

Marie-Béatrice LAHORGUE

Maître de conférences en droit - HDR

Enseignant-chercheur au CERDACC – Université de Haute Alsace

« La science atomique n'avait longtemps intéressé que les philosophes ou les physiciens (...). Mais elle s'impose à l'attention du Droit quand elle devient acte du monde extérieur et social (...). L'histoire du Droit de l'atome, le plus court chapitre de l'histoire du droit jusqu'à présent, commence alors. »¹

Résumé : L'Association Internationale du Droit Nucléaire (AIDN) organisait en septembre 1997 à Tours son congrès annuel sur le thème : « *Le droit nucléaire : du 20^{ème} au 21^{ème} siècle* ». Vingt ans déjà que les professionnels de l'énergie nucléaire manifestent un très vif intérêt - quasi universel - pour le droit nucléaire : trente pays étaient représentés à ce congrès ainsi que les grandes organisations internationales que sont l'AIEA, l'AEN ou EURATOM. J'étais alors intervenue sur le thème : « *Le droit nucléaire à l'aube du 21^{ème} siècle : une tour de Babel ?* »² Quelle réponse est-il possible de donner aujourd'hui à cette question ? Quels ont été les apports de la recherche juridique des années 90 relative à la prévention des risques technologiques majeurs à l'élaboration du droit nucléaire au 20^{ème} siècle et à son évolution au 21^{ème} siècle ?

1. Le droit nucléaire est-il une tour de Babel au sens du terme hébreu *Babhel*, « *Babylone (...)* lieu où règne la confusion des langues. (...) assemblée où règne une grande confusion d'opinions et de discours »?³ L'étude des conditions d'élaboration de cette branche

¹ R-E. CHARLIER, *Questions juridiques soulevées par l'évolution de la science atomique*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International, 1957-1, pp.217-378

² Congrès Inter Jura 1997 de Tours, *Le droit nucléaire du 20^{ème} au 21^{ème} siècle*, Association internationale du droit nucléaire (AIDN), Ed. Société de législation comparée, 1998, pp. 391 - 416

³ Dictionnaire de l'Académie française

du droit peut sans nul doute apporter un début de réponse tant elles sont éclairantes sur son contenu et sa philosophie.

2. S'agissant du droit nucléaire, c'est dans le développement de l'activité productive de l'énergie atomique, fondé sur la pénétration progressive de l'électricité d'origine nucléaire dans l'économie nationale, que se trouve le fondement premier du droit nucléaire civil. En France, le droit nucléaire est né de l'évolution des modes d'intervention de l'Etat qui détient, depuis son origine, le monopole du contrôle et de l'utilisation de l'atome à des fins civiles et militaires. L'origine militaire des développements de l'atome explique en grande partie le traitement différencié de l'approche normative de ce risque technologique majeur.

3. Les 6 et 9 août 1945, l'ère atomique naissait avec le largage de Little Boy et Fat Man sur les villes d'Hiroshima et Nagasaki. A bord du croiseur qui le ramène aux Etats-Unis, le président Harry TRUMAN lance un dernier avertissement : « *C'est une bombe atomique (...) C'est pour sauver le peuple nippon d'une destruction totale que l'ultimatum du 26 juillet a été lancé de Postdam, mais ses chefs l'ont promptement rejeté. S'ils n'acceptent pas maintenant nos conditions, ils peuvent s'attendre à une pluie de feu qui sèmera des ruines telles qu'on n'en a jamais vu sur cette terre* ». ⁴ Cette déclaration est bien loin des préoccupations humanistes d'Albert EINSTEIN pour qui les facultés créatrices de l'Homme devaient avoir pour but l'amélioration des conditions d'existence de l'humanité. ⁵ Au cours de l'été 1939, Albert EINSTEIN écrit au président ROOSEVELT : « *Un nouveau mode de pensée est devenu nécessaire si nous voulons survivre* ». ⁶ Sans entrer dans la controverse nucléaire, il est certain qu'avec la découverte de l'atome, l'Homme a pour la première fois la possibilité de modifier, voire d'interrompre, le cours de sa propre Humanité. ⁷ Le nucléaire tissera ainsi peu à peu autour de lui un faisceau d'indices en faveur d'une image apocalyptique : « *le first use américain plus clair que mille soleils* ». ⁸

⁴ E. BAUER, *La dernière guerre ou Histoire controversée de la deuxième guerre mondiale*, Ed. Atlas, Paris, vol.10, pp. 240 et s.(cité in.)

