On est bien loin ici de la patiente recherche d'un compromis social en vue de la production d'une nouvelle loi. Parce que des cours se sont prononcées, le droit ancien a été purement et simplement anéanti, et il a fallu dans l'urgence trouver des solutions, au risque, pourrait-on dire, de « terroriser les opérationnels » : ces derniers, ainsi que le gouvernement et le Parlement ont dû de toute urgence réformer la garde à vue, de manière à combler le vide juridique créé par le couple invincible textes fondamentaux/justice.

Ainsi, la protection dont bénéficient les individus sur le fondement des droits humains n'appelle-t-elle pas une laborieuse intervention législative ou réglementaire avant de résoudre une question mais plutôt après. Chaque fois qu'une question nouvelle se présente, on invoque un droit humain et, brutalement, les autres règles de droit doivent s'écarter parce que, tel Jupiter, une instance supérieure le leur enjoint. S'il veut survivre, c'est à ce droit ordinaire, technique, de s'adapter mais il ne joue aucun rôle moteur.

La protection de la biodiversité ne gagnerait-elle pas à (et ne mériterait-elle pas de) s'appuyer sur de « grands textes » généralistes et sur des techniques juridiques suffisamment fortes pour s'imposer du dessus aux droits techniques ? Défendant des êtres sans voix, sans capacité et visant à préserver l'avenir de la planète et de l'humanité qui y habitera, le droit de la biodiversité ne devrait-il pas emprunter à l'histoire des droits humains, droits des faibles contre les puissants, droits qui défendent les individus non pour leur valeur économique ou culturelle particulière mais « parce que » tout court ?

Ces questions ont été posées de façon plus générale au sujet du droit de l'environnement (dont le champ dépasse la protection de la biodiversité). On a remarqué que sa construction très technique laissait apparaître, peu à peu, des invariants, que l'on pouvait qualifier de *principes* : le principe pollueur-payeur, le principe de précaution, par exemple. Ne convenait-il pas, dès lors, de rassembler ces principes dans des instruments supra-législatifs, de façon à permettre aux juges de censurer les lois et règlements ordinaires au regard de ces grands principes ?

C'est dans cet esprit qu'un certain nombre de pays ont introduit des éléments de droit de l'environnement dans leur Constitution. Le droit à un environnement sain est consacré

2. Articles 62, 63 3-1, 63-4, 63 4-1, et 63-4-5.

aujourd'hui par les Constitutions d'Argentine, du Bénin, du Cameroun, de Finlande et du Portugal. La France de son côté a procédé à cette introduction de manière ambitieuse, en introduisant en 2005 une Charte de l'environnement dans sa Constitution. Quelques années plus tard, la France introduisait la « question prioritaire de constitutionnalité » qui permet à n'importe quel justiciable, dans le cours d'un procès, de contester la constitutionnalité d'une loi, et donc la conformité d'une loi à la Charte de l'environnement.

En apparence du moins, la protection de la biodiversité devrait pouvoir s'appuyer maintenant sur les mêmes techniques que la protection des droits humains.

La constitutionnalisation du droit à l'environnement est en rapport avec l'idée de non-régression du droit

On peut procéder ainsi à la récapitulation suivante. Le droit de la biodiversité s'attache aux espèces, aux ressources et aux milieux, non aux individus qui les composent ou qui participent à leur maintien. En termes de technique juridique cela se traduit par le recours à des procédés de facture classique : réglementation, interdictions, limitations d'usages, avec des listes d'espèces et l'intervention de services de police dédiés. Inversement, l'objet des droits humains est l'individu, ce qui ne va d'ailleurs pas sans ambiguïtés et paradoxes ; mais ces droits-ci sont des droits absolus, prenant l'apparence d'instruments à caractère politique et non pas technique, placés très haut dans la hiérarchie juridique, et dont l'ajustement oblige à l'adaptation brutale de toutes les normes et pratiques de rang inférieur. D'où l'idée - ou la tentation - de faire bénéficier le droit de la biodiversité d'avantages similaires en poursuivant sa constitutionnalisation, laquelle est intervenue en France *via* la Charte de l'environnement, dont le contenu traduit dans une très large mesure les repères invariants et en quelque sorte cristallisés que sont les « grands principes » et autres « principes généraux » du droit de l'environnement. Ce mouvement est avancé, mais non pas achevé, et n'a pas produit, pour diverses raisons - qu'on évoquera plus loin - l'intégralité de ses effets.

