

N° 168

# SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2020-2021

---

---

Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2020

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi constitutionnelle visant, face à la **crise actuelle**, à **construire le monde d'après fondé** sur la **préservation des biens communs**,*

Par M. Arnaud de BELENET,

Sénateur

---

(1) Cette commission est composée de : M. François-Noël Buffet, *président* ; Mmes Catherine Di Folco, Marie-Pierre de La Gontrie, MM. Christophe-André Frassa, Jérôme Durain, Marc-Philippe Daubresse, Philippe Bonnacarrère, Mme Nathalie Goulet, M. Alain Richard, Mmes Cécile Cukierman, Maryse Carrère, MM. Alain Marc, Guy Benarroche, *vice-présidents* ; M. André Reichardt, Mmes Laurence Harribey, Jacky Deromedi, Agnès Canayer, *secrétaires* ; Mme Éliane Assassi, MM. Philippe Bas, Arnaud de Belenet, Mmes Catherine Belrhiti, Esther Benbassa, MM. François Bonhomme, Hussein Bourgi, Mme Valérie Boyer, M. Mathieu Darnaud, Mmes Françoise Dumont, Jacqueline Eustache-Brinio, M. Pierre Frogier, Mme Françoise Gatel, M. Loïc Hervé, Mme Muriel Jourda, MM. Patrick Kanner, Éric Kerrouche, Mikaele Kulimoetoke, Jean-Yves Leconte, Henri Leroy, Stéphane Le Rudulier, Mme Brigitte Lherbier, MM. Didier Marie, Hervé Marseille, Mme Marie Mercier, MM. Thani Mohamed Soilihi, Jean-Yves Roux, Jean-Pierre Sueur, Mmes Lana Tetuanui, Claudine Thomas, Dominique Vérien, M. Dany Wattebled.

**Voir les numéros :**

**Sénat :** 419 rect. (2019-2020) et 169 (2020-2021)



## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>5</b>
<b>I. LES « BIENS COMMUNS », UNE CATÉGORIE JURIDIQUE EN CONSTRUCTION</b> .....	<b>6</b>
<b>A. UNE NOTION AVANT TOUT ÉCONOMIQUE</b> .....	<b>6</b>
1. <i>Première approche : des biens non exclusifs et rivaux</i> .....	<b>6</b>
2. <i>Les « biens communs » selon Elinor Ostrom</i> .....	<b>7</b>
3. <i>Les « communs de la connaissance »</i> .....	<b>9</b>
4. <i>Une notion mobilisée au service de multiples causes</i> .....	<b>10</b>
<b>B. QUELLE TRADUCTION JURIDIQUE ?</b> .....	<b>11</b>
<b>II. LA CONCILIATION ENTRE LES DROITS ET LIBERTÉS ÉCONOMIQUES ET LES AUTRES EXIGENCES DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE OU D'INTÉRÊT GÉNÉRAL</b> .....	<b>15</b>
1. <i>La protection constitutionnelle du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre et le pouvoir d'appréciation du législateur</i> .....	<b>15</b>
2. <i>La décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique</i> .....	<b>18</b>
3. <i>La décision n° 2017-748 DC du 16 mars 2017, Loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle</i> .....	<b>19</b>
4. <i>Autres décisions</i> .....	<b>22</b>
<b>III. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES EN FAVEUR DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT</b> .....	<b>24</b>
<b>A. LES FORTES GARANTIES APPORTÉES PAR LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT</b> .....	<b>24</b>
1. <i>Valeur juridique et invocabilité de la Charte de l'environnement</i> .....	<b>25</b>
2. <i>Les droits procéduraux</i> .....	<b>26</b>
3. <i>Les exigences de fond</i> .....	<b>27</b>
<b>B. DES INCERTITUDES QUI DEMEURENT</b> .....	<b>29</b>
1. <i>Le principe de précaution</i> .....	<b>29</b>
2. <i>Le principe de non-régression</i> .....	<b>30</b>
<b>C. LA PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE : DES DISPOSITIONS DE PORTÉE SYMBOLIQUE</b> .....	<b>31</b>
<b>IV. LES « BIENS COMMUNS MONDIAUX » ET LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT....</b> <b>32</b>	
<b>A. DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES DE FOND RELATIVES À L'ACTION DE LA FRANCE DANS LE MONDE : PRÉCÉDENTS</b> .....	<b>33</b>
<b>B. QUELLES CONSÉQUENCES SUR L'ACTION INTERNATIONALE DE LA FRANCE DE L'INSERTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS DE FOND ?</b> ... <b>34</b>	
1. <i>De telles dispositions peuvent-elles servir de fondement au contrôle, par les juridictions internes, de l'action internationale de la France ?</i> .....	<b>35</b>
2. <i>De telles dispositions peuvent-elles, par elles-mêmes, soumettre la France à de nouvelles obligations internationales ?</i> .....	<b>37</b>

C. QUELLES CONSÉQUENCES SUR L'ACTION INTERNE DES POUVOIRS PUBLICS, DANS LA MESURE OÙ CELLE-CI A DES EFFETS MONDIAUX ? .....	38
<b>EXAMEN DES ARTICLES .....</b>	<b>41</b>
• Article 1 <sup>er</sup> <b>Préservation des « biens communs mondiaux »</b> .....	41
• Article 2 <b>Extension du domaine de la loi aux principes fondamentaux de la protection du sol et de la garantie de la sécurité et de l'autonomie alimentaires</b> .....	42
• Article 3 <b>Principe de conciliation entre le respect des biens communs, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre</b> .....	43
<b>EXAMEN EN COMMISSION.....</b>	<b>45</b>
<b>LISTE DES PERSONNES ENTENDUES .....</b>	<b>55</b>
<b>LA LOI EN CONSTRUCTION .....</b>	<b>57</b>

Réunie le 2 décembre 2020 sous la présidence de **François-Noël Buffet** (Les Républicains - Rhône), la commission des lois a examiné le rapport d'**Arnaud de Belenet** (Union Centriste - Seine-et-Marne) sur la **proposition de loi constitutionnelle n° 419 rectifiée (2019-2020) visant, face à la crise actuelle à construire le monde d'après fondé sur la préservation des biens communs**, présentée par Nicole Bonnefoy et plusieurs de ses collègues et inscrite à l'ordre du jour du Sénat à la demande du groupe socialiste, écologiste et républicain.

Face aux **défaillances de notre modèle de développement**, révélées par les crises écologique et sanitaire ainsi que par la progression des inégalités sociales et la persistance du chômage, et face à **l'affaiblissement de la coopération internationale** au moment même où l'interdépendance des nations et la nécessité d'une réponse globale à des problèmes mondiaux sont plus évidentes que jamais, ce texte comprend **un ensemble de dispositions visant, selon son exposé des motifs :**

- d'une part, à **autoriser le législateur à porter plus largement atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre à des fins d'intérêt général**, notamment pour la protection de l'environnement ou encore l'autonomie et la sécurité alimentaires de la nation ;

- d'autre part, à **« questionner » la notion de souveraineté étatique**, en participant à l'élaboration d'*« un état de droit opposable aux États »* et en promouvant la transformation de *« la souveraineté solitaire des États en souveraineté solidaire »*.

L'un des moyens envisagés par les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle réside dans **l'inscription, dans notre loi fondamentale, des notions de « biens communs », de « communs » et de « biens communs mondiaux »**, dont la *« préservation »* ou le *« respect »* seraient ainsi constitutionnellement garantis. Seraient par ailleurs consacrés de nouveaux objectifs de valeur constitutionnelle tenant à la protection du sol, à la sécurité et à l'autonomie alimentaires, ainsi qu'un principe de conciliation entre le *« respect des biens communs »*, d'une part, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, d'autre part.

## I. LES « BIENS COMMUNS », UNE CATÉGORIE JURIDIQUE EN CONSTRUCTION

### A. UNE NOTION AVANT TOUT ÉCONOMIQUE

#### 1. Première approche : des biens non exclusifs et rivaux

C'est dans le champ de la science économique que la notion de « biens communs » a fait, en premier lieu, l'objet d'une élaboration théorique rigoureuse aboutissant à une définition.

En économie, au sens le plus général, un bien est une chose (ou une « ressource ») apte à satisfaire un besoin.

**Selon les thèses classiques de Paul Samuelson et Richard Musgrave<sup>1</sup>, les biens se laissent subdiviser selon deux principaux critères :**

- **l'exclusivité** : un bien est dit exclusif lorsque sa consommation (au sens économique, qui inclut l'usage) est réservée ou susceptible d'être réservée<sup>2</sup> à un ou plusieurs consommateurs ;

- **la rivalité** : un bien est dit rival lorsque sa consommation par un consommateur empêche ou réduit les chances qu'il soit consommé par autrui (par exemple, parce que la consommation de ce bien le détruit).

En fonction de ces deux critères, les biens ont pu être classés en **quatre catégories** :

- constituent des **biens privatifs purs**, ou **biens privés**, les biens qui sont à la fois exclusifs et rivaux (par exemple, une pomme que j'ai achetée) ;

- les **biens privatifs impurs**, ou **biens de club**, sont les biens exclusifs mais non rivaux (par exemple, un morceau de musique protégé par le droit d'auteur et qui n'est pas encore tombé dans le domaine public) ;

- les **biens collectifs purs**, ou **biens publics**, sont les biens non exclusifs et non rivaux (par exemple, l'éclairage de la voie publique) ;

- enfin, les **biens collectifs impurs**, ou **biens communs**, sont les biens non exclusifs mais rivaux (par exemple, une zone de pêche ouverte à tous mais où la ressource en poisson est limitée).

---

<sup>1</sup> Paul Samuelson, *L'Économie*, 2 vol., Paris, A. Colin, 1983 [1<sup>e</sup> éd. en langue originale : 1948] ; R. Musgrave, *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy*, Columbus, McGraw-Hill, 1959.

<sup>2</sup> « Exclusivité » traduit l'anglais « excludability ». Il s'agirait donc plutôt des caractères d'un bien qui le rendent susceptible d'être réservé à un ou plusieurs consommateurs, qu'à sa situation réelle. Toutefois, dans la littérature économique, il arrive fréquemment que soient appelés « non exclusifs », et analysés en tant que tels, des biens (ressources) sur lesquels pourraient être établis des droits d'usage ou de jouissance exclusifs. Comme on le verra, « l'exclusivité » est une question de fait qui ne tient pas ou guère à la nature des choses concernées.

Classification des biens selon la théorie économique classique

	<i>Exclusifs</i>	<i>Non exclusifs</i>
<i>Rivaux</i>	Biens privés (Biens privatifs purs)	<u>Biens communs</u> (Biens collectifs impurs)
<i>Non rivaux</i>	Biens de club (Biens privatifs impurs)	Biens publics (Biens collectifs purs)

Source : commission des lois du Sénat

Pour illustrer la catégorie des « *biens communs* » au sens économique, **on se réfère volontiers aux anciens « communaux » (*commons en anglais*)**, c'est-à-dire aux terrains (terres arables, pâturages, forêts) qui, dans divers pays d'Europe à une époque courant entre le haut Moyen-Âge et le XIX<sup>e</sup> siècle, faisaient l'objet, sinon d'un droit de propriété collective, du moins de droits d'usage ou de jouissance partagés entre tous les membres d'une communauté rurale (droit de glanage sur les terres moissonnées, droit de vaine pâture, droit d'affouage, etc.).

## 2. Les « *biens communs* » selon Elinor Ostrom

La théorie économique des « *biens communs* » a été profondément renouvelée, à partir des années 1980, par les travaux d'Elinor Ostrom, politologue et économiste américaine, dont les recherches s'inscrivent dans le courant de la nouvelle économie institutionnelle, et qui a reçu le prix Nobel d'économie en 2008.

Dans son ouvrage *Governing the Commons*, publié en 1990, **Elinor Ostrom analyse la manière dont des communautés de taille limitée (entre 50 et 15 000 personnes) organisent la gestion de « ressources communes<sup>1</sup> » (zones de pêche, systèmes d'irrigation, nappes aquifères, prairies et forêts) de manière à ce que tous les membres de la communauté puissent y accéder dans une mesure plus ou moins étendue, sans que la ressource s'épuise.** Cette gestion repose sur la mise en place, par les utilisateurs eux-mêmes, d'un système de règles socialement sanctionnées. E. Ostrom étudie des cas où cette entreprise réussit, d'autres où elle échoue. Sans entrer dans le détail de ses analyses, on rappellera qu'elle identifie huit principes de conception qui favorisent la durabilité des institutions créées pour gérer des ressources communes.

<sup>1</sup> E. Ostrom part d'une définition de la « ressource commune » comme d'« un système de ressources suffisamment important pour qu'il soit coûteux (mais pas impossible) d'exclure ses bénéficiaires potentiels de l'accès aux bénéfices liés à son utilisation » (Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles, Bruxelles, De Boeck, 2010 [1<sup>e</sup> éd. en langue originale 1990], p. 44). Il s'agit donc de biens (au sens économique) non exclusifs de fait. Les analyses d'Ostrom portent plus particulièrement sur des ressources rivales, au sens où leur consommation illimitée conduirait à leur disparition.

**Principes de conception communs  
aux institutions durables de ressources communes  
selon E. Ostrom<sup>1</sup>**

**1. Des limites clairement définies**

Les individus ou ménages possédant des droits de prélever des unités de ressource d'une ressource commune doivent être clairement définis, ainsi que les limites de la ressource commune en tant que telle.

**2. La concordance entre les règles d'appropriation et de fourniture et les conditions locales**

Les règles qui restreignent, en termes de temps, d'espace, de technologie et/ou de quantité l'appropriation des unités de ressource sont liées aux conditions locales et aux obligations en termes de main-d'œuvre, de matériels et/ou d'argent.

**3. Des dispositifs de choix collectif**

La plupart des individus concernés par les règles opérationnelles peuvent participer à la modification des règles opérationnelles.

**4. La surveillance**

Les surveillants, qui examinent les conditions de la ressource commune et le comportement des appropriateurs, rendent compte aux appropriateurs ou sont les appropriateurs eux-mêmes.

**5. Des sanctions graduelles**

Les appropriateurs qui transgressent les règles s'exposent à des sanctions graduelles (en fonction de la gravité et du contexte de l'infraction) par les autres appropriateurs et/ou par des agents travaillant pour le compte des appropriateurs.

**6. Des mécanismes de résolution des conflits**

Les appropriateurs et leurs représentants disposent d'un accès rapide à des arènes locales bon marché pour résoudre les conflits entre appropriateurs ou entre les appropriateurs et leurs représentants ou agents.

**7. Une reconnaissance minimale des droits d'organisation**

Les droits des appropriateurs d'élaborer leurs propres institutions ne sont pas remis en cause par des autorités gouvernementales externes.

*Pour les ressources communes appartenant à des systèmes plus grands :*

**8. Des entreprises imbriquées**

Les activités d'appropriation, de fourniture, de surveillance, d'application des règles, de résolution des conflits et de gouvernance sont organisées par de multiples niveaux d'entreprises imbriquées.