⁵ J. LECLERC, *L'ère nucléaire*, Ed. Hachette, Paris, 1988, p.14 - H PAC, *Droit et politiques nucléaires*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1994, 246p.

⁶ E. BAUER, op.cit., vol. 4, pp.112 et s.

⁷ P. STROHL, *Ethique, droit et politique de gestion des déchets radioactifs*, Bulletin de droit nucléaire, Agence pour l'Energie nucléaire, OCDE, Paris, n°46, décembre 1990, p.10

⁸ Des témoins racontent que lorsque le père de la bombe, Robert OPPENHEIMER, vit la lumière de la première explosion dans le désert du Nouveau-Mexique, il cita les textes sacrés de l'Inde : « *Il semble qu'un millier de soleils se soient levés ensemble dans le ciel* ».

4. « L'énergie nucléaire vient-elle à son heure pour participer à la sauvegarde de la Création ? Ou bien est-ce le symbole même de la folie technicienne et destructrice qui s'est emparée de l'humanité et la conduira à sa perte ? »⁹ La catastrophe de Tchernobyl, survenue le 26 avril 1986, a probablement et malheureusement tranché le débat « par l'évidence de sa démesure ».

I . Aux origines du droit nucléaire, la perspective d'une dialectique constructive entre l'éthique et l'atome

5. C'est par le tout premier rapprochement historique entre la théorie quantitative de l'argent et la théorie du taux de change, que les docteurs hispaniques de l'Ecole de Salamanque (un groupe de théologiens et de juristes), entre morale et économie, créent la théorie du « *prix juste* » qui fait appel aux notions juridiques d'absence de violence, de fraude, de dol. C'est ainsi que sont nées au 16^{ème} siècle les premières réflexions moralistes dans le domaine des sciences juridiques et économiques. Ils ont adapté la pensée de Thomas d'AQUIN en posant le postulat que les textes sacrés ne sont plus les sources de la justice, du droit et de la morale. Ces derniers puisent en effet aussi leurs sources dans un examen attentif de la nature à la lumière de la raison. La Renaissance propagera ce nouveau mode de pensée juridique qui sera par la suite amplifié par la Réforme et les grandes découvertes scientifiques et géographiques. Les écrits de MONTESQUIEU, le retour des sciences sociales, et l'apparition de l'Humanisme favorisent à leur tour la référence à la notion d'éthique dans les réflexions des juristes du 18^{ème} siècle. Elle est alors conçue comme « *l'étude philosophique de l'action et de la conduite de l'Homme par rapport à la moralité* ». ¹⁰

6. Trois siècles plus tard, et au-regard de la précédente définition, la promotion d'une technologie qui présente des risques inacceptables pour l'Humanité, donc moralement condamnable, peut-elle être qualifiée d'éthique ? « *A qui profite l'éthique ? N'y a-t-il pas à parler d'éthique, une appropriation abusive d'une catégorie philosophique et morale en vue de promouvoir une activité ?* ». ¹¹ Et ceci même si l'on étudie séparément les utilisations civile et militaire de l'atome.

⁹ M. BOITEUX, *Le nucléaire, l'écologie et Tchernobyl*, revue Foi et Vie, juillet 1988, p.1

¹⁰ R. TERMES, *Ethique, Société et Politique Nationale*, Acte de la Convention nationale de la Convention libérale européenne et sociale (CLES), 20 juin 1992, Paris

¹¹ J. TEILLAC, *Ethique, Nucléaire et information*, Revue Générale Nucléaire, n°4, juillet-août 1991, p.309

A) Le concept de « sûreté nucléaire », quintessence du couple « science-droit »