Parvenus à ce stade, il faut encore signaler que cette démarche entretient un lien semble-t-il assez poussé avec une autre dynamique, ou un autre principe émergent, qui est celui de la *non-régression*. On observera au passage que celui-ci a été très abondamment évoqué, par plusieurs parties prenantes, dans le cadre des récentes « assises de la modernisation du droit de l'environnement » tenues en 2013.

La non-régression repose sur l'idée qu'un droit, conférant effectivement une capacité ou un avantage à une catégorie déterminée d'acteurs - et on adoptera ici une conception extensive de ce dernier terme - ne peut par la suite être retiré, abrogé ou supprimé : ce qui est acquis reste acquis et vient nourrir un « socle » évolutif. Ce principe de « non-régression » n'est pas consacré universellement et fait l'objet de traductions différenciées en droit international, communautaire ou interne. Dans le premier cas par exemple, il se traduit par des dispositions de facture classique, intégrées aux conventions internationales, dans lesquelles il est précisé que les États peuvent aller au-delà des préconisations convenues en commun, mais jamais en deçà, de sorte que la substance du traité est présentée comme un

« minimum » qu'on peut toujours dépasser : l'article 2 du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques illustre cette solution, à l'instar de l'article 12 de la Convention de Berne sur le patrimoine naturel de l'Europe. Dans le contexte communautaire, la « non-régression » fait songer à la construction graduelle de l'« acquis communautaire », c'est-à-dire à l'ensemble du *corpus* juridique que les États candidats à l'adhésion dans l'Union - comme la Croatie tout récemment - doivent intégrer dans leur ordre juridique interne. Et la Cour de Justice a fait valoir de longue date qu'« on ne peut revenir sur un acquis communautaire » (CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c. France* ; 9 mars 1978, *Simmenthal...*).

Dans le domaine des droits de l'homme, on peut observer que plusieurs instruments internationaux consacrent l'objectif d'assurer « progressivement » la pleine jouissance des droits qu'ils énumèrent : c'est le cas notamment du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (art 2) et de la Convention américaine des droits de l'Homme (art 26). Dans une formulation bien différente, et à vrai dire plus tortueuse, l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre également un principe de non-régression qui ne se présente pas comme tel[3]. Mais le point important réside dans l'articulation entre ce principe d'une part, et l'introduction des droits de l'Homme dans le bloc de constitutionnalité, avec le rôle de garde-fou attribué au juge constitutionnel, d'autre part. Là où les droits de l'Homme sont explicitement reconnus par la loi fondamentale, il appartient au juge constitutionnel de repousser toute régression, en faisant jouer un « cliquet » à sens unique : la prise en compte des droits de l'homme ne peut que progresser, et non pas régresser.

Et c'est en cela précisément que se manifeste le lien entre « non-régression » et prise en compte du droit de la biodiversité en tant que suite de principes juridiques supérieurs. Quand le droit à un environnement sain intègre le bloc des droits fondamentaux, et quand de ce fait il acquiert force constitutionnelle ou même supérieure, alors les conditions sont réunies pour que le principe de « non-régression » vienne nourrir la technique que nous évoquons ici. Michel Prieur, grand partisan de la non-régression, l'affirme en ces termes : « *Désormais, l'environnement ayant été consacré comme un droit de l'homme, on peut opposer à la régression du droit de l'environnement des arguments juridiques forts au nom de l'effectivité et de l'intangibilité des droits de l'Homme* ».[4]