**L'un des mérites des recherches d'Elinor Ostrom est d'avoir remis en cause la thèse, exposée par le biologiste Garrett Hardin en 1968, de la « tragédie des communs » : thèse selon laquelle la liberté d'accès à une ressource limitée conduirait nécessairement à sa surconsommation et, à terme, à sa disparition, par la logique de la maximisation de l'intérêt**

---

<sup>1</sup> Op. cit., p. 114-115.

individuel<sup>1</sup>. Cette thèse a pu servir de justification aussi bien à l'intervention de l'État pour s'approprier la ressource ou réguler l'accès à celle-ci, qu'à la privatisation des biens collectifs en vue de leur meilleure exploitation. À dire vrai, **les travaux d'Ostrom ne contredisent pas la thèse de Hardin, mais plutôt les conclusions hâtives qui en ont été tirées**. Dans les cas qu'elle étudie, l'accès à la ressource n'est pas libre mais régulé, sans que cette régulation dérive ni de l'intervention d'une autorité extérieure à la communauté des utilisateurs, ni de l'imposition de droits exclusifs.

### 3. Les « communs de la connaissance »

Par la suite, Ostrom elle-même et d'autres chercheurs se sont intéressés à un autre type de « *ressources communes* », à savoir **des ressources d'ordre cognitif (idées, informations, connaissances, théories...)**, qui présentent des caractéristiques très différentes des « *biens communs* » traditionnels, non seulement par leur caractère immatériel, mais aussi parce que ces ressources peuvent à certains égards apparaître comme « *non rivales* » (par exemple, le fait que j'aie accès à une information n'empêche pas les autres d'y avoir accès) tout en pouvant faire l'objet de droits exclusifs. En réalité, cette opposition est trompeuse : d'une part, ce ne sont pas les informations ou les connaissances elles-mêmes qui sont « *rivales* », mais les utilités que l'on peut en tirer ; d'autre part, « *l'exclusivité* » est une caractéristique de fait qui ne tient pas, ou guère, à la nature des ressources en question (il n'y a guère de choses sur lesquels des droits exclusifs ne puissent, en fait, être établis).

La réflexion théorique sur les « *communs de la connaissance* » (parfois appelés « *communs informationnels* » ou « *intellectuels* »<sup>2</sup>) est contemporaine du **renforcement considérable, à compter des années 1990, de la propriété intellectuelle**, étendue à de nouveaux objets comme le génome humain, les semences, les logiciels, les bases de données, *etc.* Le juriste écossais **James Boyle** a parlé à ce propos de « **nouvelles enclosures de la connaissance** »<sup>3</sup>, en référence directe au mouvement des *enclosures* par lequel, en Angleterre, entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, les anciens droits d'usage ou de jouissance des communautés paysannes sur certaines terres

---

<sup>1</sup> L'auteur prend l'exemple d'une prairie ouverte à tous. Pour chaque éleveur pris individuellement, l'utilité positive attachée au fait d'y faire paître une bête supplémentaire excède l'utilité négative qui résulte du surpâturage. Voir G. Hardin, « *The Tragedy of the Commons* », *Science*, 13 décembre 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

<sup>2</sup> Voir B. Coriat (*dir.*), *Le Retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Éd. Les Liens qui libèrent, 2015.

<sup>3</sup> J. Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale, Yale University Press, 2008.

ont été abolis, l'exploitation de ces terres devenant la prérogative exclusive de leurs propriétaires, matérialisée par leur clôture<sup>1</sup>.

La théorie des « *communs de la connaissance* » a eu pour objectif affiché de résister à ce phénomène de privatisation. Elle a trouvé une traduction concrète dans le mouvement des « *logiciels libres* », par exemple, ou encore celui des « *semences libres* ».

#### 4. Une notion mobilisée au service de multiples causes

D'une manière plus générale, **la notion de « biens communs », ainsi réélaborée par la théorie économique, a été mobilisée par les acteurs sociaux au service de causes très diverses.**

En Italie, par exemple, le **mouvement social des *beni comuni*** s'est développé à la suite de l'adoption d'un décret-loi du 25 septembre 2009, dit « *décret Ronchi* », qui prévoyait l'ouverture à la concurrence des services publics locaux de distribution d'eau<sup>2</sup>. De même, le Teatro Valle de Rome, occupé continûment entre 2011 et 2014 par des artistes et spectateurs opposés à sa privatisation, a alors été érigé par ses occupants en « *bien culturel et artistique commun* », géré démocratiquement.

En Turquie, lors du vaste **mouvement de protestation de 2013** initialement dirigé contre le projet de rénovation de la place Taksim d'Istanbul (qui prévoyait notamment la destruction du parc Gezi et la transformation d'une ancienne caserne ottomane en centre commercial), on a fait appel à la notion de « *communs* » pour dénoncer à la fois l'emprise d'intérêts privés sur les politiques publiques et la dévolution des espaces urbains partagés aux seules activités marchandes<sup>3</sup>.

Plus largement, **Pierre Dardot et Christian Laval voient dans le « commun » un concept et un principe centraux pour combattre le néolibéralisme** (entendu comme une idéologie et un ensemble de pratiques qui promeuvent la concurrence entre individus mus par leur intérêt personnel comme unique principe régissant la vie sociale) **et ses dégâts économiques, sociaux et environnementaux, sans retomber dans les travers du communisme d'État, cette « capture bureaucratique du commun »**. Ils préfèrent la notion de « *commun* » à celle de « *bien commun* », en ce qu'elle mettrait davantage l'accent sur « *l'agir commun* », c'est-à-dire l'activité par laquelle une collectivité détermine ce qu'est pour elle « *le bien commun* »

---

<sup>1</sup> Sur l'histoire du mouvement des enclosures et les résistances sociales qu'il suscita, voir notamment E.P. Thomson, *La Guerre des forêts. Lutttes sociales dans l'Angleterre du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, La Découverte, 2014 [1<sup>e</sup> éd. en anglais 1975] et *Les Usages de la coutume. Traditions et résistances populaires en Angleterre, XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, Paris, Gallimard - Le Seuil, 2015 [1991].

<sup>2</sup> Décret-loi du 25 septembre 2009, n° 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee.

<sup>3</sup> Voir par exemple C. Fleury, « *Occupy Gezi* », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, 2014.

(ou le juste) et en organise la poursuite, notamment (mais pas seulement) en réservant certaines choses à l'usage commun et en réglant cet usage<sup>1</sup>.

### B. QUELLE TRADUCTION JURIDIQUE ?

Étant donné les objectifs poursuivis par les tenants des « *communs* » ou des « *biens communs* », l'on doit se demander quels mécanismes juridiques sont aptes à les atteindre. Pour le dire autrement, **la protection des « *biens communs* », au sens économique, et la garantie de leur accessibilité supposent-elle la consécration de la notion de « *biens communs* » en tant que catégorie juridique, et, dans l'affirmative, comment cette catégorie s'articulerait-elle avec celles qui sont déjà établies en droit ?**

**Pas plus que le droit romain dont il est l'héritier, le droit français ne connaît la notion de « *bien commun* ».** Il existe en revanche, en droit français, des catégories et des institutions susceptibles de donner une traduction juridique à l'idée que certaines ressources<sup>2</sup> doivent être protégées et rendues accessibles à tous les membres d'un groupe, voire gérées collectivement, soit en raison de leur nature, soit en vertu d'une décision du groupe<sup>3</sup>.

Ainsi, notre droit reconnaît l'existence de « *choses communes* », **qui ne sont pas susceptibles d'appropriation.** Aux termes de l'article 714 du code civil, « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir.* » On range généralement dans cette catégorie l'air et l'atmosphère, l'eau de mer, ou encore les eaux courantes non domaniales. Selon une approche classique et naturaliste, cette qualification résulte de la nature des choses concernées, soit qu'elles ne se prêtent pas matériellement à l'appropriation privative (en raison de l'impossibilité de les circonscrire, de les enclore...), soit que leur abondance rende leur appropriation sans intérêt. Selon une approche normative (qui s'est développée en raison notamment de l'épuisement de certaines ressources naturelles), la caractérisation d'une chose en tant que « *chose commune* » résulte au contraire d'une décision consistant à la soustraire à l'appropriation et à partager son usage. **Ces « *choses communes* » doivent être distinguées des « *biens sans maître* » (*res nullius*), qui n'ont pas de propriétaire mais sont susceptibles d'appropriation par occupation (par exemple, le gibier ou le poisson en eau libre).**

---

<sup>1</sup> P. Dardot et Ch. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

<sup>2</sup> Pour mémoire, la définition juridique d'un « bien » diffère de celle reçue en économie, puisqu'un bien, en droit civil, est une chose matérielle ou immatérielle susceptible d'être appropriée et, par voie de conséquence, d'entrer dans un patrimoine et de faire l'objet d'échanges contractuels.

<sup>3</sup> Sur ces différentes notions et leur articulation avec la catégorie émergente des « communs » ou des « biens communs », voir notamment J. Rochfeld, M. Cornu et F. Corsi (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, P.U.F., 2017.

Les **choses** « *hors commerce* », quant à elles, sont celles qui, quoique sous la maîtrise d'une ou plusieurs personnes ou attribuées à celles-ci, sont placées par la loi en dehors de la sphère des échanges civils et commerciaux, c'est-à-dire qui ne peuvent faire l'objet d'aucune convention (en particulier d'aucune cession à titre onéreux ou gratuit). Elles ne revêtent par conséquent aucune valeur patrimoniale et ne peuvent être considérées comme des biens. Il en va ainsi, selon le droit en vigueur, des éléments du corps humain, ou encore des droits extrapatrimoniaux (droits de la personnalité, droits politiques).

Par ailleurs, il existe **diverses institutions juridiques dont l'objet est d'organiser la propriété ou, du moins, l'usage ou la jouissance collectifs de choses**, notamment :

- le **domaine public dans son acception classique en droit administratif**, à savoir l'ensemble des biens dont une personne publique est propriétaire et qu'elle affecte à l'usage du public ou à un service public<sup>1</sup>, **ou dans son acception très différente en droit de la propriété intellectuelle**, où la même expression de « *domaine public* » désigne tout ce qui n'est pas protégé par un droit intellectuel (ou, plus étroitement, par le seul droit d'auteur<sup>2</sup>) ;

- des **modes collectifs de propriété privée** tels que la **communauté de biens des époux**, l'**indivision**, la **copropriété**, la **propriété des personnes morales** telles que les sociétés (y compris coopératives), associations, *etc.* ;

- les « **licences libres** », qui sont en fait des contrats par lesquels le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevet, certificat d'obtention végétale...) autorise le cocontractant à exploiter (reproduire, diffuser, modifier...) l'œuvre ou, plus généralement, le bien sur lequel porte ce droit sous certaines conditions<sup>3</sup>, l'offre de contracter étant faite à tous.

Enfin, **notre droit reconnaît à la puissance publique un grand nombre de prérogatives permettant de porter atteinte à la propriété privée à des fins d'intérêt général**, telles que le droit d'expropriation, le droit de préemption, le droit d'imposer des servitudes d'utilité publique sur certains biens, ou encore la soumission de certaines activités (comportant l'exercice du droit de disposer, d'user ou de jouir de ses biens) à un régime d'autorisation ou de déclaration.

---

<sup>1</sup> Article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>2</sup> Comme le relève S. Dusollier, l'expression a parfois un sens encore plus réduit, désignant les œuvres pour lesquelles la durée de protection par un droit exclusif d'exploitation a expiré (Dictionnaire des biens communs, *op. cit.*, s.v. « *Domaine public (propriété intellectuelle)* »).

<sup>3</sup> Sur le caractère contractuel des licences libres (que l'on pourrait être tenté d'analyser plutôt comme des actes de renonciation unilatérale à l'exercice de droits exclusifs), voir M. Clément-Fontaine, JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1975, « *L'œuvre libre* ».

Ainsi, un grand nombre de catégories et d'institutions juridiques peuvent en principe être mobilisées pour construire des régimes visant à protéger certaines ressources ou à en garantir l'usage partagé, conformément l'objectif des promoteurs des « *biens communs* ».

Cela n'interdit évidemment pas de consacrer en droit cette notion, à condition de la définir avec une précision suffisante<sup>1</sup> et de déterminer quels effets juridiques seraient attachés à cette qualification. S'agit-il de soustraire certaines choses à toute appropriation ? D'en imposer au contraire l'appropriation collective ? De garantir à tous un droit d'usage ou de jouissance sur ces choses ? De les protéger contre l'exercice, par leur propriétaire, de certaines de ses prérogatives, notamment le droit d'en disposer (*abusus*), qui comprend le droit de les consommer et de les détruire ?

En s'inspirant des travaux déjà anciens de la commission Rodotà, l'on pourrait être tenté de définir les « *biens communs* », en droit français, comme les choses matérielles ou immatérielles dont l'usage ou la jouissance sont nécessaires (ou simplement utiles) à l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, appelant par conséquent un régime juridique propre à en assurer la protection et à en garantir à tous, selon le cas, l'usage ou la jouissance.

#### La définition des *beni comuni* proposée par la commission Rodotà

L'une des tentatives les plus abouties pour définir la notion de « *biens communs* » (*beni comuni*) et l'ériger en catégorie juridique est celle de la commission mise en place en juin 2007 par le ministre italien de la justice et présidée par le professeur de droit civil et député Stefano Rodotà.

La création de cette commission, initialement chargée de proposer une refonte des dispositions du code civil italien relatives aux biens des personnes publiques, répondait au constat que ces règles étaient devenues obsolètes. Non seulement elles ne prenaient pas en compte certains types de biens, comme les biens immatériels, mais elles présentaient, selon une partie de la doctrine italienne, un caractère excessivement formel : ainsi, la distinction entre domaine (*demanio*) et patrimoine (*patrimonio*), disponible ou indisponible, n'était pas fondée sur des critères nets et ne favorisait pas une gestion des biens publics conforme à l'intérêt général – elle n'empêchait pas l'État italien de vendre, le cas échéant après les avoir désaffectés, une grande partie de ses biens pour financer ses dépenses courantes.

La commission a donc proposé de revoir la catégorisation des biens publics pour y introduire des critères fondés sur leur nature et leurs fonctions, notamment pour la garantie des droits fondamentaux des personnes et la réalisation d'autres intérêts publics. Elle a ainsi distingué les biens à appartenance publique nécessaire, les biens publics sociaux et les biens fructifères, chaque catégorie étant soumise à un régime propre (aliénabilité, prescriptibilité, garanties visant à empêcher ou compenser les atteintes à ces biens, etc.).

<sup>1</sup> La proposition de loi constitutionnelle ne fournit qu'une liste non exhaustive d'items qualifiés de « biens communs mondiaux », ce qui ne permet de définir la notion ni en extension, ni en compréhension.