7. Née sous le signe d'Hiroshima, l'énergie nucléaire « engendre un certain désarroi (...) rançon du progrès ». ¹² Face aux risques de dérives dans le recours à l'atome, le citoyen porte *in fine* un regard critique sur l'atome, et dans sa quête de vérité, se heurte à une difficulté : il n'existe pas *un* atome mais *deux* atomes : « *l'atome outil* » réservé aux nucléocrates et « *l'atome métaphorique* ». Ce dernier est lié à l'histoire des succès et des échecs de l'« *atome outil* ». Il illustre les limites de la société humaine à s'adapter au développement rapide des sciences en vue du bien commun. ¹³ « *De partout naît le besoin d'une science avec conscience* ». ¹⁴

8. Au 20^{ème} siècle, dès les années 50, la Commission internationale de protection radiologique (CIPR) énonce, sous la forme de recommandations, les premiers fondements éthiques du recours à l'énergie nucléaire : « *ne faire courir aucun risque inutile, et n'accepter de risques que s'ils sont faibles et si le bénéfice attendu le justifie.* » ¹⁵ « *Le réalisme paroxystique de l'énergie nucléaire porte exigence de sécurité. La démesure du nucléaire doit être maintenue dans des limites de risques socialement acceptables ; d'où la nécessité d'aménager de solides garanties sécuritaires* ». ¹⁶

9. La justification éthique du recours à l'énergie nucléaire apparaît alors comme synonyme d'une philosophie morale dite du « *risque acceptable* » fondée sur le principe d'« *optimisation* » illustrée en radioprotection par le principe ALARA (*as low as reasonably achievable*). Il qualifie juridiquement des savoirs scientifiques sur l'effet cumulé de doses de rayonnements ionisants sur l'individu et l'environnement. C'est ce même principe que le législateur refusera d'appliquer aux rayonnements non ionisants lors de l'adoption de la loi du 9 février 2015 *relative à la sobriété en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques*.

10. La problématique de *l'acceptabilité sociale du risque* est connue des exploitants nucléaires et des autorités de sûreté nucléaire. Face à une technique dont il ne maîtrise ni

¹² M. BOITEUX, op.cit., p. 8

¹³ Ph. SIMONNOT, *Les nucléocrates*, Presses universitaires de Grenoble, 1978, 340p - F. PRAX, Y. PELICIER, *Ethique et information*, Revue Générale Nucléaire, n°2, mars-avril 1982, pp. 120-121

¹⁴ E. MORIN, *Science avec conscience*, Ed. Fayard, Paris, 1990, postface

¹⁵ La CIPR, créée en 1928, est une organisation non-gouvernementale dont l'objectif est d'apprécier l'état des connaissances sur les effets des rayonnements afin d'identifier leurs implications du point de vue des règles de protection à adopter.

¹⁶ H. PAC, *Les politiques nucléaires*, Que sais-je ? n°3026, P.U.F, Paris, 1995, p.93

l'objet, ni les applications, le citoyen cherche « *une réflexion rationnelle et raisonnée* » qui lui permette de se situer par rapport à lui-même et à la société dans laquelle il évolue.¹⁷ Quel est alors le « *niveau acceptable de risque* » que doit prendre en considération l'autorité de sûreté nucléaire (ASN) au regard de l'opinion publique pour déterminer *in fine* le bon niveau de sûreté ?

11. Lors de la délivrance de l'autorisation d'une installation nucléaire de base (INB), l'ASN examine l'opinion de la société quant au niveau de risque « *acceptable* » tout en tenant compte du niveau le plus récent des connaissances scientifiques et techniques. Pour la France, le code de l'environnement fait référence aux « *meilleures pratiques internationales* » (Art. L. 593-18 C. env.). En réalité, bien avant même l'inscription du principe de précaution à l'article 5 de la Charte de l'environnement, les acronymes ALARA, ALARP¹⁸ et SAHARA¹⁹ traduisaient le niveau de risque acceptable perçu par l'opinion publique.

11 C'est le traité Euratom du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) qui a instauré des « *normes de base* »²⁰ définies comme les « *doses maxima admissibles avec une sécurité suffisante, les expositions et contaminations maxima admissibles et les principes fondamentaux de surveillance médicale* ». A la fin des années 60, cet objectif est traduit par l'expression « *as low as possible* ».