Le même lien est également établi par la recommandation n° 1 de la 3e réunion des juristes et associations de droit de l'environnement, réunie à Limoges en 2011 afin de préparer la conférence Rio + 20. Il est symptomatique qu'un des considérants de ce texte (n° 11) affirme que « *la non-régression peut résulter d'une disposition expresse contenue dans la Constitution ou dans des lois aussi bien que de la jurisprudence des tribunaux s'appuyant sur le principe du droit de l'Homme à l'environnement, ce qui*

3. « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention... ».

4. « De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de « non-régression » en droit de l'environnement », IUCN Academy of Environmental law. *E Journal*, 2011 (1), p. 30.

conduit nécessairement à empêcher toute mesure ayant pour conséquence une diminution de la biodiversité ou une augmentation du niveau des pollutions ».

Telle est bien la logique que semble présenter, d'un point de vue fonctionnel, la Charte de l'environnement.

La protection de la biodiversité par son entrée dans l'univers des droits fondamentaux se heurte encore à plusieurs difficultés

Au regard de ce qui précède, et notamment du lien avec la notion de « non-régression », la technique juridique sur laquelle repose la protection des droits humains semble donc prometteuse dans le champ de l'environnement. Mais si la perspective est en soi séduisante, il convient de souligner les limites et les difficultés de cette démarche.

La construction séculaire de la norme et le facteur temps

La première de ces difficultés réside dans le facteur temps. Idéalement, une norme de droit tire son origine et sa substance d'un compromis patiemment construit entre diverses forces sociales et collectives : en cela même elle traduit un consensus social qui ne se construit que dans le temps long, à l'issue d'une cristallisation progressive de la norme. Le droit de la biodiversité, droit relativement jeune, s'inscrit dans une histoire trop brève pour y être parvenu ; il ne peut encore qu'imparfaitement concourir à la cristallisation de « principes généraux du droit » incontestables en eux-mêmes. Se pose dès lors la question de savoir s'il ne conviendrait pas de hâter le processus.

À certains égards, c'est précisément ce qui s'est produit pour les droits de l'homme, en France, au sortir de la seconde guerre mondiale. Par ordonnance du 17 août 1945, portant organisation d'un référendum relatif au choix du futur ordre constitutionnel, il fut demandé aux Français (et non pas encore aux Françaises) de dire si la nouvelle assemblée devrait siéger en tant que constituante (ce qui revenait à se prononcer sur le retour à la IIIe République ou sur son abandon), et si oui, s'il pouvait être fait application entre-temps de la loi constitutionnelle transitoire connue sous le nom de « petite Constitution ». Nonobstant certaines péripéties, incluant le rejet par référendum d'une première constitution le 2 novembre 1945, il est clair que les constituants ont travaillé dans une relative urgence, alors même qu'ils se proposaient de « ramasser » les droits de l'homme dans un préambule au nouveau texte. Or, de fait, si le préambule de la constitution de la IVe République consacre bien les droits dégagés antérieurement par la révolution, et largement assimilés depuis lors - quoique l'occupation ait constitué une funeste parenthèse à cet égard - la nouvelle déclaration des droits de l'homme devait inclure nombre de droits économiques et sociaux n'ayant *pas forcément fait l'objet d'un consensus séculaire à ce stade* : égalité hommes-femmes, droit à l'emploi, non-discrimination dans le travail, ou encore droit de grève exercé « dans le cadre des lois qui le réglementent »...