Par ailleurs, la commission a proposé de reconnaître une nouvelle catégorie des « *biens communs* » (*beni comuni*), recoupant celle des biens publics sans se confondre avec elle. **Les « *biens communs* » étaient définis comme « les choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux ainsi que le libre développement de la personne », appelant pour cette raison un régime approprié. Quel que fût le propriétaire de ces biens (une personne publique ou privée), la loi devait en garantir « la jouissance collective » (*la fruizione collettiva*) dans des conditions et limites compatibles avec l'exigence prioritaire de leur préservation « au bénéfice des générations futures ».** Un régime approprié de contrôle juridictionnel et de responsabilité était prévu : toute personne pourrait agir en justice pour garantir la sauvegarde des « *biens communs* » et l'accès à ceux-ci ; en revanche, seul l'État pourrait agir en réparation d'éventuels dommages.

La commission mentionnait, comme exemples de « *biens communs* », les fleuves et torrents et leur source ; les lacs et autres eaux ; l'air ; les parcs tels que définis par la loi, les forêts et zones boisées ; les zones de haute montagne, glaciers et neiges éternelles ; les rivages et traits de côte déclarés réserves naturelles ; la faune sauvage et la flore protégée ; les biens archéologiques, culturels, environnementaux et les autres zones paysagères protégées<sup>1</sup>.

Au rapport de la commission Rodotà, rendu en février 2008, était joint le texte d'un projet de loi habilitant le gouvernement à modifier le chapitre II du titre I du livre III du code civil italien (relatif aux biens appartenant à l'État, aux entités publiques et aux entités ecclésiastiques) conformément à ces lignes directrices. La chute du gouvernement de Romano Prodi empêcha d'y donner suite. Une proposition de loi de même teneur, déposée au Sénat en février 2010, ne fut jamais examinée en séance publique.

À supposer que l'on puisse donner une définition juridique satisfaisante des « *biens communs* », une autre question est de **savoir si la consécration de cette notion en droit, qui plus est au sommet de notre ordre juridique interne, est nécessaire ou même utile pour atteindre les objectifs proposés.**

Au vu des objectifs poursuivis par les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle, il convient donc d'examiner :

- d'une part, si le droit constitutionnel en vigueur empêche effectivement de protéger de manière satisfaisante les ressources que l'on désigne habituellement comme « *biens communs* » ou d'en assurer l'accessibilité, en raison notamment du poids accordé au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ;

- d'autre part, si une révision de la Constitution française est utile pour contribuer à l'émergence d'un nouvel ordre mondial fondé sur la « *souveraineté solidaire* ».

---

<sup>1</sup> Rapport de la commission Rodotà pour la modification des normes du code civil en matière de biens publics, juin 2007. Ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.giustizia.it>.

## II. LA CONCILIATION ENTRE LES DROITS ET LIBERTÉS ÉCONOMIQUES ET LES AUTRES EXIGENCES DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE OU D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Selon les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle, la protection effective des « *biens communs* » impliquerait de contrebalancer le poids excessif aujourd'hui attribué au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. Le droit constitutionnel en vigueur témoignerait, en effet, d'« *une conception égoïste de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété qui constitue un obstacle à la mise en œuvre de solutions à même de répondre aux urgences sociales et climatiques* », conception avec laquelle il s'agirait de rompre. Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel sont mentionnées à l'appui de ce constat, de manière plus ou moins allusive : le juge aurait ainsi fait obstacle aux initiatives du Parlement qui, se montrant « *à la hauteur des défis du temps* », avait légiféré « *pour lutter contre la fraude fiscale, l'esclavage moderne, les écocides ou l'accaparement des terres*<sup>1</sup> ».

Qu'en est-il réellement ?

### 1. La protection constitutionnelle du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre et le pouvoir d'appréciation du législateur

Le Conseil constitutionnel a toujours refusé d'établir une hiérarchie explicite entre les droits, principes et objectifs consacrés par le bloc de constitutionnalité. Il appartient au législateur, sous son contrôle, de procéder à la conciliation de ces différentes exigences, auxquels il faut ajouter les simples « *objectifs d'intérêt général* » auxquels il n'a pas été reconnu de valeur constitutionnelle<sup>2</sup>.

S'agissant plus particulièrement des droits et libertés économiques, le Conseil constitutionnel a maintes fois énoncé, dans un considérant de principe, qu'il « *il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, ainsi qu'à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de son article 4, des limitations liées à des*

---

<sup>1</sup> Voir l'exposé des motifs.

<sup>2</sup> Certes, l'examen de la jurisprudence constitutionnelle permet de constater que certains droits et libertés y jouissent d'une protection particulière. Tel n'est pas le cas du droit de propriété, non plus que des autres droits et libertés économiques. Le doyen Favoreu notait ainsi, à propos du droit de propriété, qu'il ne bénéficiait que de la protection propre aux droits et libertés dits « de second rang », puisqu'il s'était vu refuser les trois garanties reconnues aux droits et libertés « de premier rang » (telles que la liberté individuelle, les libertés d'association ou de communication), à savoir « l'effet cliquet » (principe jurisprudentiel abandonné depuis), l'interdiction de tout régime d'autorisation préalable et l'application uniforme sur l'ensemble du territoire national. Voir Louis Favoreu, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », dans La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, PUF, 1989, p. 123-150.

*exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».*

**Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est plus ou moins approfondi selon la valeur juridique de l'exigence mise en balance avec le droit de propriété, la liberté d'entreprendre ou la liberté contractuelle :**

- si le législateur, en portant atteinte à l'un de ces droits et libertés, a entendu se conformer à un principe ou à une règle de valeur constitutionnelle ou poursuivre un objectif de valeur constitutionnel, le Conseil tend à ne censurer que l'erreur manifeste d'appréciation (contrôle restreint) ;

- en revanche, si l'atteinte se justifie par un simple objectif d'intérêt général, le juge constitutionnel tend à censurer toute erreur d'appréciation (contrôle normal ou entier)<sup>1</sup>.

#### **Privations du droit de propriété et autres atteintes**

Aux termes de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en effet, « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

En vertu de cette disposition, le **Conseil constitutionnel ne soumet pas au même contrôle les privations du droit de propriété et les autres atteintes portées à ce droit.**

**En cas de privation de propriété** (telle qu'une expropriation, la nationalisation d'une entreprise privée, la privatisation d'une entreprise publique, la transmission obligatoire par le titulaire de droits de propriété intellectuelle ayant recours à des mesures techniques de protection contre la contrefaçon des informations nécessaires à l'interopérabilité des systèmes et services, ou encore le transfert d'office de contrats d'assurance appartenant à une société privée), **le juge constitutionnel veille rigoureusement au respect de l'exigence d'une « juste et préalable indemnité »** fixée à l'article 17 de la Déclaration. L'indemnité doit couvrir l'intégralité du préjudice, et son versement doit intervenir avant la prise de possession par l'expropriant<sup>2</sup>.

**En revanche, le fait que cet article 17 subordonne la privation de propriété à la « nécessité publique » n'a pas conduit le Conseil constitutionnel à approfondir son contrôle de proportionnalité.** Au contraire, il semble s'en tenir aujourd'hui encore (contrairement à la tendance observée à propos des simples « atteintes » au droit de propriété) à un contrôle restreint, dans la lignée de sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* : « *l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci* »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sur ce point, voir le commentaire autorisé de la décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013.

<sup>2</sup> Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 89-256 DC du 25 juillet 1989.

<sup>3</sup> Sur ce paradoxe, voir J. Trémeau et A. Bachert, JCl. Civil code, art. 544, fasc. 20, « Propriété - Fondement constitutionnel du droit de la propriété ».

En application de ces principes, **le Conseil constitutionnel admet que le législateur porte des atteintes très substantielles au droit de propriété, ainsi qu'à la liberté d'entreprendre ou à la liberté contractuelle, dès lors qu'elles sont justifiées :**

- soit par une exigence constitutionnelle telle que le droit d'obtenir un emploi<sup>1</sup>, les principes de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail et de protection de la santé des travailleurs<sup>2</sup>, ou encore le droit à un logement décent<sup>3</sup> ;

- soit par un objectif d'intérêt général tel que la préservation du patrimoine historique et artistique<sup>4</sup>, la conservation et la mise à disposition du public des ouvrages indisponibles<sup>5</sup>, la protection des consommateurs<sup>6</sup>, la maîtrise de l'utilisation des sols<sup>7</sup>, la lutte contre la fraude fiscale<sup>8</sup> ou encore la protection de l'environnement<sup>9</sup> (ces deux derniers objectifs s'étant vu reconnaître, depuis, une valeur constitutionnelle).

**Néanmoins, les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle, à la suite de plusieurs intellectuels éminents qui avaient publié une tribune en ce sens dans le journal *Le Monde* en mai 2018<sup>10</sup>, critiquent certaines décisions du Conseil constitutionnel qui, selon eux, auraient accordé un poids excessif au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre au détriment d'autres droits, principes ou objectifs.** Deux décisions sont expressément mentionnées dans l'exposé des motifs, portant respectivement sur le *reporting* fiscal pays par pays et sur le droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER). Mais une référence à d'autres décisions affleure dans l'argumentation.

Le Constituant est parfaitement dans son rôle en analysant de manière critique la jurisprudence constitutionnelle, voire en s'efforçant de la contrecarrer s'il l'estime opportun. On examinera donc successivement les

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, à propos de l'obligation de recherche d'un repreneur par une entreprise d'au moins 1 000 salariés qui envisage de fermer un établissement.

<sup>2</sup> Décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, à propos des dispositions mettant à la charge de l'employeur les frais d'expertise engagés sur décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, même dans le cas où la décision a été postérieurement annulée en justice.

<sup>3</sup> Décision n° 2014-691 DC du 20 mars 2014, à propos de l'institution d'un régime d'autorisation de mise en location.

<sup>4</sup> Décision n° 2011-207 QPC du 16 décembre 2011, à propos du régime d'autorisation ou de déclaration préalable aux travaux portant sur des immeubles classés ou inscrits au titre des monuments historiques.

<sup>5</sup> Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014.

<sup>6</sup> Décision n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, à propos de l'autorisation de la publicité comparative.

<sup>7</sup> Décision n° 2011-177 QPC du 7 octobre 2011, à propos de dispositions permettant d'inclure dans un lotissement, à titre rétroactif, une parcelle qui a été antérieurement détachée d'une propriété.

<sup>8</sup> Voir développement page suivante.

<sup>9</sup> Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, à propos de l'interdiction du recours à la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures.

<sup>10</sup> Collectif, « Bien commun : une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence », *Le Monde*, 29 mai 2018.

décisions susmentionnées, pour vérifier si les critiques qui leur sont adressées sont justifiées.

**2. La décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique**

Parmi de nombreuses autres dispositions, la loi *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dite « Sapin 2 », prévoyait, dans sa rédaction adoptée en lecture définitive par l'Assemblée nationale, **d'imposer à certaines sociétés commerciales de nouvelles obligations de transparence dans le but de lutter contre la fraude fiscale.**

Plus précisément, il était prévu d'introduire, dans le code de commerce, un nouvel article L.225-102-4 imposant aux sociétés commerciales<sup>1</sup> dont le chiffre d'affaires (le cas échéant consolidé) excédait 750 millions d'euros de publier chaque année, en annexe au rapport de gestion, un rapport relatif à l'impôt sur les bénéfices auquel elles étaient soumises. Ce rapport devait comprendre une brève description de leurs activités et indiquer le nombre de leurs salariés, le montant de leur chiffre d'affaires net, celui de leur résultat avant impôt, celui de l'impôt sur les bénéfices dû et effectivement acquitté et celui des bénéfices non distribués. Ces informations devaient être présentées séparément pour chaque État membre de l'Union européenne où la société exerçait une activité, ainsi que pour chaque État figurant sur la liste européenne des États et territoires non coopératifs en matière fiscale.

**Un « reporting fiscal » pays par pays, consistant en une obligation de transmission d'informations à l'administration fiscale, avait déjà été imposé par la loi de finances pour 2016 à certaines sociétés**, en fonction de critères très proches<sup>2</sup>. **Le Conseil constitutionnel avait alors jugé que ces dispositions ne portaient aucune atteinte à la liberté d'entreprendre**, compte tenu du fait que les éléments transmis à l'administration (et éventuellement échangés avec d'autres États) ne pouvaient être rendus publics<sup>3</sup>.

**L'institution d'un reporting public** par la loi Sapin 2 ne résista pas, en revanche, au contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel. Certes, le législateur avait ainsi entendu, « *par une mesure de transparence, éviter la délocalisation des bases taxables afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales* » et poursuivi ainsi « *un objectif de valeur*

---

<sup>1</sup> Plus exactement aux sociétés anonymes et, par renvoi, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés par actions simplifiées ainsi qu'aux sociétés européennes.

<sup>2</sup> Article 223 quinquies C du code général des impôts.

<sup>3</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-725 DC du 29 décembre 2015.

*constitutionnelle*<sup>1</sup> ». Toutefois, comme le soutenaient les sénateurs requérants, l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays était de nature « à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale ». Dès lors, une telle obligation portait « *une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » et fut censurée à ce titre.

**En la matière, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc prudente et mesurée. Elle n'interdit nullement au législateur de prendre des dispositions, même attentatoires aux droits et libertés économiques, pour lutter contre la fraude fiscale.** En l'espèce, le principe du *reporting* pays par pays n'a donc pas été remis en cause, seule l'obligation de publicité qui l'accompagnait nécessairement ayant été jugée non indispensable à la réalisation de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale alors même qu'il apportait une atteinte substantielle à la liberté d'entreprendre.

### **3. La décision n° 2017-748 DC du 16 mars 2017, Loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle**

La seconde décision du Conseil constitutionnel expressément mentionnée par les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle porte sur le **droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)**.

Les **missions des SAFER** sont définies au I de l'article L. 141-1 du code rural et de la pêche maritime. Elles consistent principalement à « *favoriser l'installation, le maintien et la consolidation d'exploitations agricoles ou forestières afin que celles-ci atteignent une dimension économique viable au regard des critères du schéma directeur régional des exploitations agricoles ainsi que l'amélioration de la répartition parcellaire des exploitations* », quoique la loi y ajoute des missions aux contours plus flous telles que « *concour[ir] la diversité des paysages, à la protection des ressources naturelles et au maintien de la diversité biologique* », « *contribue[r] au développement durable des territoires ruraux* » ou encore « *assure[r] la transparence du marché foncier rural* ». L'article L. 143-2 du même code fixe une grande diversité d'objectifs en vue desquels les SAFER sont autorisées à exercer leur droit de préemption (l'installation ou le maintien d'agriculteurs, la consolidation d'exploitations, mais aussi la « *sauvegarde de [leur] caractère familial* », la lutte contre la spéculation foncière, la mise en valeur et la protection de la forêt, la protection de l'environnement, etc.).

---

<sup>1</sup> Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, cons. 102. Cette décision a consacré pour la première fois cet objectif de valeur constitutionnelle, qui découle de l'article 13 de la Déclaration de 1789.