12 Au milieu des années 70, le principe ALARA apparaît reposant sur trois principes :

- le principe de justification par lequel l'utilisation des rayonnements ionisants doit être justifiée au regard des inconvénients qu'elle est susceptible d'engendrer ;
- le principe d'optimisation par lequel les expositions doivent être réduites au niveau le plus bas possible compte tenu des impératifs économiques et techniques ;
- le principe de limitation des doses qui instaure des seuils d'exposition à ne pas dépasser.

¹⁷ F. SERUSCLAT, Rapport n°2588 de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) *Eléments préparatoires à une réflexion éthique*, Assemblée Nationale, 28 février 1992, p.31

¹⁸ As low as reasonably practicable - niveau le plus faible qu'il soit raisonnablement possible d'atteindre dans la pratique.

¹⁹ Safety as high as reasonably achievable - niveau de sûreté le plus élevé qu'il soit raisonnablement possible d'atteindre.

Le principe SAHARA est proche du principe ALARA utilisé en radioprotection et du principe BATNEEC* utilisé en protection de l'environnement, et parfois confondu avec un autre principe « *best available technology* » (BAT) *Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost. Meilleures Technologies Disponibles n'Entrainant pas de Coûts Excessifs : Principe introduit par la directive n° 84/360/CEE du 28 juin 1984 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles.

²⁰ Article 30 Chapitre III

13 Le niveau d'acceptabilité du risque varie en réalité selon les pays et les opinions publiques. En France, les différents baromètres définissent le « *niveau de risque acceptable* » comme celui résultant de « *la confrontation constante entre le souhaitable et le possible* ». ²¹ Il s'agit là de ce que nos voisins appellent le « *paradoxe français* ». Dans cette perspective, « *la culture du risque assure, incontestablement, l'acceptabilité d'un risque* »²² et favorise la prise en considération des savoirs dans la fabrique de la norme législative. L'« *acceptabilité sociale* » du risque nucléaire est le fondement de l'éthique d'action de l'activité nucléaire. « *Elle exige un certain principe de proportionnalité* ». ²³ Mais compte tenu des enjeux sécuritaires et énergétiques en présence, ce risque est-il *par essence* acceptable ?

14 A la fin du 20^{ème} siècle, le développement de l'approche analytique des grands problèmes contemporains a engendré un renouveau important du discours éthique (éthique des affaires, bioéthique, éthique et environnement). On peut au-demeurant considérer qu'il est concomitamment à l'origine des premières démarches dites de « *responsabilité sociétale des entreprises* » (RSE).

15 Au début du 21^{ème} siècle, la controverse systématique cède peu à peu – dans tous les secteurs d'activités à risques – le pas sur la formulation raisonnée de choix éthiques permettant de « *piloter les domaines de progrès selon les finalités de justice, de solidarité et de paix* ». ²⁴ La tendance généralisée au 21^{ème} siècle à poser systématiquement l'éthique comme « *mesure de l'évaluation scientifique* » ne doit pas pour autant réjouir les juristes car elle met en lumière la crise de la pensée juridique et de la philosophie du droit, la perte d'influence de la norme juridique dans l'approche des risques technologiques majeurs. D'une manière plus provocatrice, le Pr. Raphaël ROMI affirmait à la fin du 20^{ème} siècle : « *Le droit limite la science, la science culbute le droit* ». ²⁵ Au 21^{ème} siècle, le juriste, le philosophe et le déontologue ont cédé leur place dans les grands débats sociétaux aux experts et aux « *représentants d'intérêts* ».