On a là l'expression d'une technique particulière, consistant à tenter de s'affranchir du temps long pour « forcer » ou accélérer l'émergence d'un principe général du droit dans le paysage normatif. Cette solution n'est évidemment pas exempte d'ambiguïtés. La fabrication du consensus social, si c'est bien de cela dont il est question, ne peut être

accélérée qu'au prix de l'artifice : ce scénario de l'« accouchement au forceps » prive au passage le principe nouvellement consacré d'une part de sa légitimité, et partant de son efficacité. À bien des égards pourtant, c'est aussi cette démarche qu'ont adoptée les rédacteurs de la Charte de l'environnement « adossée à la Constitution » de 1958. On a parlé d'ailleurs à ce propos de « troisième génération » de droits de l'homme, après la « deuxième génération » qu'incarnaient précisément les droits économiques et sociaux de 1948. Or il faut bien reconnaître qu'aucune de ces deux générations n'a trouvé son origine dans des événements historiques qui puissent se comparer par leur ampleur et leur force à la succession des Lumières puis des révolutions américaine et française qui ont donné naissance à la première génération.

Mais le préambule de la Constitution de la IVe République recèle une autre source de réflexion : il mettait en exergue les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république », c'est-à-dire qu'il utilisait des textes techniques datant de plusieurs décennies, nés dans le contexte de débats politiques nourris pour « créer » des droits fondamentaux sans avoir besoin de rédiger laborieusement des textes constitutionnels pour leur donner vie.

En somme, cette question du rapport entre source du droit et facteur temps se décline selon deux techniques : tantôt on « ramasse l'existant » en systématisant sa substance et en précisant sa force juridique, démarche qui s'inscrit mécaniquement dans l'acceptation sociale graduelle de la norme et donc dans le temps long ; tantôt on s'attache à accélérer artificiellement la naissance de la norme, ce qui est techniquement efficace, mais qui confère moins d'acceptation et, partant, moins de légitimité peut-être aux prescriptions comportementales dégagées de la sorte.

Les limites de la Charte de l'environnement

La biodiversité n'a trouvé dans une charte qui se voulait très « humaniste » qu'une place limitée : l'environnement y est surtout conçu comme le cadre de vie de l'être humain et sa protection est surtout assurée à ce titre. L'intérêt de l'être humain lui-même y est appréhendé de façon assez étroite : sous l'angle de la santé principalement. Quant à la diversité biologique, elle est placée au même niveau que « l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines », pareillement affectés par « certains modes de production et de consommation ». En un mot, la lettre de la Charte prête le flanc à la critique de l'anthropocentrisme, ce qui a d'ailleurs été relevé par certains observateurs pour qui le texte - et notamment son préambule - n'évoque la nature et l'environnement *« que tournés vers l'homme, utiles à lui et ne prenant du sens qu'en relation avec lui »*[5].

La jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle beaucoup de bonne volonté : la Charte est pleinement constitutionnelle et nombre de ses articles sont interprétés comme instituant un droit fondamental qui peut être défendu par le citoyen justiciable par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité. Mais, malgré cette bonne volonté, l'application de la Charte se révèle délicate :

5. Laurent Fonbaustier, « Environnement et pacte écologique - remarques sur la philosophie d'un nouveau 'droit à l'environnement' », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, janvier 2004, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/environnement-et-pacte-ecologique-remarques-sur-la-philosophie-d-un-nouveau-droit-a.51999.html.

presque tous les articles supposent de combiner des préoccupations environnementales, sociales et économiques ; en outre le Conseil constitutionnel déclare son incapacité à se substituer au législateur pour opérer cet équilibre, ce qui réduit fortement l'importance pratique de son intervention.

Les droits de l'homme sont essentiellement dédiés à la protection des individus…

Ce résultat décevant n'est peut-être pas aussi surprenant qu'il y paraît. On peut le rapprocher d'une autre observation : **les "droits humains" se révèlent très peu performants pour défendre les intérêts (voire la survie) de l'espèce humaine alors qu'ils sont efficaces pour protéger l'individu**. Cette situation est cohérente : les textes fondamentaux reconnaissent des droits aux individus et une série de dispositions procédurales permettent à ces mêmes individus de faire valoir leurs droits en justice. L'acteur judiciaire et le bénéficiaire des droits est le même, ce qui crée une mécanique simple et efficace. Bien différente est la situation lorsqu'un texte fondamental crée un droit appuyé sur une espèce voire un « système » (un habitat, la « biodiversité »), le bénéficiaire (abstrait) du droit n'étant évidemment pas en mesure, faute de personnalité juridique, de mettre en œuvre une procédure pour concrétiser le droit fondamental dont il bénéficie.