Dans une précédente décision, le Conseil constitutionnel – qui veille à ce que l'exercice d'un droit de préemption, portant atteinte par lui-même au droit de propriété et à la liberté contractuelle, soit justifié par un motif d'intérêt général défini avec précision et suffisant – avait jugé que les dispositions de cet article L. 143-2 n'avaient « *pas pour objet et ne sauraient, sans porter aux conditions d'exercice du droit de propriété et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objet des missions de ces sociétés, permettre que l'exercice du droit de préemption qui leur est confié [...] soit mis en œuvre pour des motifs qui ne se rattachent pas principalement à leur mission de favoriser l'installation, le maintien et la consolidation d'exploitations agricoles ou forestières afin que celles-ci atteignent une dimension économique viable au regard des critères du schéma directeur régional des exploitations agricoles, ainsi que l'amélioration de la répartition parcellaire des exploitations*<sup>1</sup> ».

La loi relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle, dans sa rédaction adoptée par le Parlement, avait notamment pour objet d'**attribuer aux SAFER un droit de préemption sur les cessions partielles de parts ou d'actions de sociétés dont l'objet principal est la propriété agricole**, lorsque l'acquisition aurait eu pour effet de conférer au cessionnaire la majorité des parts ou actions ou une minorité de blocage au sein de la société.

Cette disposition a été **censurée** par le Conseil constitutionnel, en tant qu'elle portait **une atteinte disproportionnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre**, et cela pour trois motifs :

- en premier lieu (c'est là le motif principal), en raison d'**une inadéquation entre le dispositif adopté et les objectifs du droit de préemption des SAFER**, tels que fixés par la loi (selon l'interprétation limitative imposée par le Conseil constitutionnel dans sa précédente décision) et qui seuls justifient l'exercice de ce droit. Comme le relève le Conseil, en effet, l'exercice de ce nouveau droit de préemption ne garantissait pas à la SAFER d'être majoritaire dans la société détentrice des biens ou des droits immobiliers. La rétrocession des parts ou actions ainsi préemptées n'était donc « *pas nécessairement de nature à permettre l'installation d'un agriculteur ou même le maintien et la consolidation d'exploitation agricole* »<sup>2</sup> ;

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2014-701 DC du 9 octobre 2014.

<sup>2</sup> Le commentaire autorisé de la décision illustre ce considérant par le cas d'une société qui dispose déjà de 40 % des parts d'une société détentrice de biens ou de droits agricoles, et qui se rend acquéreuse de 11 % de parts supplémentaires. Le droit de préemption de la SAFER se serait limité à ces 11 %, ce qui ne lui aurait permis ni de prendre le contrôle de la société en cause, ni même forcé de détenir une minorité de blocage en son sein. Les parts préemptées aurait dû être rétrocédées, soit à l'acquéreur initialement évincé, ce qui n'aurait eu pour effet que de retarder sa prise de contrôle de la société agricole, soit au bénéfice d'un autre acquéreur acceptant de détenir une part de capital insusceptible, dans la plupart des cas, de lui permettre de prendre le contrôle de ladite société.

- en second lieu, parce qu'**aucune garantie légale ne faisait obstacle à ce que la SAFER conserve les parts préemptées au-delà du délai de cinq ans** normalement imparti pour les rétrocéder. Or **la durée de cette détention était « susceptible d'affecter la valorisation de la société »** (le gel prolongé d'une partie du capital entre les mains de la SAFER aurait pu, en effet, diminuer la valeur des parts sociales ou actions) ;

- enfin, **une seule exemption** à ce droit de préemption avait été prévue, au bénéfice des associés des groupements fonciers agricoles (GFA) en place depuis plus de dix ans, qui auraient pu exercer leur droit de préférence pour acquérir par priorité les parts sociales cédées. Comme le souligne le commentaire de la décision, cette exemption était *« particulièrement restreinte »*, alors qu'on aurait pu concevoir que ce droit de préférence puisse s'exercer au sein d'autres types de structures d'exploitation agricole ou pour des durées d'association moins longues. *« En effet, il est vraisemblable que, dans la plupart des cas, l'associé qui exerce son droit de préférence souhaite la poursuite de l'exploitation agricole de la société. »*

Dans la décision du 16 mars 2017, la déclaration d'inconstitutionnalité repose donc avant tout sur **un contrôle de l'adéquation** entre les fins poursuivies par le législateur et les moyens employés. **C'est plutôt la décision du 9 octobre 2014 qui pourrait être critiquée en ce qu'elle a limité les objectifs en vue desquels le droit de préemption des SAFER peut être exercé. Il ne faut pas s'exagérer la portée de cette décision, néanmoins.** En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait relevé une certaine discordance entre les *« missions »* des SAFER et les objectifs du droit de préemption, ainsi que la généralité des termes choisis par le législateur. Toutefois, **sa jurisprudence témoigne du fait que le droit de préemption peut être employé en vue d'une grande diversité de fins d'intérêt général<sup>1</sup>. Le Conseil se montre attentif aux conditions de fond et aux garanties procédurales dont l'exercice de ce droit est assorti**, ce qui n'a rien que de très légitime, vu l'attente portée à des droits et libertés constitutionnels.

Quel était donc l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'adoption de la loi *relative à la lutte contre l'accaparement des terres agricoles et au développement du biocontrôle* de 2017 (indépendamment même des termes employés par le code pour fixer les objectifs du droit de préemption) ? Au vu des travaux préparatoires, il s'agissait à la fois d'empêcher le contournement du droit de préemption des SAFER (qui ne trouvait jusque-là à s'exercer qu'en cas de cession totale) et de lutter contre *« l'accaparement des terres »*, autrement dit la concentration croissante de la propriété foncière agricole entre les mains de grandes sociétés, souvent détenues par des investisseurs étrangers (l'exposé des motifs de la proposition de loi faisait explicitement référence à *« l'affaire des investisseurs chinois dans l'Indre »*). Les raisons pour

---

<sup>1</sup> Voir par exemple, en ce qui concerne le droit de préemption en matière d'urbanisme, la décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000.

lesquelles cet « *accaparement* » était considéré comme indésirable sont moins claires : s'agissait-il de promouvoir une répartition moins inégalitaire des moyens de production (mais alors pourquoi se concentrer sur les seuls moyens de production agricoles) ? De favoriser le faire-valoir direct (mais au nom de quel principe, et pourquoi seulement en agriculture) ? De lutter contre l'artificialisation des sols, comme le laissait entendre le rapport de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale (mais l'extension du droit de préemption des SAFER était-il adapté à cet objectif) ? Ou encore de préserver la sécurité alimentaire du pays, en empêchant qu'une part trop importante des terres agricoles françaises ne soit destinée à des cultures d'exportation (mais, là encore, le moyen employé était-il approprié) ?

**Le Conseil constitutionnel n'a nullement fermé la porte à ce que le droit de préemption des SAFER soit étendu ou à ce que d'autres dispositions affectant les droits des propriétaires fonciers soient adoptées par le législateur en vue d'objectifs d'intérêt général. Mais il exige que ces objectifs soient clairement énoncés et que les dispositions adoptées permettent effectivement de les atteindre<sup>1</sup>.**

#### **4. Autres décisions**

D'autres décisions sont plus allusivement mentionnées par l'exposé des motifs, aussi les examinera-t-on plus rapidement.

En mentionnant la lutte contre « *l'esclavage moderne* », les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle font sans doute référence à la **loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**, partiellement censurée par le Conseil constitutionnel dans sa **décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017**.

Pour mémoire, cette loi a imposé aux sociétés françaises employant au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères, d'élaborer et de publier un « *plan de vigilance* » comportant « *les mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » résultant des activités de la société auteur du plan, des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels ces sociétés entretiennent une

---

<sup>1</sup> Le professeur Julien Bonnet esquisse plusieurs pistes de réforme, à droit constitutionnel constant, telles que l'extension du droit de préemption dans les seules zones prioritaires définies par décret, ou encore l'institution d'un droit d'opposition aux cessions ou d'une autorisation d'exploiter, sous des conditions et moyennant des garanties suffisantes (Revue de droit rural, n° 471, mars 2019, p. 35-39). Lors de son audition par le rapporteur, M. Bonnet a relevé l'importance qu'attribue le Conseil constitutionnel aux garanties procédurales entourant les mesures susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés ; en l'occurrence, le statut des SAFER pourrait sans doute être utilement revu.

relation commerciale établie. Ce texte répondait à l'émotion suscitée par l'effondrement d'un immeuble abritant plusieurs usines textiles au Bangladesh, qui avait fait plus d'un millier de morts, le 24 avril 2013.

**Parmi les griefs avancés par les requérants, il était reproché à ces dispositions de porter doublement atteinte à la liberté d'entreprendre.** D'une part, il était soutenu qu'en imposant aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre une vigilance renforcée sur les activités de leurs filiales, de leurs sous-traitants et de leurs fournisseurs, ces dispositions portaient atteinte à la liberté d'entreprendre de ces derniers. D'autre part, la liberté d'entreprendre des sociétés soumises aux exigences de la loi aurait elle-même été méconnue, en ce qu'elles auraient été contraintes de divulguer des informations relatives à leur stratégie industrielle et commerciale.

Or le Conseil constitutionnel a écarté ces griefs, comme manquant en fait.

Il a seulement censuré la disposition prévoyant que le juge puisse condamner une société qui n'aurait pas respecté ses obligations à une amende civile d'un montant inférieur ou égal à 10 millions d'euros, comme **contraire au principe de légalité des délits et des peines**, vu l'indétermination du contenu du plan de vigilance obligatoire et du champ des partenaires économiques concernés.

De manière analogue, c'est sur le fondement du **principe d'égalité devant les charges publiques**, et en raison de l'importance des régimes d'exemption totale prévue par le législateur au profit notamment d'entreprises particulièrement polluantes, que la « *contribution carbone* » prévue par la loi de finances pour 2010 fut censurée<sup>1</sup>.

S'agissant enfin des dispositions législatives du code de l'environnement imposant aux constructeurs d'employer **une certaine quantité de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles**, leur censure en 2013 résulte du fait que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence (**incompétence négative**) en habilitant très largement le pouvoir réglementaire à en définir les conditions d'application, sans aucune limitation concernant notamment la part minimale de bois à incorporer. Il était ainsi porté atteinte à la liberté d'entreprendre sans que le législateur en ait lui-même fixé les bornes, contrairement aux exigences découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789<sup>2</sup>.

**Au terme de l'examen de ces diverses décisions, la jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît, dans l'ensemble, équilibrée et prudente.** Non seulement elle est très loin d'accorder une quelconque prépondérance au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre par rapport à d'autres exigences constitutionnelles, mais **elle laisse au**

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.

<sup>2</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013.

**législateur un large pouvoir d'appréciation** pour concilier ces différentes exigences entre elles ou avec d'autres objectifs d'intérêt général.

Ce constat n'interdit évidemment pas de réviser la Constitution pour renforcer, dans le cas où le Constituant l'estimerait nécessaire, la valeur juridique d'autres principes ou objectifs (susceptibles d'entrer en conflit avec les droits et libertés économiques), voire pour leur accorder une forme de priorité.

À cet égard, le rapporteur a souhaité porter une attention particulière aux **garanties apportées par le droit constitutionnel en vigueur en faveur de la protection de l'environnement**, « *bien commun* » s'il en est, afin d'apprécier **dans quelle mesure elles pourraient être renforcées**.

### III. LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES EN FAVEUR DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

#### A. LES FORTES GARANTIES APPORTÉES PAR LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT

La loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 *relative à la Charte de l'environnement* a adossé à la Constitution ladite Charte, qui énumère, après plusieurs considérants, un certain nombre de droits et de devoirs en matière de préservation de l'environnement.

#### Charte de l'environnement de 2004

*Le peuple français,*

*Considérant :*

*Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;*

*Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;*

*Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;*

*Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;*

*Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;*

*Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;*

*Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,*

*Proclame :*

**Article 1<sup>er</sup>.** *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.*

- Article 2.** *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.*
- Article 3.** *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.*
- Article 4.** *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.*
- Article 5.** *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.*
- Article 6.** *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.*
- Article 7.** *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.*
- Article 8.** *L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.*
- Article 9.** *La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.*
- Article 10.** *La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.*

**Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, un abondant contentieux a permis de mieux cerner le contenu et la portée juridique de ses dispositions, quoique son potentiel normatif ne soit sans doute pas épuisé.**

### **1. Valeur juridique et invocabilité de la Charte de l'environnement**

Dès sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, le Conseil constitutionnel a reconnu **une pleine valeur constitutionnelle à « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement »**. Il a également reconnu en 2011 la **valeur constitutionnelle du préambule de la Charte**, de manière indirecte et à l'occasion d'une décision relative au secret de la défense nationale<sup>1</sup>; mais ce n'est que tout récemment qu'il a « découvert » dans ce préambule de nouvelles exigences constitutionnelles en faveur de la protection de l'environnement (voir ci-après).

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, cons. 20 : le préambule de la Charte a « réaffirmé » le principe de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation.

Si l'on s'en tient aux dix articles de la Charte, l'on peut y distinguer l'énonciation :

- d'un **droit substantiel**, celui de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (article 1<sup>er</sup>) ;

- de **devoirs incombant à toute personne** (physique ou morale, privée ou publique) **qui constituent le pendant du droit à l'environnement** énoncé à l'article 1<sup>er</sup>, raison pour laquelle ils sont le plus souvent invoqués ensemble (articles 2 à 4) ;

- de **droits procéduraux**, à savoir les droits à l'information et à la participation en matière environnementale (article 7) ;

- de **principes applicables à l'action des pouvoirs publics**, à savoir le principe de précaution, d'une part, le principe de conciliation entre la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social, d'autre part (articles 5 et 6) ;

- de **dispositions dont la portée reste incertaine**, faute de jurisprudence, mais qui doivent sans doute être comprises comme des lignes de conduite assignées aux politiques publiques (article 8 à 10).

L'ensemble de ces droits, devoirs et principes sont invocables dans le cadre du **contrôle a priori de la constitutionnalité des lois**.

Les articles 1<sup>er</sup> à 4 (droit à l'environnement et devoirs correspondants) sont également invocables dans le cadre d'une **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC)<sup>1</sup>, de même que l'article 7 (droits procéduraux), en tant qu'ils énoncent des « *droits et libertés que la Constitution garantit* ». La question de l'invocabilité de l'article 5 (principe de précaution) en QPC n'a, en revanche, pas encore été tranchée.