²¹ OCDE Nuclear Energy Agency (NEA) Etude *Improving versus maintaining safety*, 2002, 36 p. et S. EMMERECHECHTS, Ch. RAETZKE, B. OKRA, *Aspects juridiques et réglementaires de l'exploitation à long terme des centrales nucléaires dans les pays membres de l'OCDE*, Bulletin de droit nucléaire, n°87, vol. 2011/1, p.52

²² V. ERNE-HEINTZ, *Faut-il prêcher le pire pour apprendre à le gérer ?*, in *liber amicorum Risques, accidents et catastrophes* en l'honneur du pr. M-F. STEINLE-FEUEBACH, Revue Riséo, 2014, p.57

²³ Monseigneur G. DEFOIS, *Pour une éthique de l'énergie nucléaire*, Les Cahiers de l'Institut Catholique de Lyon, Ed. Université Catholique de Lyon, n°22, 1990, p.42

²⁴ Mgr. G. DEFOIS, op.cit.

²⁵ R. ROMI, *Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle*, AJDA, 20 juin 1991, p.437

16 Par ailleurs, ne faire reposer des choix éthiques que sur une philosophie du risque acceptable a une portée limitée car elle est fonction du risque perçu qui varie d'un individu à l'autre. Les différentes crises environnementales et sanitaires ont modifié l'acceptabilité sociale des risques et se sont traduites par la multiplication des normes : « *une conséquence de la société des experts, qui se sont substitués aux penseurs, mais aussi aux prophètes* ». Cette hégémonie des normes a été accompagnée d'une démultiplication des contentieux.²⁶ Dans son rapport d'activité 2014, le Conseil d'Etat constatait lui-même « *une augmentation tendancielle préoccupante* » de son contentieux.²⁷ Le recours contentieux est devenu un mode de régulation sociale, en particulier du fait des associations de protection de l'environnement qui élaborent de véritables stratégies guerrières. Une étude récente a révélé la stratégie de contestation *ex ante* des différents opposants à un projet industriel dans trois régions (Auvergne, Rhône-Alpes et Bretagne).²⁸

17 Les débats contemporains sur les risques dits « *émergents* » qu'ils soient « *invisibles* » (les ondes électromagnétiques) ou « *infiniments petits* » (les nanomatériaux) révèlent les limites de cette philosophie de la confrontation du « *souhaitable* » et du « *possible* ». Elle enferme les citoyens et les hommes politiques dans « *un dilemme du prisonnier* » (pour reprendre un terme employé en théorie des jeux) les contraignant à choisir une éthique parmi des éthiques polymorphes. La norme morale ne suffit plus « *à tracer une frontière incontestable* » entre les différents niveaux de risque acceptable et inacceptable.

18 Faire le choix d'une éthique à propos de l'énergie nucléaire nécessite la recherche préalable « *d'un point d'interface entre les fins du droit et celles de la technique nucléaire* »²⁹ dont une partie de la doctrine considère qu'elles sont identiques à celles de la vie publique et couvertes par « *des mots vagues qui ont au moins le mérite de rappeler que toutes les fins du droit public moderne (...) sont intéressées à ce que l'atome soit employé de telle façon plutôt que de telle autre (...)* Ces mots sont : bonheur et joie, vérité, sécurité, santé, prospérité,

²⁶ C. ENCKELL, *Comment réconcilier simplification des normes et protection de l'environnement ?*, Le Cercle des Echos, 14 mai 2013

²⁷ O. DUFOUR, *Une augmentation tendancielle préoccupante du contentieux administratif*, Petites Affiches, 4 juin 2015, n°111, p.4 - Conseil d'Etat, rapport public 2015, La Documentation française, Coll. Rapports et études, 427p.

²⁸ HAÏ VU PHAM, Ph. JEANNEAUX, *Droits d'usage et environnement : ce que nous enseignent les recours concernant les installations classées dans trois régions françaises*, VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement (En ligne) Hors-série 20, décembre 2014, mis en ligne le 15 décembre 2014

²⁹ P. STROHL, *op.cit.*, p.13

liberté et égalité des nations, solidarité internationale ». ³⁰ Dès 1956, ces mots sont énoncés au Statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) : « *Buts des Nations-Unies : hâter et accroître la contribution de l'énergie atomique à la paix, la santé et la prospérité dans le monde entier (...) agir pour le plus grand bien général dans toutes les régions du monde* ».