Toutefois, le centrage exclusif des droits humains sur l'individualisme devient moins net aujourd'hui, une évolution qui traduit peut-être un besoin et qui peut être une source d'inspiration. Il est donc intéressant de chercher ce que la protection des droits humains a réalisé au bénéfice de l'espèce humaine dans son entier.

On peut certes songer que *la protection juridique de l'espèce humaine emprunte, sur ce terrain, la piste tracée par la notion de crime contre l'humanité* qui s'imposa progressivement à partir de 1945. Cette supposition appelle quelques commentaires. En premier lieu, et pour s'en tenir au droit français, il apparaît assez clairement que le génocide est désigné comme la forme archétypale du crime contre l'humanité, ainsi qu'en témoignent les subdivisions concernées du code pénal (le livre I, titre 1er, sous-titre I : « des crimes contre l'humanité » comportant un chapitre consacré au génocide, et un autre aux « autres crimes contre l'humanité »). Mais la notion de génocide vise un groupe humain et non pas l'humanité dans son ensemble. L'article 211-1 du même code affirme en effet que le crime contre l'humanité est constitué par la mise en œuvre d'un « plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle » d'un groupe humain constitué sur la base de critères arbitraires tels que l'origine nationale, ethnique ou religieuse, mais aussi sur la base de « tout autre critère arbitraire », ce qui permet de soumettre à cette qualification les massacres opérés sur la base de caractères essentiellement physiques ou mentaux, à l'instar de la sinistre « aktion T4 » déployée par les nazis à l'encontre des handicapés. En cela le droit français est plus inclusif que la convention internationale sur la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, laquelle n'envisageait la désignation du « groupe » victime que sous un critère « national, ethnique, racial ou religieux » (art. 2). Il n'en demeure pas moins qu'on raisonne toujours en termes de *groupe* infraspécifique.

Même infraspécifique, la notion de groupe est déjà remarquable : l'élément saillant de ces définitions réside bien dans le fait qu'est plus lourdement sanctionnée l'atteinte à un *groupe* que l'atteinte à plusieurs individus même si c'est un nombre *élevé d'individus pris en tant que tels*.

Pour autant, le crime contre l'humanité ne peut pas se confondre

avec l'atteinte à l'espèce humaine dans son ensemble. Certes, on pourrait en imaginer une justification purement pragmatique mais elle serait aussi profondément immorale ; selon une telle justification, il conviendrait de réprimer (et donc de dissuader) le génocide parce que si l'on admettait qu'un plan criminel puisse viser un groupe arbitrairement constitué, alors aucun groupe humain ne serait à l'abri et donc toute l'espèce serait menacée. Ni l'origine historique ni les fondements moraux de la répression du crime contre l'humanité ne correspondent à cette vision purement pragmatique : si le génocide s'exécute « contre l'Humanité », ce n'est pas parce qu'il la met matériellement en danger mais parce qu'il nie l'humanité d'un groupe de femmes et d'hommes et que, par là, il nie l'Humanité comme principe, et non comme espèce. Cela est si vrai que, plus récemment, est apparue dans notre code pénal une autre forme d'atteinte à l'humanité qualifiée de « crime contre l'espèce humaine » : c'est donc que le problème est différent et mérite une approche spécifique. Les crimes en question sont l'eugénisme et le clonage d'êtres humains.

Ces crimes ont un statut intermédiaire entre les crimes contre l'humanité et les crimes ordinaires. Par exemple, ils se prescrivent par trente ans, lorsque les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, et alors que les crimes ordinaires se prescrivent par dix ans.