## 2. Les droits procéduraux

**Dans son contrôle, le Conseil constitutionnel est particulièrement attentif au respect des droits procéduraux d'information et de participation prévus à l'article 7 de la Charte**<sup>2</sup>. Dès sa décision n° 2008-284 du 19 juin 2008, il a vérifié que ce droit n'avait pas été dénaturé lors de la création par la loi d'un registre national des parcelles destinées à la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM), et précisé quelle était en la

---

<sup>1</sup> Il est désormais acquis que l'article 1<sup>er</sup> peut être invoqué seul en QPC (décision du Conseil constitutionnel n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014). Jusqu'à présent, les articles 2 et 4 n'ont été reconnus invocables qu'à l'appui d'un grief fondé sur la méconnaissance du droit à l'environnement garanti à l'article 1<sup>er</sup>, dont ils constituent le « volet substantiel ». Voir Conseil constitutionnel, Dix ans de QPC en matière d'environnement : quelle (r)évolution ?, sous la responsabilité scientifique d'É. Chevalier et J. Makowiak, janvier 2020 (ce rapport est consultable à l'adresse suivante : <https://www.conseil-constitutionnel.fr>).

<sup>2</sup> Voir, à ce sujet, D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 12<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2020, pp. 899-903.

matière la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Élargissant son raisonnement, le Conseil affirme depuis la décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011 « *qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés [à l'article 7 de la Charte], les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions* ».

**Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel s'est, jusqu'ici et pour l'essentiel, attaché à vérifier que le législateur avait bien épuisé sa compétence en définissant avec la précision nécessaire les modalités de mise en œuvre des droits d'information et de participation du public<sup>1</sup>.** Cette jurisprudence a conduit le législateur à accomplir un important travail pour combler les lacunes de la législation en vigueur<sup>2</sup>.

Récemment encore, une partie de la doctrine appelait le Conseil constitutionnel à **approfondir son contrôle afin d'apprécier le caractère suffisant ou non des dispositions prises par le législateur pour garantir les droits d'information et de participation. Le Conseil semble avoir franchi le pas dans sa décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020**, où il a jugé que « *s'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les conditions et limites de l'exercice du droit protégé par l'article 7 de la Charte de l'environnement, de prévoir des modalités particulières de participation du public lorsqu'une même opération fait l'objet de décisions publiques successives, c'est à la condition que ces modalités garantissent une appréciation complète des incidences directes et significatives de ces décisions sur l'environnement* ».

### 3. Les exigences de fond

**S'agissant des droits et obligations « substantiels » définis par la Charte, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est élaborée plus progressivement et a longtemps paru décevante aux yeux de certains.** Certes, le Conseil avait reconnu la valeur constitutionnelle des articles 1<sup>er</sup> à 6 et leur invocabilité en QPC (à l'exception de l'article 5 relatif au principe de précaution). Mais les décisions rendues sur le fondement de ces dispositions demeuraient rares et la portée exacte de celles-ci incertaine.

---

<sup>1</sup> Ces droits sont reconnus comme faisant partie des « droits et libertés que la Constitution garantit », indépendamment du droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé énoncé à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte. Par conséquent, l'incompétence négative du législateur est invocable en QPC en tant qu'elle affecte ces droits (décision du Conseil constitutionnel n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011).

<sup>2</sup> Voir notamment la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 portant le même intitulé, ou encore l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

Des articles 1<sup>er</sup> et 2, le juge constitutionnel avait dégagé en 2011 une « obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité », incombant non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives, mais à l'ensemble des personnes ; toutefois, il avait laissé au législateur le soin de définir le régime de responsabilité lié à la méconnaissance de cette obligation, à condition de ne pas en dénaturer la portée<sup>1</sup>.

Régulièrement, s'agissant aussi bien des modalités retenues par le législateur pour mettre en œuvre les droits et devoirs définis aux articles 1<sup>er</sup> à 6 de la Charte que de la conciliation de ces dispositions avec d'autres exigences constitutionnelles, le Conseil rappelait qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » et se bornait donc à un contrôle restreint<sup>2</sup>.

**Les décisions rendues au cours des derniers mois semblent marquer un infléchissement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans le sens d'un « verdissement ».**

Par sa **décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, Loi d'orientation des mobilités**, tout d'abord, le Conseil constitutionnel a accepté pour la première fois de contrôler la conformité à la Constitution de dispositions de programmation, dénuées en tant que telles de valeur normative. Il n'est pas fortuit qu'il l'ait fait en prenant pour norme de référence le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé, énoncé à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, jugeant que « les objectifs assignés par la loi à l'action de l'État ne sauraient contrevenir à cette exigence constitutionnelle ». Le juge constitutionnel a néanmoins pris soin de rappeler, à cet égard, le caractère restreint de son contrôle : « il ne saurait se prononcer sur l'opportunité des objectifs que le législateur assigne à l'action de l'État, dès lors que ceux-ci ne sont pas manifestement inadéquats à la mise en œuvre de cette exigence constitutionnelle ».

Surtout, par sa **décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel a érigé « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains »** (expression empruntée au préambule de la Charte) **en objectif de valeur constitutionnelle**. Cette décision est remarquable à plusieurs égards :

- tout d'abord, c'est la première fois que le Conseil constitutionnel prend aussi nettement appui sur le préambule de la Charte pour motiver sa décision, en y reconnaissant une nouvelle exigence constitutionnelle ;

- ensuite, l'érection de la protection de l'environnement en objectif de valeur constitutionnelle (alors qu'il n'était jusque-là reconnu que comme un simple objectif d'intérêt général) a pour effet d'élargir la marge

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

<sup>2</sup> Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012.

d'appréciation du législateur, lorsqu'il concilie cet objectif avec d'autres exigences constitutionnelles ;

- enfin, **une portée extraterritoriale est conférée à cette nouvelle exigence constitutionnelle** : parce que l'environnement est « *le patrimoine des êtres humains* », il est jugé que le législateur n'a pas porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre en faisant obstacle à l'exportation de produits phytopharmaceutiques non approuvés par l'Union européenne, quand bien même ces dispositions seraient privées d'effet parce que la production et la commercialisation de tels produits resteraient autorisés hors de l'Union. Le Conseil aboutit ainsi à une solution inverse de celle qu'il avait retenue en 2015 à propos de la suspension de l'exportation de produits contenant du bisphénol A<sup>1</sup>.

## **B. DES INCERTITUDES QUI DEMEURENT**

Deux principales incertitudes ont été relevées, en l'état de la jurisprudence, sur la portée juridique de la Charte et, par conséquent, sur l'étendue des garanties constitutionnelles en faveur de la protection de l'environnement.

### **1. Le principe de précaution**

**La première incertitude concerne le contenu et l'étendue de la justiciabilité du principe de précaution**, celle des exigences de la Charte qui a sans doute suscité le plus de crispations politiques.

Le Conseil constitutionnel, en effet, a **systematiquement évité de se prononcer sur l'invocabilité de ce principe en QPC**, préférant écarter les griefs tirés de sa méconnaissance en tant qu'inopérants « *en tout état de cause* »<sup>2</sup>.

Surtout, **la signification même du principe demeure problématique**. Dans sa décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, relative à l'interdiction de la fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures, le Conseil a jugé inopérant le grief tiré de la méconnaissance du principe de précaution, avancé par le requérant (une société pétrolière américaine), au seul motif<sup>3</sup> qu'il s'agissait d'une interdiction pérenne, alors que (selon l'article 5 de la Charte) le principe de précaution oblige les pouvoirs publics à prendre « *des mesures provisoires et proportionnées* ». Ce raisonnement a été très critiqué par la doctrine, en tant qu'il confondrait la cause et l'effet : c'est le caractère hypothétique du dommage qui conditionne l'application du principe de

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015.

<sup>2</sup> Voir D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, op. cit., pp. 907-909.

<sup>3</sup> Selon le commentaire autorisé, car la décision est muette sur ce point.

précaution, lequel justifie des mesures provisoires, et non le caractère provisoire des mesures prises qui révèle qu'elles ont été prises en application du principe de précaution (plutôt que du principe de prévention, par exemple)<sup>1</sup>.

## 2. Le principe de non-régression

**Une autre incertitude concerne le principe de non-régression en matière de protection de l'environnement, qui n'a pas encore été reconnu comme un principe de valeur constitutionnelle** mais qui, comme le souligne une partie de la doctrine<sup>2</sup>, pourrait être déduit du droit à un environnement sain, protégé par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte, ainsi que du devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, mentionné à l'article 2 et s'imposant notamment aux pouvoirs publics<sup>3</sup>.

Pour mémoire, le principe de non-régression est déjà consacré à l'article L.110-1 du code de l'environnement, où il est défini comme le principe selon lequel « *la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* ». Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, ces dispositions de nature législative ne sauraient s'appliquer au législateur lui-même, mais seulement au pouvoir réglementaire<sup>4</sup>.

**Dans d'autres États, il est reconnu au principe de non-régression une valeur constitutionnelle.** La constitution **équatorienne**, souvent citée, reconnaît, d'une part, le droit à un environnement sain, d'autre part, le principe de non-régression de la protection des droits<sup>5</sup>. De même, le juge constitutionnel **belge** considère que le droit à la protection d'un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution belge « *implique, en ce qui concerne la protection de l'environnement, une obligation de standstill qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général* » (C. arb., 14 sept. 2006, n° 135/2006, 137/2006). Le Tribunal suprême **espagnol** a consacré un principe semblable, dans deux arrêts rendus en février et mars 2012, où il a jugé que la révision de documents d'urbanisme par des autorités publiques ne pouvait aboutir à la déqualification de certains espaces protégés que par une décision

---

<sup>1</sup> Voir Conseil constitutionnel, Dix ans de QPC en matière d'environnement, op. cit., pp. 15-16.

<sup>2</sup> Voir Y. Aguila, W. Herbert et L. Rollini, « Pour une consécration constitutionnelle du principe de non-régression », JCP G n° 47, 16 novembre 2020, p. 1275.

<sup>3</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

<sup>4</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-737 DC du 4 août 2016.

<sup>5</sup> Articles 11, § 8 et 14 de la Constitution de la République d'Équateur.

<sup>6</sup> Cour d'arbitrage (Belgique), 14 septembre 2006, n° 137/2006.

spécialement motivée, justifiant qu'il n'était pas porté atteinte aux objectifs de développement durable et de protection de l'environnement<sup>1</sup>.

Comme le soulignent Yann Aguila, Wallis Herbert et Lucie Rollini, **un principe constitutionnel de non-régression pourrait être appliqué de manière souple**, suivant l'exemple de jurisprudences étrangères. Ainsi, en droit constitutionnel belge, le respect de l'obligation de *standstill* s'apprécie de manière globale, en prenant en considération l'ensemble du droit applicable en la matière ; elle ne fait pas obstacle à des régressions mineures ; enfin, elle peut être contrebalancée par des motifs d'intérêt général.

**On peut néanmoins douter que le Conseil constitutionnel français s'engage dans cette voie, compte tenu de l'abandon par celui-ci de la jurisprudence de l'« effet cliquet » en matière de droits fondamentaux<sup>2</sup>.** Cela amène certains auteurs à réclamer une révision de la Constitution pour y consacrer expressément le principe de non-régression de la protection de l'environnement<sup>3</sup>.

### **C. LA PROPOSITION DE LOI CONSTITUTIONNELLE : DES DISPOSITIONS DE PORTÉE SYMBOLIQUE**

**Force est de reconnaître que la proposition de loi constitutionnelle ne répond pas à ces interrogations.**

Elle se contente d'inscrire, à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, que la France « *garantit la préservation de l'environnement, de la biodiversité, du climat, de l'eau, de la santé* », entre autres « *biens communs mondiaux* ».

La portée juridique exacte du verbe « *garantir* » est très incertaine. En l'espèce, on voit mal comment il pourrait s'agir d'une véritable garantie au sens juridique<sup>4</sup>. Sans doute cette formulation est-elle tenue, par ses auteurs, pour une version un peu plus énergique de l'obligation, pour les pouvoirs publics, de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement – obligation déjà prévue par la Charte.

---

<sup>1</sup> Tribunal suprême (Espagne), arrêts nos 9205/2012 du 23 février 2012 et 2000/2012 du 29 mars 2012. Pour d'autres exemples d'États étrangers où le principe de non-régression est reconnu au niveau constitutionnel, voir Michel Prieur, « La non-régression, condition du développement durable » *Vraiment durable*, n° 3, 2013.

<sup>2</sup> C'est notamment l'avis de C. Malverti et C. Beaufils, dans « Principe de non-régression : on avance », *AJDA* 2020, p. 2246.

<sup>3</sup> Voir M. Prieur, « La constitutionnalisation du principe de non régression face à l'enjeu climatique », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 12, décembre 2018.

<sup>4</sup> Au sens du droit civil, par exemple, une « garantie » impliquerait que la responsabilité de l'État français puisse engagée en cas d'atteinte à l'environnement, à la biodiversité ou au climat, même sans faute de sa part et même si l'atteinte était le fait d'un tiers (par exemple un État étranger). En droit constitutionnel, les garanties offertes par la loi visent à assurer l'effectivité de droits et libertés constitutionnels ; or il est difficilement concevable que les pouvoirs publics français puissent, à eux seuls, apporter de telles garanties pour la protection du climat, par exemple.

La rédaction proposée mentionne le climat parmi les « *biens communs mondiaux* » à préserver, alors qu'il n'est pas expressément mentionné par la Charte de l'environnement. Toutefois, il n'y a guère de doute que le climat soit compris comme une composante de l'environnement, dont la protection est d'ores et déjà érigée en objectif de valeur constitutionnelle.

D'un point de vue purement rédactionnel, il paraît en outre inopportun de placer la biodiversité, le climat et l'eau sur le même plan que l'environnement, alors qu'ils en sont des composantes.

Quant au droit à la santé, il est d'ores et déjà protégé par le Préambule de la Constitution de 1946.

**L'inscription du principe de préservation de l'environnement à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution n'aurait donc qu'une portée symbolique**, sans lui conférer aucune portée juridique nouvelle. Elle rappelle, en cela, l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi constitutionnel *pour un renouveau de la vie démocratique*, présenté par le Gouvernement le 29 août 2019, qui prévoyait d'ajouter à ce même article 1<sup>er</sup> une phrase selon laquelle la France « *favorise la préservation de l'environnement, la diversité biologique et l'action contre les changements climatiques* ».

#### **IV. LES « BIENS COMMUNS MONDIAUX » ET LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT**

Hormis le fait qu'elle autoriserait le législateur à porter plus largement atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, l'introduction dans la Constitution de la notion de « *biens communs* » – et plus exactement, à l'article 1<sup>er</sup>, de « *biens communs mondiaux* » – serait également de nature, selon l'exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle, à **répondre au besoin d'une plus grande coopération au niveau mondial** pour la protection de l'environnement et la promotion d'autres intérêts communs à toute l'humanité.

Les auteurs du texte déplorent, en effet, **l'affaiblissement de la coopération interétatique multilatérale**.

Plus radicalement, ils **mettent en question le modèle actuel de gouvernance ou de régulation mondiale, en tant qu'il est fondé sur la souveraineté des États**, principe cardinal du droit international public. Citant le professeur Mireille Delmas-Marty, ils considèrent que « *pour être efficaces, les solidarités supposent la responsabilité juridique des acteurs les plus puissants, autrement dit, un état de droit opposable aux États. Certes, la création d'un État mondial n'est ni faisable, ni souhaitable. En revanche, il est faisable – et urgent – de transformer la souveraineté solitaire des États en souveraineté solidaire et leurs irresponsabilités illimitées en responsabilités communes mais différenciées.* »

Ces préoccupations sont légitimes, et le rapporteur les partage en grande partie. La question est de savoir quel est le bon moyen d'y répondre.