19 La notion de « *risque* » recouvre par essence un certain nombre d'éléments d'appréciation subjectifs de la notion de « *sûreté* » qui rendent à terme inopérant le principe d'acceptabilité par tous du risque nucléaire. Il existe un « *clivage entre appréciations objectives et subjectives de la sûreté* ». ³¹ Le risque nul n'existe pas. « *Nous vivons dans un univers de risques : les uns sont d'origine naturelle, les autres sont le fait des hommes, de leurs activités, de leur agressivité, de leur carence ou de leur ignorance* ». ³²

20 « *Le nucléaire implique l'existence de risques. Le seul fait que Tchernobyl ait existé nous interdit de le nier* » expliquait alors Rémy CARLE, directeur général adjoint d'EDF. ³³ La catastrophe de Fukushima a depuis malheureusement apporté une ultime confirmation à cette théorie du risque nucléaire. L'explication donnée alors sur l'origine de la catastrophe de Tchernobyl tenait en quelques mots : *une philosophie de la sûreté inadéquate*. ³⁴

21 Dans les années 80, et au-lendemain de la catastrophe de Tchernobyl, la sûreté nucléaire devient une donnée fondamentale de l'écologisme en Europe, notamment sous la pression des mouvements écologistes au moment des élections municipales et européennes de 1989. La sûreté nucléaire est réorganisée en France. L'ancienne Direction de Sûreté des Installations Nucléaires (DSIN) est placée à parité sous la tutelle des ministres de l'industrie et de l'environnement. Cette situation est tout à fait singulière au regard des autres Etats européens puisque deux ministres exercent conjointement leur responsabilité en termes de contrôle de la sûreté nucléaire « *garantissant ainsi à la fois la compétence et la crédibilité du secteur au niveau international* ». ³⁵

³⁰ R-E CHARLIER, op.cit., pp. 223-235

³¹ G. WILD, *L'économie soviétique d'après Tchernobyl*, revue Politique Etrangère, n°3, 1986, p.744

³² D. QUENIART, *Qualité et sûreté des installations*, Revue Générale Nucléaire, n°4, juillet/septembre 1976, p.302

³³ R. CARLE, *Le développement nucléaire dans l'Europe de demain*, Revue Générale Nucléaire, n°1, janvier-février 1993, p.15

³⁴ R. CARLE, op.cit., p.15

³⁵ A-C. LACOSTE, directeur de la sûreté des installations nucléaires, Congrès Inter Jura 1997 de Tours, *Le droit nucléaire du 20^{ème} au 21^{ème} siècle*, Association internationale du droit nucléaire, Ed. Société de législation comparée, 1998, pp. 1-15

22 Dans le même temps, la sûreté nucléaire révèle un paradoxe de nature politique, celui des souverainetés nucléaires nationales. Si à la fin du 20^{ème} siècle, la Communauté européenne dispose de compétences en matière de radioprotection, le traité Euratom établit clairement que la sûreté nucléaire est de la responsabilité des Etats membres et pas une compétence communautaire. Les Agences internationales n'ont pas de pouvoir réglementaire autonome. Elles édictent des guides de sûreté qui relèvent davantage de la soft law.

23 Dans un arrêt du 10 décembre 2002 (Aff. C-29/99 Commission des Communautés européennes c/ Conseil de l'Union européenne), la Cour de justice de l'union européenne (CJUE), considérant « (...) *qu'il ne convient pas d'opérer une séparation artificielle entre la protection sanitaire de la population et la sûreté des sources de radiations ionisantes* », conclut que dans les domaines concernant l'établissement d'un cadre législatif et réglementaire pour régir la sûreté des installations nucléaires, les mesures relatives à l'évaluation et à la vérification de la sûreté, l'organisation pour les cas d'urgence, le choix du site d'une installation nucléaire, la conception, construction et exploitation d'installations nucléaires, il existe une compétence communautaire dans le domaine de la sûreté nucléaire en lien direct avec le traité Euratom (Chapitre III).

24 Marquant l'ouverture de nouvelles voies juridiques en matière de sûreté nucléaire, cette jurisprudence a permis l'adoption, le 30 janvier 2003, de deux propositions de directives regroupées sous le titre de « *paquet nucléaire* ». La première définit les principes généraux dans le domaine de la sûreté nucléaire. La seconde est relative sur la gestion du combustible irradié et des déchets radioactifs. Malheureusement, en raison de l'opposition de plusieurs Etats, ce « *paquet* » ne sera pas adopté.