L'introduction très récente (2004) du crime contre l'espèce humaine traduit une convergence limitée entre droits humains et droit de la biodiversité. Si l'on s'en tient à l'impact pratique de cette réforme (par opposition à son impact moral, évidemment central dans ce que l'on a appelé les « lois bioéthiques »), il convient ici de dresser deux observations. D'une part, cette réforme vise bien à protéger une « biodiversité humaine » - et, clairement, une biodiversité génétique - puisqu'elle interdit d'éliminer ou de cloner des génomes humains, même si par ailleurs il s'agit également d'assurer le respect de la personne humaine dans la personne du sujet cloné. D'autre part, on ne peut s'empêcher, même si cela peut choquer, de rapprocher ces textes de lois clairement « environnementales » visant à protéger la nature contre la prolifération d'organismes génétiquement modifiés. Convergence, donc, mais de portée limitée : notre droit ne contient pas d'interdiction d'éliminer l'espèce humaine, ni volontairement et directement, ni involontairement et indirectement par la destruction de son « habitat »[6].

... et se heurtent à l'imprécision de la notion juridique de « générations futures »

Il est vrai que l'on peut trouver depuis peu, non dans le *corpus* des droits humains mais dans celui du droit de l'environnement, des dispositions qui semblent donner un statut juridique à *l'avenir de l'espèce humaine, via la référence - désormais familière - aux « générations futures »*.

Pour mémoire, mais le rappel n'est pas forcément inutile, ces « générations futures » ont émergé dans le champ des préoccupations politiques collectives à la faveur de la présentation du rapport Brundtland de 1987 « Notre avenir à tous ». Ce dernier contenait une définition désormais classique, quoique souvent occultée aujourd'hui au profit de la théorie des « trois piliers », de l'idée de développement durable, désignée

6. On met ici de côté la question de l'usage des armes de destruction massive qui, s'il peut effectivement entraîner la disparition de l'espèce humaine et est concernée par le droit (convention sur les armes chimiques, 1993 ; sur les armes bactériologiques, 1972...) est techniquement incomplet : il n'existe pas d'instrument juridique impératif et universel interdisant l'emploi de l'arme... atomique.

alors comme *« un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »*. Le puriste pourra certes observer qu'en soi, la référence aux générations futures n'est pas une invention du rapport Brundtland et qu'on en trouve des manifestations bien plus tôt, y compris au niveau constitutionnel, mais dans des contextes où il est précisément question des droits de l'homme et non pas de l'environnement. Il faut mentionner ici l'article 11 de la Constitution japonaise qui souligne que les « droits fondamentaux » garantis par le texte *« sont accordés aux peuples de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre de droits éternels et inviolables »*[7].

En France, le droit de l'environnement proprement dit adopte une conception plus proche de celle illustrée par le rapport Brundtland.

L'article L. 110-1 du code de l'environnement précise ainsi que la protection du patrimoine naturel *« vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »*. Cette attention aux besoins des générations futures semble traduire un certain souci pour l'avenir de l'espèce humaine en tant que telle. Les choses ne sont pourtant pas si simples, puisque les auteurs qui ont étudié la responsabilité des êtres humains actuels vis-à-vis des générations futures divergent profondément, certains allant jusqu'à nier qu'une telle responsabilité vis-à-vis d'êtres dont il n'est même pas certain qu'ils existent puisse se concevoir[8]. Dans ces conditions, la proclamation contenue dans la disposition introductive du code de l'environnement, généreuse mais vague, est surtout une justification pédagogique du contenu de ce code, mais ne semble pas devoir produire d'effet juridique propre.

Ni les droits humains ni le droit de l'environnement n'accordent à l'espèce humaine la protection dont tant d'oiseaux, de reptiles ou d'insectes bénéficient : le droit de ne pas voir à la fois tous les individus qui la composent et son habitat détruits. Il serait absurde, évidemment, d'en déduire que les droits humains manquent d'ambition, mais leur ambition est morale, elle n'est pas écologique et de ce fait elle manque au moins une cible : celle de la protection de l'espèce humaine et de ce qui conditionne son existence.