À l'évidence, le renforcement de la coopération internationale, l'accroissement des obligations des États vis-à-vis des autres États et de l'ensemble des êtres humains, la consolidation de leur responsabilité juridique internationale, voire la mise en place de nouveaux mécanismes de décision au niveau mondial n'impliquant pas l'unanimité des États, ne passent pas d'abord par une modification des textes de droit interne, mais par la négociation et la conclusion de nouvelles conventions internationales, voire (hypothèse d'école) par la constitution d'un nouveau sujet de droit ayant compétence pour imposer ses décisions aux États.

Néanmoins, **une révision de la Constitution française serait-elle dénuée de tout effet juridique sur l'action de la France envisagée dans sa dimension mondiale – pour s'en tenir à une formulation englobante ?** La réponse à cette question appelle plusieurs distinctions.

#### **A. DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES DE FOND RELATIVES À L'ACTION DE LA FRANCE DANS LE MONDE : PRÉCÉDENTS**

À titre liminaire, il convient de noter que **le bloc de constitutionnalité comprend déjà des dispositions de fond touchant à l'action de la France dans le monde.**

Si l'on excepte le principe général selon lequel la République se conforme aux règles du droit public international, ainsi que les dispositions du titre XV de la Constitution (relatives à la participation de la France à l'Union européenne), il s'agit principalement :

- de la seconde phrase du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, selon laquelle la République française « *n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* » ;

- du quinzième alinéa du même Préambule, qui dispose que « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.* » ;

- de l'article 10 de la Charte de l'environnement, selon lequel celle-ci « *inspire l'action européenne et internationale de la France* » ;

- de l'article 87 de la Constitution, ainsi rédigé : « *La République participe au développement de la solidarité et de la coopération entre les États et les peuples ayant le français en partage.* »

**Ces dispositions n'ont, en l'état de la jurisprudence, qu'une très faible portée juridique.**

S'agissant du principe selon lequel la France consent, « *sous réserve de réciprocité, (...) aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* », visé dans plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ayant trait à la construction européenne, il a été jugé que, par lui seul, il n'autorisait aucun transfert « *de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit*<sup>1</sup> ».

Tout en reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe selon lequel la République « *n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* », le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de sa prétendue violation lorsqu'il a été saisi de la loi *relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores*<sup>2</sup>. Il n'exerce par ailleurs aucun contrôle sur la décision du Parlement d'autoriser une déclaration de guerre. Quant au Conseil d'État, il refuse également de connaître de la décision prise par les autorités de l'État d'engager les forces armées<sup>3</sup>.

Quant à l'article 10 de la Charte de l'environnement et à l'article 87 de la Constitution, ils n'ont jamais été invoqués devant le Conseil constitutionnel, non plus, semble-t-il, que devant la juridiction administrative.

#### **B. QUELLES CONSÉQUENCES SUR L'ACTION INTERNATIONALE DE LA FRANCE DE L'INSERTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS DE FOND ?**

De telles dispositions de fond, dans notre texte constitutionnel, pourraient-elles néanmoins servir de fondement à un contrôle juridictionnel de la politique internationale de la France ? Qu'en serait-il par exemple si l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution disposait, comme le prévoit la proposition de loi constitutionnelle, que la France « *garantit la préservation de l'environnement, de la biodiversité, du climat, de l'eau, de la santé, des communs informationnels et de la connaissance et des autres biens communs mondiaux* » ?

---

<sup>1</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 76-71 DC du 30 décembre 1976.

<sup>2</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 75-59 DC du 30 décembre 1975.

<sup>3</sup> CE, 5 juillet 2000, n<sup>os</sup> 206303 et 206965.

**1. De telles dispositions peuvent-elles servir de fondement au contrôle, par les juridictions internes, de l'action internationale de la France ?**

**Les actes des autorités de l'État qui se rattachent à la conduite des relations internationales de la France**, par exemple la décision d'entamer ou d'interrompre des négociations diplomatiques, **sont soustraits au contrôle de la juridiction administrative** en tant qu'« *actes de gouvernement* », conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'État. Pour les mêmes raisons, **la responsabilité de l'État ne peut être engagée** dans ce domaine, que ce soit sur le terrain de la faute ou sur celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques<sup>1</sup>. Rien ne laisse présager un renversement de jurisprudence sur ce point, ce qui est heureux : il est sain que de tels actes relèvent au premier chef, dans l'ordre interne, de la responsabilité politique du Président de la République et du Gouvernement, respectivement devant le peuple français et le Parlement<sup>2</sup>.

En revanche, **les conventions internationales auxquelles la France est partie peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, sous des conditions assez strictes et, dans tous les cas, avant que ces conventions ne soient rendues applicables dans l'ordre interne** (mais pas nécessairement avant que l'engagement de la France ne soit parfait en droit international)<sup>3</sup>.

**S'il s'agit d'un traité ou d'un accord dont la ratification ou l'approbation doit être autorisée par la loi**, conformément à l'article 53 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut être saisi :

- à tout moment avant cette ratification ou cette approbation, pour vérifier que la convention ne comprend pas de clause contraire à la Constitution, sur le fondement de son article 54 ;

- avant la promulgation de la loi autorisant la ratification ou l'approbation, pour contrôler la constitutionnalité de cette loi et, indirectement, de la convention, sur le fondement de l'article 61<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CE, 5 mars 1926, Général Gramat et a., n° 80.759, Rec. CE 1926, p. 245 ; CE, 8 mars 1968, n° 57414, Sté Rizeries indochinoises-Maïseries indochinoises, CE, 29 nov. 1968, n° 68938, Tallagrand.

<sup>2</sup> Cela n'exclut pas, notamment, l'engagement de la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations internationales, voire de ses ressortissants s'ils se rendent coupables de l'un des crimes définis par le statut de la Cour pénale internationale.

<sup>3</sup> L'entrée en vigueur d'une convention internationale résulte, en principe, de sa seule signature (accords en forme simplifiée) ou de l'échange des instruments de ratification (accords conclus suivant une procédure longue ou solennelle). Son applicabilité dans l'ordre interne dépend, quant à elle, de sa publication au Journal officiel.

<sup>4</sup> Décision du Conseil constitutionnel n° 80-116 DC du 17 juillet 1980.

En revanche, une telle loi ne peut faire l'objet après sa promulgation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le refus par le Conseil d'État<sup>1</sup> et la Cour de cassation<sup>2</sup> de transmettre de telles QPC s'explique essentiellement par le souci de ne pas remettre en cause rétroactivement les engagements de la France non plus que la légalité des actes pris pour leur mise en œuvre, ce qui porterait gravement atteinte au principe *Pacta sunt servanda*<sup>3</sup>.

**S'il s'agit d'un traité ou d'un accord n'entrant pas dans le champ de l'article 53 de la Constitution**, les choses sont plus complexes :

- une partie de la doctrine considère que le Conseil constitutionnel pourrait également être saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, avant la ratification ou l'approbation de l'accord, mais il n'a jamais été statué sur ce point ;

- la voie du recours pour excès de pouvoir est ouverte contre le décret de publication de la convention, mais si le Conseil d'État accepte alors de contrôler sa constitutionnalité externe (notamment la compétence du pouvoir réglementaire eu égard à l'article 53 de la Constitution)<sup>4</sup>, il refuse de contrôler sa conformité aux règles de fond fixées par la Constitution<sup>5</sup> ;

- il en va de même en cas de recours par voie d'exception devant la juridiction administrative<sup>6</sup>.

L'organisation du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des engagements internationaux de la France connaît donc certaines lacunes, en particulier lorsqu'il s'agit d'engagements non soumis à la procédure d'autorisation législative prévue à l'article 53 de la Constitution, ou (dans tous les cas) une fois qu'ils sont déjà entrés en vigueur dans l'ordre interne.

Néanmoins, ce contrôle existe bel et bien. **Il n'est donc pas impossible que l'inscription dans la Constitution de nouvelles règles de fond relatives à l'action internationale de la France puisse faire obstacle à ce que les autorités de l'État consentent en son nom à des engagements internationaux qui y seraient contraires.** Encore faudrait-il que ces règles soient énoncées avec une précision suffisante, ce qui, faute d'une définition

---

<sup>1</sup> CE, 14 mai 2010, n° 312305.

<sup>2</sup> Cass., crim. 17 mai 2011, n° 10-82.938

<sup>3</sup> Voir les conclusions du commissaire du Gouvernement J. Burguburu sur l'affaire précitée, RFDA, 2010 p. 709. Il faut noter, toutefois, que le Conseil d'État accepte de contrôler par voie d'action comme par voie d'exception la régularité de l'acte assurant la publication d'un traité eu égard aux exigences de l'article 53 de la Constitution. En outre, ce raisonnement ne tient pas compte du fait qu'une convention internationale n'entrant pas dans le champ de l'article 53 et conclue en forme simplifiée entre en vigueur dans l'ordre international dès sa signature, avant qu'aucun contrôle juridictionnel de constitutionnalité ne soit possible (sauf saisine préalable facultative du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54).

<sup>4</sup> CE, Ass., 18 décembre 1998, n° 181249, SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecken.

<sup>5</sup> CE, 8 juillet 2002, n° 239366, Commune de Porta.

<sup>6</sup> CE, Ass., 5 mars 2003, n° 242860, Aggoun.

juridique suffisamment acceptée, n'est à ce jour pas le cas du principe de préservation des « *biens communs mondiaux* ».

## **2. De telles dispositions peuvent-elles, par elles-mêmes, soumettre la France à de nouvelles obligations internationales ?**

**Il est, en revanche, beaucoup plus incertain que la responsabilité de l'État français puisse être engagée, dans l'ordre international, pour n'avoir pas respecté une ligne de conduite qu'il se serait lui-même fixée au niveau constitutionnel, c'est-à-dire au sommet de son ordre juridique interne.**

Les principales sources du droit international, énumérées à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (CIJ), sont les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ainsi que « *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit* ».

Selon l'opinion traditionnelle, les actes unilatéraux, tels qu'une disposition de droit interne, n'en font pas partie.

Néanmoins, **la CIJ a admis que des engagements puissent être contractés unilatéralement par des États et soient, à ce titre, susceptibles de produire des effets dans l'ordre international.** Dans un arrêt du 20 décembre 1974 portant sur un litige opposant l'Australie et la France et relatif aux essais nucléaires atmosphériques réalisés par celle-ci dans l'Océan pacifique, la Cour a ainsi considéré que les déclarations verbales du Président de la République, au cours d'une conférence de presse, annonçant la fin des essais atmosphériques, constituaient un engagement juridique produisant un effet obligatoire, sans qu'aucune contrepartie soit nécessaire, « *non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé*<sup>1</sup> ». Toutefois, pour que de telles déclarations produisent un effet obligatoire, **il faut que l'État concerné ait exprimé sans équivoque l'intention de se lier.** Par ailleurs, comme l'a relevé la Cour, **une interprétation restrictive** de ces déclarations s'impose alors<sup>2</sup>.

**Il ne semble pas, en revanche, que la CIJ ait jamais reconnu comme ayant fait naître un engagement juridique international des dispositions de droit interne, dont ce n'est pas l'objet.** Il est pour le moins spéculatif de considérer que tel pourrait être le cas à l'avenir. **Cela supposerait à tout le moins que les dispositions concernées soient rédigées**

---

<sup>1</sup> CIJ, 20 décembre 1974, Affaire des essais nucléaires (Australie c. France). Voir également CIJ, 22 décembre 1986, Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. Mali) : *en l'espèce, les déclarations du président malien n'avaient pas fait naître d'engagement juridique, faute d'avoir été prononcées dans cette intention.*

<sup>2</sup> Voir D. Alland, *Droit international public*, PUF, 2000, p. 310-328.

**en termes précis et expriment de manière non équivoque l'intention de se lier à l'égard d'autres États<sup>1</sup>. À titre d'exemple, le préambule de la constitution de la République populaire de Chine énonce que « *l'avenir de la Chine est étroitement lié à l'avenir du monde* », et que le pays « *promeut la construction d'une communauté humaine dotée d'un avenir partagé* ». Il ne semble pas que ces dispositions soient, à elles seules, de nature à engager la responsabilité de l'État chinois vis-à-vis des autres États, voire de l'humanité tout entière...**

### **C. QUELLES CONSÉQUENCES SUR L'ACTION INTERNE DES POUVOIRS PUBLICS, DANS LA MESURE OÙ CELLE-CI A DES EFFETS MONDIAUX ?**

**Des situations, des comportements ou des actes juridiques qui n'entrent pas dans les prévisions du droit international mais sont soumis au seul droit interne peuvent, toutefois, avoir des conséquences globales, qui outrepassent les frontières du territoire national.** La Constitution étant au sommet de l'ordre juridique interne, il est parfaitement concevable qu'elle puisse produire des effets sur de telles situations, comportements ou actes.

À cet égard, on a déjà relevé que **le Conseil constitutionnel a, par une décision du 31 janvier 2020, reconnu la valeur constitutionnelle de l'objectif de protection de l'environnement en tant que « *patrimoine commun des êtres humains* »**, et admis à ce titre que le législateur puisse faire obstacle à l'exportation de produits jugés dangereux pour l'environnement, quand bien même les mesures prises dans l'ordre interne ne suffiraient pas à empêcher la commercialisation de ces produits à l'étranger<sup>2</sup>.

**D'autres dispositions constitutionnelles du même type, à condition que leur contenu puisse être correctement cerné, pourraient avoir des effets juridiques semblables.** Supposons, par exemple, que l'accès de tous les êtres humains à la connaissance bénéficie d'une telle protection constitutionnelle que cela fasse obstacle, en droit interne, à l'imposition de droits exclusifs sur certains types de contenus. Le législateur pourrait alors, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, prendre des mesures visant à empêcher l'exportation de dispositifs techniques permettant de limiter l'accès à ces contenus, quand bien même il serait possible de se les procurer ailleurs.

Il est difficile, toutefois, d'extrapoler davantage à partir de cette jurisprudence récente du Conseil constitutionnel qui n'a, à ce jour, pas connu d'autre application.

---

<sup>1</sup> *Voire d'autres personnes physiques ou morales étrangères, mais alors il ne s'agirait plus, ou plus exclusivement, alors à proprement parler de droit international. Il faudrait également déterminer la juridiction compétente pour juger des litiges concernés.*

<sup>2</sup> *Voir ci-avant, l'analyse de la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.*

\*

\*            \*

Dans l'ensemble, malgré tout l'intérêt du texte proposé, et bien qu'il soit animé par des valeurs que l'on peut largement partager, **sa rédaction a paru trop inaboutie à la commission et ses effets juridiques trop incertains pour qu'elle puisse l'accepter.**

La commission des lois n'a donc **pas adopté** la proposition de loi constitutionnelle.