25 Le 17 juillet 2007, la Commission crée le « *Groupe européen à Haut Niveau* » (GHN) sur la sûreté nucléaire et la gestion des déchets qui s'appellera plus tard ENSREG (*European Nuclear Safety Regulators Group*). Le 26 novembre 2008, une nouvelle proposition de directive renforçant le rôle des Autorités de sûreté nucléaires dans l'Union européenne est adoptée. La directive 2009/71/Euratom du Conseil du 25 juin 2009 *visant à établir un cadre communautaire permettant d'assurer la sûreté nucléaire au sein de la Communauté européenne de l'énergie atomique* met ainsi un terme à un demi-siècle de vide législatif nucléaire européen et clôturera le débat sur la compétence de la Communauté en la matière.

26 Dans le même temps, la fin du 20^{ème} siècle fut marquée par la préparation des deux grandes conventions internationales dans le domaine de la sûreté sous l'égide de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique (AIEA)³⁶. 84 pays ont adopté en la matière « *la même mécanique, les mêmes principes, la fixation de rendez-vous tous les trois ans avec un même espoir : un entraînement collectif vers le progrès* ». ³⁷ La convention a rallié des pays aussi différents que ceux de l'ancienne Union soviétique, les pays occidentaux, les Etats du Nord et du Sud, des Etats dotés ou non d'une législation nucléaire. La convention de Vienne sur la sûreté a constitué une avancée majeure dans l'élaboration d'un cadre juridique international harmonisé. Elle a posé des principes fondamentaux repris par tous les Etats signataires : adoption au niveau national des cadres législatifs, réglementaires et administratifs distincts, création d'autorités de sûreté nucléaire nationales indépendantes, exigence de la délivrance d'une autorisation d'exploitation, création de systèmes nationaux d'inspection et de contrôle, systèmes de suivi des mesures et des pénalités, responsabilité dite « *objective* » de l'exploitant, mécanisme des garanties financières et reconnaissance du principe ALARA.

27 Si tous ces points constituent indéniablement des avancées majeures dans l'élaboration du droit nucléaire, la véritable innovation - dérogatoire à toutes les règles du droit international public alors en vigueur - a résidé dans la tenue de *réunions d'examen périodiques (review meetings)* entre les Etats tous les trois ans dans un domaine classé « *secret défense* » : la sûreté nucléaire. Ce n'est pas le choix d'un système organisé autour d'une juridiction internationale qui a été fait mais celui d'un système de « *revue des pairs* », « (...) *une espèce de pari en la capacité collective de progrès via la discussion* ». ³⁸ Cette idée s'inspirait d'une notion utilisée en diplomatie au début du 20^{ème} siècle : le « *concert des nations* ». Au moment de l'adoption de la convention de Vienne, aucun autre secteur industriel n'a adopté une telle démarche internationale d'harmonisation technique et juridique. C'est encore le cas aujourd'hui.

B) Apport de l'épistémologie juridique à l'appréhension du risque technologique majeur d'origine nucléaire

³⁶ La Convention sur la sûreté nucléaire adoptée le 17 juin 1994 par la Conférence diplomatique du 14 au 17 juin 1994. La Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs a été adoptée le 5 septembre 1997 par la Conférence diplomatique du 1er au 5 septembre 1997.