L'approche consistant à augmenter l'efficacité du droit de la biodiversité en se fondant sur les techniques des droits humains n'est donc pas une solution parfaite : il ne saurait s'agir d'opérer ici une imitation servile sous l'aspect d'un simple « copié-collé » technique. Des pistes plus subtiles méritent d'être considérées.

Les pistes qui mériteraient d'être étudiées

En la matière, la prudence est de mise, pour une raison simple.

Face à l'idéalisme qui caractérise souvent les discours « droit de l'hommiste », il est utile de rappeler

7. Il est vrai que la Constitution de novembre 1946 était fortement influencée par les vainqueurs et que cette référence s'explique dans ce contexte précis, avec le souci notamment de limiter drastiquement l'influence de l'empereur. Dans un ordre d'idée similaire - et engageant de même les générations futures japonaises - le peuple convenait, par l'article 9 du même texte, de « *renoncer à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la Nation* ».

8. Pour un exemple d'analyse pessimiste, voir Norman Care : *Future generations, public policy, and the motivation problem, in Environmental Ethics*, (Fall, 1982, p. 195).

que la technique des grands textes solennels mis en œuvre par des cours et tribunaux ne présente pas que des avantages. Il y a longtemps qu'il a été remarqué que cela conduit à des décisions brutales, non démocratiquement débattues et qui sont loin d'être toujours meilleures que des réformes législatives reposant sur des compromis. Jeremy Bentham, au XVIIIe siècle, ne comparait-il pas la fabrication du droit par les cours à la façon dont le maître dresse son chien : le laisser faire quelque chose puis le battre une fois qu'il l'a fait ? Or l'une des grandes leçons historiques du droit de l'environnement, et en particulier du droit de la protection des espèces, est que sans compromis avec ceux qui ont un intérêt à porter atteinte à l'environnement, les règles les plus ambitieuses restent lettre morte. Quant à la leçon historique des droits humains, c'est qu'ils sont justement souvent destructeurs des compromis législatifs, cette destruction n'allant pas sans risque. Il existe outre-manche un exemple significatif, parce que portant sur un point de droit de l'environnement, de cet effet destructeur : l'affaire du village de gitans de Minety, dans la province du Wiltshire.

Dans ce cas précis, une cinquantaine de familles de gens du voyage avaient acheté un terrain de 3 acres - soit à peu près un hectare et demi - et y avaient installé dans un premier temps leurs caravanes avant d'entreprendre des travaux plus pérennes, le tout en l'absence de permis de construire ou d'aménager (*planning permissions*). Interpelées par une pétition des habitants - ulcérés par la perte de valeur de leurs biens immobiliers, estimée à quelque 40 % - les autorités locales s'impliquèrent et une bataille juridique s'ensuivit, finalement tranchée devant la Haute Cour de Bristol en 2004. Le juge dut arbitrer entre l'affirmation forte des droits (humains) à un habitat sain, et le droit de l'urbanisme (qui en limitant la construction dans les espaces naturels participe à la protection de l'environnement). En dépit des dispositions d'une loi restreignant les possibilités d'installations des gens du voyage - le *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 - le juge opta pour la première option, obligeant à une révision en profondeur des textes relatifs à l'artificialisation... dans un sens, au final, peu favorable au maintien de la biodiversité. L'un des résultats fut une révolte des habitants de la région contre les règles d'urbanisme, difficiles à accepter si elles ne s'appliquent pas de façon égalitaire. La brutale descente d'un droit fondamental dans l'univers technique d'un droit de compromis a fait reculer l'acceptabilité de ce dernier.