## EXAMEN DES ARTICLES

### Article 1<sup>er</sup>

#### Préservation des « *biens communs mondiaux* »

L'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi constitutionnelle vise à compléter le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution par une phrase selon laquelle la France « *garantit la préservation de l'environnement, de la biodiversité, du climat, de l'eau, de la santé, des communs informationnels et de la connaissance et des autres biens communs mondiaux* ».

Malgré la puissance d'attraction et le potentiel théorique de la notion de « *biens communs* », la commission l'a estimée **trop mal définie en droit pour pouvoir être inscrite au sommet de notre ordre juridique interne**. Certes, il serait envisageable (quoique inédit) d'introduire une définition dans le corps même de la Constitution. Mais on risquerait d'y perdre une partie des significations que l'on souhaite couramment attacher à cette expression. La réflexion théorique doit se poursuivre au sein de la communauté juridique avant de parvenir à une définition.

**Le sens des termes « *biens communs* » n'étant pas défini, il est d'autant plus hasardeux d'énoncer une liste non exhaustive des items susceptibles de recevoir cette qualification**. Quelle serait l'autorité chargée de compléter cette liste ? L'on risque d'offrir ainsi au juge constitutionnel une base illimitée pour opérer son contrôle, ce qui serait la source d'une grave insécurité juridique. Par ailleurs, la référence à des « *biens communs mondiaux* » est problématique, puisqu'il n'existe pas d'instance mondiale ou internationale habilitée à déterminer quels sont ces « *biens* ».

Enfin, pour les raisons déjà exposées, **la rédaction proposée ne renforcerait en rien les exigences constitutionnelles liées à la protection de l'environnement et de la santé**, même si la référence expresse au climat est peut-être symboliquement souhaitable.

La commission n'a **pas adopté** l'article 1<sup>er</sup>.

*Article 2*

**Extension du domaine de la loi aux principes fondamentaux  
de la protection du sol et de la garantie de la sécurité  
et de l'autonomie alimentaires**

L'article 2 de la proposition de loi constitutionnelle vise à ajouter au domaine de la loi, tel que défini à l'article 34 de la Constitution, la détermination des principes fondamentaux « *de la protection du sol et de la garantie de la sécurité et de l'autonomie alimentaires* ».

Pour mémoire, l'article 34 de la Constitution n'a pas pour objet d'énoncer des règles de fond, mais de fixer l'étendue de la compétence du législateur, les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ayant, conformément à l'article 37, un caractère réglementaire.

La seule question est donc de savoir si, en l'espèce, la rédaction proposée a bien pour effet d'élargir le domaine de compétence du législateur. On peut néanmoins en douter : les matières énumérées font d'ores et déjà l'objet de dispositions législatives fondées sur d'autres chefs de compétence, notamment la fixation des principes fondamentaux de la préservation de l'environnement, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, sans parler de la détermination des crimes et délits.

En réalité, l'intention des auteurs de la proposition de loi est sans doute de consacrer par ce biais de nouveaux objectifs de valeur constitutionnelle résidant dans la protection du sol ainsi que la sécurité et l'autonomie alimentaires de la nation. Il ne fait aucun doute que ces objectifs sont d'intérêt général ; la rédaction proposée rehausserait seulement le niveau de protection juridique dont ils bénéficient et élargirait ainsi la marge d'appréciation dont dispose le législateur pour les poursuivre, lorsque cela implique de porter atteinte à d'autres exigences constitutionnelles.

À cet égard, le rapporteur considère qu'il pourrait être utile de donner valeur constitutionnelle à l'objectif de sécurité alimentaire de la nation – ce qui impliquerait plutôt de modifier l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, qui comprend déjà des dispositions de fond, ou d'ajouter un nouvel article à sa suite. Les autres objectifs affichés laissent en revanche plus dubitatif. Si la « *protection du sol* » est évidemment nécessaire à la préservation de l'environnement comme à la qualité et à la quantité de la production agricole, il ne paraît pas indispensable de l'ériger en objectif distinct. Quant à « *l'autonomie alimentaire* », tout dépend de l'échelle à laquelle on se situe : s'il peut être souhaitable de rechercher l'autosuffisance alimentaire à l'échelle de l'Europe, il est certainement illusoire et sans doute inopportun de vouloir l'atteindre à l'échelle du territoire français. Ce serait en tout cas contradictoire avec l'édification d'un marché agricole commun.

La commission n'a **pas adopté** l'article 2.

Article 3

**Principe de conciliation entre le respect des biens communs,  
le droit de propriété et la liberté d'entreprendre**

L'article 3 de la proposition de loi constitutionnelle a pour objet d'ajouter à l'article 34 de la Constitution un alinéa aux termes duquel « *La loi détermine les mesures garantissant le respect des biens communs par l'encadrement du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre.* »

En première analyse, l'article 34 de la Constitution déterminant l'étendue de la compétence du législateur, cette disposition pourrait être lue comme une extension de compétence, au détriment du pouvoir réglementaire.

Il s'agit sans doute plutôt, dans l'esprit des auteurs du texte, d'un principe de conciliation entre une nouvelle exigence constitutionnelle de « *respect des biens communs* » et certains droits et libertés déjà garantis par la Constitution, considérés comme potentiellement conflictuels.

Pour les raisons déjà exposées, la commission a estimé que la notion de « *biens communs* » était trop mal définie en droit pour pouvoir être inscrite dans notre texte fondamental. Elle considère que certaines exigences d'ores et déjà consacrées par la Constitution, notamment le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé, l'objectif de protection de l'environnement en tant que « *patrimoine commun des êtres humains* », le droit à la santé, mais aussi le droit à un logement décent ou encore le droit à l'emploi, assurent déjà très largement la protection des « *biens communs* » tels que compris par les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle.

Par ailleurs, il est **superflu d'inscrire expressément dans notre loi fondamentale un principe de conciliation** entre plusieurs exigences constitutionnelles. La pluralité des droits, principes et objectifs constitutionnels implique par elle-même qu'ils puissent entrer en conflit et doivent alors être conciliés, ce à quoi le législateur s'attache quotidiennement, sous le contrôle du juge.

La commission n'a **pas adopté** l'article 3.

\*

\*

\*

**En conséquence, la commission des lois n'a pas adopté la proposition de loi constitutionnelle.**

**En application du premier alinéa de l'article 42 de la Constitution, la discussion portera en séance publique, le 10 décembre 2020, sur le texte de la proposition de loi constitutionnelle déposée sur le Bureau du Sénat.**



## EXAMEN EN COMMISSION

---

MERCREDI 2 DÉCEMBRE 2020

**M. François-Noël Buffet, président.** – Nous examinons maintenant le rapport d’Arnaud de Belenet sur la proposition de loi constitutionnelle visant, face à la crise actuelle, à construire le monde d’après fondé sur la préservation des biens communs, présentée par Nicole Bonnefoy et plusieurs autres de nos collègues.

**M. Arnaud de Belenet, rapporteur.** – Mes chers collègues, je commencerai par la fin, en vous demandant de ne pas adopter cette proposition de loi constitutionnelle, sans toutefois rejeter la notion même de biens communs.

Cette proposition de loi constitutionnelle, inscrite à l’ordre du jour du Sénat à l’initiative du groupe Socialiste, Écologiste et Républicain, est riche d’opportunités. Elle nous donne l’occasion de réfléchir à une notion qui rencontre un écho grandissant dans la société et se trouve relayée par un grand nombre d’acteurs. Il s’agit donc de tenter de la définir et de faire avancer ainsi la jurisprudence constitutionnelle, notamment en matière d’environnement.

Les auteurs du texte partent du constat des défaillances de notre modèle de développement, révélées par les crises écologique et sanitaire, la progression des inégalités sociales et la persistance du chômage. Ils relèvent également l’affaiblissement de la coopération internationale au moment même où l’interdépendance des nations et la nécessité d’une réponse globale à des problèmes mondiaux sont plus évidentes que jamais. Face à ces constats, nos collègues nous proposent un ensemble de dispositions visant, d’une part, à autoriser le législateur à porter plus largement atteinte au droit de propriété et à la liberté d’entreprendre, d’autre part, à « questionner » la notion de souveraineté étatique, en contribuant à l’élaboration d’un « État de droit opposable aux États », ainsi qu’à la transformation de la « souveraineté solitaire des États en souveraineté solidaire ». À cet effet, la proposition de loi constitutionnelle prévoit d’inscrire dans la loi fondamentale les notions de « biens communs » et de « biens communs mondiaux », dont la « préservation » ou le « respect » seraient constitutionnellement garantis – sans qu’il faille les opposer de manière systématique au droit de propriété et à la liberté d’entreprendre. Seraient par ailleurs consacrés de nouveaux objectifs de valeur constitutionnelle tenant à la protection des sols, à la sécurité et à l’autonomie alimentaires, ainsi qu’un principe de conciliation entre le « respect des biens communs », d’une part, et le droit de propriété et la liberté d’entreprendre, d’autre part.

La notion de « biens communs » peut surprendre, car elle est inconnue dans notre droit. Nous imaginons, bien entendu, que l'air, l'eau, les sols et autres ressources vitales sont concernés. Il existe en revanche, en droit international, une notion de « patrimoine commun de l'humanité », concernant notamment le droit de la mer. La décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2020 consacre également l'objectif de protection de l'environnement en tant que « patrimoine commun des êtres humains ».

Notre droit connaît, en revanche, les « choses communes », les choses « hors commerce », le domaine public dans ses diverses acceptions, des modes collectifs de propriété privée, ou encore les licences libres. Par ailleurs, il reconnaît à la puissance publique diverses prérogatives pour porter atteinte à la propriété privée à des fins d'intérêt général, telles que le droit d'expropriation, le droit de préemption, le droit d'imposer des servitudes d'utilité publique ou encore la soumission de certaines activités à un régime d'autorisation ou de déclaration.

Un grand nombre de catégories et d'institutions juridiques peuvent en principe être mobilisées pour construire des régimes visant à protéger certaines ressources et en garantir l'usage partagé.

Cela n'interdit pas de consacrer, en droit, la notion de « biens communs », à condition de déterminer quels effets juridiques seraient attachés à cette qualification. Le rapport rendu en 2008 par la commission Rodotà, en Italie, fournit, à défaut de définition transposable des « biens communs », des pistes de réflexion. Nous pourrions envisager les « biens communs » comme des « choses matérielles ou immatérielles dont l'usage et la jouissance sont nécessaires au plein exercice de droits et de libertés constitutionnellement garantis ». Néanmoins, une fois que nous aurions dit cela, nous n'aurions pas tout dit...

La notion de « biens communs » est avant tout une notion économique, son appréhension a été profondément renouvelée, à partir des années 1980, par les travaux d'Elinor Ostrom. Celle-ci a montré comment des communautés de taille limitée parviennent à organiser la gestion de certaines ressources communes – pêcheries, systèmes d'irrigation, nappes aquifères, prairies, forêts – de manière que tous les membres de la communauté puissent y accéder, dans une mesure plus ou moins étendue, sans que la ressource s'épuise. Cette gestion repose sur la mise en place, par les utilisateurs eux-mêmes, d'un système de règles socialement sanctionnées. Les analyses d'Elinor Ostrom ont ainsi remis en cause la thèse fameuse de la « tragédie des communs ».

À compter des années 1990, au moment même où le droit de la propriété intellectuelle connaissait un essor sans précédent, une réflexion théorique s'est également développée sur les « communs de la connaissance », qui a donné lieu à des mouvements tels que ceux des « logiciels libres » ou des « semences libres ».

La notion de « communs » ou de « biens communs » a par ailleurs été mobilisée au service de multiples causes militantes, en vue de combattre les méfaits réels ou supposés de politiques d'inspiration néolibérale.

Cette notion peut-elle être consacrée en droit, et à quelles fins ? La réponse à cette question appelle un travail apaisé.

Le Conseil constitutionnel a pris quelques décisions souvent présentées comme excessivement favorables au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre. En réalité, il recherche un équilibre entre les diverses exigences constitutionnelles, au moyen d'un contrôle de proportionnalité.

Dans sa décision du 8 décembre 2016, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur le « *reporting* fiscal pays par pays » institué par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, il a estimé que « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité, pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale ». Le Conseil constitutionnel a donc jugé que ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et devaient être déclarées contraires à la Constitution.

En l'espèce, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est assez prudente. Elle n'interdit pas au législateur de prendre des dispositions, même attentatoires aux droits et libertés économiques, pour lutter contre la fraude fiscale. L'apport des nouvelles dispositions par rapport au droit en vigueur était, selon le juge, non indispensable à la réalisation de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale, alors même qu'il apportait une atteinte substantielle à la liberté d'entreprendre.

La seconde décision, du 16 mars 2017, n'a pas fermé la porte à ce que le droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) soit étendu ou à ce que d'autres dispositions affectant les droits des propriétaires fonciers soient adoptées par le législateur, en vue de satisfaire à des objectifs d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel exige simplement que ces objectifs soient clairement énoncés et que les dispositions adoptées permettent effectivement de les atteindre.

En outre, on assiste depuis quelque temps à un « verdissement » de la jurisprudence constitutionnelle.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, un abondant contentieux a permis de mieux cerner le contenu et la portée juridique de ses dispositions, bien que son potentiel normatif ne soit sans doute pas totalement épuisé.

À cet égard, permettez-moi de mentionner la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008, qui a reconnu une pleine valeur constitutionnelle à l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ainsi que celle du 10 novembre 2011, qui a reconnu la valeur constitutionnelle du préambule de la Charte, de manière indirecte et à l'occasion d'une décision relative au secret de la défense nationale.

L'ensemble des droits, devoirs et principes inclus dans la Charte de l'environnement sont invocables dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Les articles 1<sup>er</sup> à 4, relatifs au droit à l'environnement et aux devoirs correspondants, ainsi que l'article 7 sont également invocables dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Le Constituant serait néanmoins dans son rôle en intervenant, soit pour clarifier certains principes et objectifs constitutionnels, soit pour en fixer de nouveaux, et donner ainsi au Conseil constitutionnel de nouvelles bases pour procéder à son travail de « mise en balance ». Il s'agirait ainsi de conforter ce « verdissement » jurisprudentiel, voire de l'anticiper, afin d'accélérer la prise en compte des enjeux liés à la protection de l'environnement.

S'agissant des droits et obligations substantiels définis par la Charte de l'environnement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est élaborée progressivement. Elle a parfois été décevante pour certains, mais les décisions rendues au cours des derniers mois semblent marquer un infléchissement.

Dans sa décision du 20 décembre 2019 relative à la loi d'orientation des mobilités, le Conseil a accepté pour la première fois de contrôler la conformité à la Constitution de dispositions de programmation, dénuées en elles-mêmes de valeur normative, en prenant pour norme de référence le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé, énoncé à l'article 1<sup>er</sup> de la Charte.