Si cet exemple montre qu'une logique de rupture n'est pas forcément favorable à l'environnement, dès lors qu'elle repose sur la seule entrée des droits humains, il faut admettre que l'autre option - à savoir la construction et le maintien de savants compromis sociaux - n'a pas, pour le moment, engendré un *corpus* juridique suffisant pour enrayer le déclin de la biodiversité. Mettre en place un dispositif tueur de compromis n'est donc pas nécessairement une mauvaise idée, à condition qu'il ne serve qu'à poursuivre des objectifs majeurs. Une charte internationale qu'une cour pourrait faire prévaloir sur les législations nationales ou les traités internationaux purement techniques pourrait ainsi lancer une dynamique. Limiter strictement ses compétences aux atteintes majeures, de nature à compromettre la survie même de l'espèce humaine ou des grands équilibres écologiques, décevrait sans doute les milieux écologistes mais présenterait l'intérêt d'éviter des interférences permanentes avec les compromis

sociaux : sa légitimité serait ainsi préservée.

Le constat initial reste vrai : d'un côté l'univers des droits humains, avec ses moyens juridiques puissants et son intérêt presque exclusif pour l'individu ; de l'autre, l'univers du droit de la biodiversité, avec ses moyens juridiques faibles et purement techniques et son souci des vastes ensembles et de leurs conditions de survie. Une convergence entre les deux s'esquisse mais ne s'est pas vraiment produite. Et, en attendant, l'érosion de la biodiversité se poursuit inexorablement.

Le premier intérêt d'une approche unifiée serait de prendre en compte dans le droit une réalité scientifique évidente : ce qui menace, sinon une espèce animale ou végétale particulière du moins la biodiversité dans son ensemble a de fortes chances de menacer aussi l'espèce humaine, soit parce que ses conditions de survie seraient directement menacées soit parce qu'une perte massive de biodiversité entraînerait la vie sur la planète dans une spirale de déclin incompatible avec la survie de notre espèce. L'autre intérêt serait évidemment de justifier, par la protection de l'espèce humaine, l'emploi de moyens juridiques beaucoup plus efficaces que ceux employés par le droit de l'environnement. Les grandes lignes de ce droit unifié du vivant sont au fond faciles à décrire de façon abstraite :

- des atteintes d'une importance majeure pourraient être constatées par les tribunaux et déboucher sur des décisions de justice radicales (en termes de niveau de répression ou de possibilité d'écarter des législations locales.) ;
- pour ce faire, des « auteurs de poursuite » indépendants et scientifiquement armés devraient être constitués, qu'il s'agisse de « procureurs de l'environnement », d'associations agréées investies de droits à agir élargis, ou encore d'autorités indépendantes ;
- mais on voit mal que cette intervention plus radicale de la justice suffise : elle peut créer des « vides juridiques » en écartant des législations locales ou en rendant impossibles (parce que trop coûteux en termes de responsabilité) certains comportements. Reste que si la nature a horreur du vide, le droit partage cette détestation. L'une des difficultés majeures du dispositif ici préconisé réside précisément dans la nécessité de combler ces vides dont l'apparition, non sans paradoxe, interpellera frontalement la notion de « non-régression » exposée plus haut. Or cette opération de comblement ou de reconstruction du droit, s'agissant de l'environnement, ne se résumera pas à un ajustement poussé des pratiques professionnelles ou institutionnelles, comme ce fut le cas pour la réforme de la garde à vue. Cette reconstruction devra intervenir avec toutes les ressources de l'intelligence scientifique, économique et sociale ; elle devra mettre en jeu les socio-écosystèmes et peut-être, si l'opportunité s'en présente, réaffirmer le rôle prééminent des espèces et des milieux en tant que « patrimoine commun ». Pour l'heure, il demeure donc éminemment délicat d'articuler ce rôle de « destruction juridique » confiée à la combinaison textes fondamentaux/Justice avec la « reconstruction juridique » corrélativement nécessaire - étape qui pour l'heure n'a pas été pensée...