Le 31 janvier 2020, il a érigé en objectif de valeur constitutionnelle la protection de l'environnement en tant que « patrimoine commun des êtres humains ». C'est la première fois que le Conseil prend aussi nettement appui sur le préambule de la Charte, en y reconnaissant une nouvelle exigence constitutionnelle.

Par ailleurs, l'érection de la protection de l'environnement en objectif de valeur constitutionnelle, alors qu'elle n'était jusqu'à présent reconnue que comme un simple objectif d'intérêt général, a pour effet d'élargir la marge d'appréciation du législateur lorsqu'il concilie cet objectif avec d'autres exigences constitutionnelles.

Une portée extraterritoriale est, en outre, conférée par cette décision à cette nouvelle exigence constitutionnelle, au motif que l'environnement est le « patrimoine commun des êtres humains ». En l'espèce, il a été jugé que le

législateur n'avait pas porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre en faisant obstacle à l'exportation de produits phytopharmaceutiques non approuvés par l'Union européenne. Cela témoigne du fait que nos actes locaux ont un impact au-delà des frontières, dans ce monde aux enjeux globalisés.

Néanmoins, la jurisprudence reste lacunaire sur certains points, ce qui laisse toute sa place à une nouvelle intervention du Constituant. S'agissant du principe de non-régression, le Conseil constitutionnel sera amené à se prononcer prochainement. Il lui appartiendra de consacrer ce principe - ou pas. Le principe de précaution demande également à être clarifié.

Je voudrais enfin dire un mot des « biens communs mondiaux » et de leur relation avec la souveraineté de l'État.

Les auteurs de la proposition de loi constitutionnelle souhaitent contribuer à l'édification d'un nouveau modèle de gouvernance mondiale fondé sur la souveraineté solidaire, voire sur un état de droit opposable aux États. À l'évidence, le renforcement de la coopération internationale, l'accroissement des obligations des États, la consolidation de leur responsabilité juridique internationale, voire la mise en place de nouveaux mécanismes de décision au niveau mondial n'impliquant pas l'unanimité des États, reposent avant tout sur la négociation et la conclusion de nouvelles conventions internationales.

Toutefois, une révision de la Constitution française ne serait pas nécessairement dénuée de tout effet juridique à cet égard. De nouvelles exigences de fond relatives à l'action de la France dans le monde pourraient servir de base au contrôle de constitutionnalité de nos engagements internationaux. Elles pourraient également être opposables aux actes de droit interne, dans la mesure où ceux-ci ont des conséquences globales, dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel du 31 janvier 2020.

Pour produire de tels effets juridiques, les nouvelles dispositions constitutionnelles devraient avoir un contenu suffisamment clair et précis. C'est une tâche qui appartient au Constituant.

J'espère donc que cette notion de « biens communs » a suscité votre intérêt, grâce à l'initiative de Nicole Bonnefoy. Un travail mérite d'être mené sur sa traduction juridique. J'ai d'ailleurs évoqué quelques pistes de réflexion avec les auteurs de la proposition de loi, au cours des travaux préparatoires.

Peut-être manque-t-il dans notre Constitution une section regroupant les dispositions de fond, notamment les objectifs de valeur constitutionnelle. Pour ne pas encombrer l'article 1<sup>er</sup>, d'autres articles pourraient être ajoutés à sa suite. Le préambule pourrait également être complété afin de faire référence à la contribution de la France à la préservation des « biens communs mondiaux ». À l'article 34, la compétence

du législateur pour « déclarer » les biens communs – c'est-à-dire en fixer la liste – et pour en déterminer le régime pourrait être affirmée.

J'ai conscience de vous proposer une méthodologie collective inhabituelle, puisque j'encourage le travail à se poursuivre sur cette notion, tout en vous invitant à rejeter son véhicule actuel qu'est la proposition de loi constitutionnelle. Mais je ne doute pas que l'intelligence collective prévaudra. Le texte qui nous est soumis est inabouti, mais les objectifs méritent d'être partagés et nous ne saurions exprimer une hostilité brutale.

**M. Jérôme Durain.** – Monsieur le rapporteur, je vous remercie pour votre travail, dans lequel vous avez mis beaucoup du cœur, d'énergie et de réflexion. Nos échanges ont été très constructifs.

Évidemment, nous restons au milieu du gué, puisque vous demandez à la commission de rejeter ce texte, ce dont nous ne pouvons nous satisfaire. Cependant, inciter la commission à se pencher sur la notion de « biens communs » est, pour nous, une première victoire. Je ne doute pas que vous irez plus loin dans vos propositions.

J'ai noté que certains collègues avaient haussé les épaules lors de l'énoncé de l'intitulé du texte, notamment des termes « le monde d'après ». L'emphase, la grandiloquence du propos peut effrayer, mais le sujet est loin d'être exotique, et Nicole Bonnefoy ne prend pas de substances hallucinogènes... Au contraire, notre collègue est extrêmement opiniâtre, sérieuse et travaille dans le concret. D'ailleurs, un certain nombre de ses propositions de loi ont été adoptées, parce qu'elles sont ancrées dans la réalité.

La thématique des biens communs est tout à fait documentée, elle a donné lieu à un travail intellectuel et juridique solide. Les auditions que nous avons menées attestent qu'il s'agit d'une thématique émergente. Or le Sénat a été, ces dernières années, à la pointe des conquêtes juridiques les plus importantes. À titre d'exemples, je mentionnerai le travail de notre collègue Retailleau sur le préjudice écologique, celui de notre collègue Bonnefoy sur l'indemnisation des victimes de produits phytosanitaires, ou encore le texte relatif à l'écocide, même s'il a été rejeté. Le Sénat joue un rôle prospectif très particulier.

Je vous rappelle également la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Notre collègue Christophe-André Frassa, rapporteur, avait fracassé ce texte avec toute la rondeur que nous lui connaissons, puisque ses trois articles avaient été supprimés. À l'autre bout de la planète, au Bangladesh, où je suis allé visiter une usine textile, j'ai pourtant pu constater que le petit bout de droit que nous avons modifié produisait des effets au quotidien. Nous ne sommes donc pas dans un débat philosophique, nous agissons concrètement sur la vie des personnes. S'agissant de la notion de « biens communs », c'est bien cet objectif qui est poursuivi.

Nous ne devons toucher à la Constitution qu'avec une main tremblante, mais l'implication de Nicole Bonnefoy est justifiée par l'expérience. Nous constatons qu'ont été censurées, ces dernières années, au nom de la liberté d'entreprendre, des dispositions importantes relatives au *reporting* fiscal, ou encore à la protection et au partage du sol face à la spéculation foncière. Aucun d'entre nous ne conteste la liberté d'entreprendre, mais elle peut et doit s'articuler avec d'autres principes.

La notion de « biens communs » nous permettrait, sans doute, de contourner ce type d'écueil. Il s'agit d'une réflexion qui n'est pas franco-française, puisqu'en Italie la commission Rodotà, chargée d'introduire dans le code civil italien la notion de « biens communs », a permis d'engager un débat juridique.

Après les travaux pionniers de Stefano Rodotà, une définition des « biens communs », qui seraient ceux qui contribuent aux droits fondamentaux et au libre développement de la personne, qui doivent être soustraits à la logique destructive du court terme, y compris au bénéfice des générations futures, n'est pas quelque chose de fantasque. Le constat de la finitude des ressources, la nécessité d'effectuer un travail collectif supranational nous paraissent déterminants. Ce débat ne concerne pas qu'un pays ni qu'un parti.

Je terminerai mon propos par une citation. « Ce que révèle cette pandémie, c'est qu'il est des biens et des services qui doivent être placés en dehors des lois du marché. Déléguer notre alimentation, notre protection, notre capacité à soigner notre cadre de vie au fond à d'autres est une folie. » Ces mots sont ceux du Président de la République. Vous constatez donc que la notion est partout présente, et nous pouvons espérer que, durant le débat en séance, nos arguments finiront par convaincre certains d'entre vous.

**M. Jean-Yves Leconte.** – Limiter la liberté d'entreprendre pour préserver le bien commun qu'est la santé, c'est ce que l'ensemble de la planète essaie de faire aujourd'hui. La question est donc de savoir si nous devons en rester à la situation actuelle ou, compte tenu de ce que nous constatons, faire évoluer le droit pour encadrer davantage certains principes.

Nous constatons que notre modèle de développement est encore fondé – nous n'avons pas encore fini la transition néolithique – sur une certaine prédation des ressources naturelles, allant au-delà des capacités de régénération de la planète. Par conséquent, nous avons besoin de régulation, car nous ne pouvons pas faire face à cette situation en nous reposant sur l'idée que l'innovation nous permettra de courir plus vite. La question est donc posée et de plus en plus souvent, notamment pour la santé, le climat et la biodiversité.

La gouvernance mondiale actuelle n'est pas en mesure de faire face à la pandémie et aux défis organisationnels et scientifiques qu'elle implique. Par conséquent, nous avons besoin de prévoir des organisations différentes.

Répondre à ces questions au niveau national ne fonctionne pas. Si nous le pensons, au nom d'une souveraineté factice, nous perdons toute capacité d'agir. Sur ces enjeux, la souveraineté ne peut être que partagée. C'est la raison pour laquelle nous devons consacrer cette notion de « biens communs » et mettre notre pays au service de leur protection. La proposition de loi constitutionnelle n'est pas simplement une affirmation de ce principe. Sinon, nous délèguerions au juge constitutionnel le soin de placer le curseur là où il le souhaite. Les articles 2 et 3 donnent bien au législateur compétence pour fixer des bornes à la liberté d'entreprendre au nom de la défense des biens communs.

Ce texte n'a certes guère de chances de prospérer. Lançons toutefois le débat sans le tuer dans l'œuf. Ce serait une bonne chose compte tenu des enjeux.

**Mme Cécile Cukierman.** – Nous pouvons entendre les arguments avancés par le rapporteur, mais nous poursuivrons ce débat en séance, nous devons déterminer jusqu'où le champ du politique est ouvert.

Je ne m'oppose pas à cette proposition de loi constitutionnelle, même si, sous cette appellation de « biens communs », on désigne finalement, en partie du moins, les services publics qui ont été fortement mis à mal ces dernières années par les gouvernements successifs. Face à cette crise sanitaire et à la crise économique et sociale qui en découle, je ne sais pas si nous devons inventer le monde d'après, mais nous devrions au moins sécuriser ce que le monde d'avant a fragilisé, au nom de la loi du marché.

Les changements devront-ils se faire au sein d'un pays ou à l'échelle mondiale ? Cette question a animé les débats de la gauche pendant un siècle et demi. Je crois simplement qu'il convient de faire ce qui peut être fait à chaque niveau ; c'est parfois par des petits pas que les choses avancent. Monsieur le rapporteur, pouvez-vous me confirmer que cette proposition de loi constitutionnelle sera débattue en séance ?

**M. Arnaud de Belenet, rapporteur.** – Oui, ce texte sera examiné en séance dans sa rédaction initiale.

**Mme Marie Mercier.** – Je remercie le rapporteur pour son travail de fond, très précis. Il est vrai que, lorsque nous lisons le titre, nous ne pouvons que souscrire à l'idée de protéger des « biens communs » : qui serait contre ? La question est de savoir quels moyens on emploie. Rappelons-nous le texte sur l'écocide, dont j'étais rapporteur. On ne peut qu'être favorable à la préservation de la terre et de notre système environnemental. Il n'en demeure pas moins que le dispositif était inadapté !

La protection des biens communs relève davantage de la théorie économique que du droit constitutionnel.

**M. Arnaud de Belenet, rapporteur.** – Nos échanges illustrent bien la difficulté à définir et à cerner la notion de « bien commun ». L'expression est

employée au singulier comme au pluriel, nous y mettons des notions liées à l'environnement – climat, eau, biodiversité –, mais nous pouvons aussi être tentés d'y associer les services publics, ou encore la santé. Lors des auditions, certains ont évoqué la relation à la mort, la spiritualité, la pérennité de notre civilisation... C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons pas inscrire ces termes dans la Constitution sans les avoir préalablement définis avec clarté et précision. La preuve en est qu'au cours de nos échanges, l'auteure de la proposition de loi s'était inquiétée d'une proposition de définition qui, selon elle, aurait pu être interprétée comme laissant libre cours à l'action d'un exécutif peu soucieux de l'État de droit et des libertés publiques...

Ne perdons pas non plus de vue que c'est à une véritable révolution anthropologique qu'en appellent certains promoteurs des « biens communs », qui veulent rompre avec l'anthropocentrisme. Avant de toucher à la loi fondamentale, non seulement nous avons besoin d'une expertise complémentaire, mais une participation plus large du corps social est indispensable.

Quelles peuvent être les modalités de ce travail ? Ce n'est pas au modeste rapporteur que je suis de les définir, mais si nous nous accordons sur l'objectif, nous aurons parcouru une partie du chemin.

De mon point de vue, nous n'avons pas à laisser la main au Conseil constitutionnel. Il appartient au Parlement de dire la volonté du corps social.

En l'état, le texte pose un certain nombre de difficultés de forme et de fond, mais l'amender n'aurait servi à rien, sans définition et travail préalables.

**M. François-Noël Buffet, président.** – Monsieur le rapporteur, je vous remercie de votre travail.

*La proposition de loi constitutionnelle n'est pas adoptée.*

*Conformément au premier alinéa de l'article 42 de la Constitution, la discussion en séance portera en conséquence sur le texte initial de la proposition de loi constitutionnelle déposée sur le Bureau du Sénat.*



## LISTE DES PERSONNES ENTENDUES

**Mme Nicole BONNEFOY**, sénatrice, auteure de la proposition de loi constitutionnelle

### Ministère de la justice (Direction des affaires civiles et du sceau)

**Mme Aude RICHARD**, cheffe du bureau du droit constitutionnel et du droit public général

### Personnalités qualifiées

**M. Yann AGUILA**, conseiller d'État, avocat au barreau de Paris, président de la commission Environnement du Club des juristes

**M. Julien BONNET**, professeur des universités (université de Montpellier, droit public)

**M. Benjamin CORIAT**, professeur des universités émérite (université Paris-XIII Sorbonne Paris Nord, sciences économiques)

**Mme Mireille DELMAS-MARTY**, professeur émérite au Collège de France (chaire Études juridiques comparatives et internationalisation du droit)

**M. Gaël GIRAUD**, directeur de recherche au Centre national de la recherche scientifique (économie et gestion)

**M. Gaspard KOENIG**, philosophe

**M. Damien LE GUAY**, philosophe, maître de conférences à l'école des Hautes études commerciales de Paris (HEC)

**Mme Jessica MAKOWIAK**, professeur des universités (université de Limoges, droit de l'environnement)

**Mme Judith ROCHFELD**, professeur des universités (université Paris-I Panthéon-Sorbonne, droit privé)



## LA LOI EN CONSTRUCTION

Pour naviguer dans les rédactions successives du texte, le tableau synoptique de la loi en construction est disponible sur le site du Sénat à l'adresse suivante :

<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp119-419.html>