³⁷ A-C. LACOSTE, op.cit., p.14

³⁸ A-C. LACOSTE, op.cit., p.14

28 Sous le vocable « épistémologie », emprunté de l'anglais *epistemology*, lui-même composé à l'aide du grec *epistêmê*, « science, connaissance », et *logos*, « discours, traité », et dont l'usage ne remonte guère qu'au 19^{ème} siècle, se dissimule « l'étude critique des sciences, destinée à déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée » (Dictionnaire Robert) ou « l'examen critique des principes et méthodes qui gouvernent les sciences » (dict. Académie française). « L'épistémologie juridique » paraît ésotérique car l'association du vocable au domaine du droit n'est pas communément admise dans les universités françaises. « Si la fonction de l'épistémologie est bien de définir les rapports entre la philosophie et la science, celle de l'épistémologie juridique est dès lors d'étudier la science du droit et non le droit lui-même ». ³⁹

29 Rares sont les auteurs qui se sont intéressés au sujet. Christian ATIAS a publié l'un des rares ouvrages sur la question, s'attachant à « la connaissance du droit », à l'activité de recherche plus qu'à l'objet de la recherche, ce qu'il nomme « l'épistémologie juridique descriptive (...) comprendre ce que les juristes cherchent à connaître, apprécier les moyens qu'ils emploient et déterminer quelle peut être l'influence de ces procédés de connaissance du droit sur ce droit qui en est l'objet ». ⁴⁰ L'épistémologie s'avère donc être l'étude de l'épistémè propre aux juristes. ⁴¹

30 De l'éthique à l'épistémologie, il n'y avait qu'un pas que certains auteurs n'ont pas hésité à franchir. ⁴² Face aux crises successives des sciences dont chacune, à l'apex de sa puissance, passa par le voisinage du danger de mort (atome et bombe, chimie et environnement, génétique et bioéthique), le philosophe Michel SERRES postule la supériorité d'une approche juridique dans la formulation de choix éthiques à propos des grands risques industriels. ⁴³ C'est cette approche juridique à la lumière de nouveaux paradigmes qui crée tout l'intérêt de la discipline juridique dans l'étude des rapports *droit/science*. Le droit permet de

³⁹ J-L. BERGEL, *Notes de lecture*, Revue internationale de droit comparé, 4-1986, p.1216

⁴⁰ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 n°4, octobre-décembre 1986. pp. 1216-1218 URL http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_4_2563.

⁴¹ A l'occasion d'un débat avec Noam CHOMSKY en 1971, Michel FOUCAULT (*Les mots et les choses* – 1966) a défini ainsi cette notion qu'il finira par abandonner : « saisir les transformations d'un savoir à l'intérieur à la fois du domaine général des sciences et, également, à l'intérieur du domaine en quelque sorte vertical que constitue une société, une culture, une civilisation à un moment donné ». L'épistémè d'une époque renvoie à une façon de penser, de parler, de se représenter le monde, qui s'étendrait très largement à toute la culture : P. JUIGNET *Michel Foucault et le concept d'épistémè. Philosophie, science et société* [en ligne]. 2015. www.philosciences.com

⁴² J-M. SALANSKIS, *Éthique et Épistémologie*, Le Cahier (Collège international de philosophie) n° 4, novembre 1987, PUF, pp. 210-213 URL: <http://www.jstor.org/stable/40972461>

⁴³ M. SERRES, *Le contrat naturel*, Ed. Françoise BOURIN, Paris, 1990, p.145

rapprocher « *les valeurs les plus souhaitables* » par la Société et « *leur transposition dans la réalité sociale* ». ⁴⁴

31 Les conditions d'élaboration d'une réglementation peuvent être particulièrement éclairantes sur son contenu. S'agissant de l'énergie nucléaire, il est incontestable que le contenu de la réglementation initiale est indissociable de sa gestation, mettant en exergue la contribution du droit nucléaire à l'établissement d'une « *dialectique constructive* » entre les fins de l'éthique et celles de la science ⁴⁵, ce que Gérard TIMSIT appelle « *le dialogisme* ». ⁴⁶ La présence d'une « *dynamique dialogique* » favorise l'adaptation continue du droit à la science à laquelle il se réfère, en le dotant d'une « *normativité qui lui soit propre* ». Cette dynamique permet ainsi de pallier les effets négatifs du caractère très technique de certaines normes de fonctionnement qui exclut *a priori* le juriste en lui imposant des choix effectués par les scientifiques. Cette problématique n'est pas nouvelle. Le philosophe Michel SERRES en retrace la genèse à travers l'histoire générale des procès : « *Le droit, autrefois, l'emportait sur la science ; elle gagne désormais sur lui. Le droit prononça sur la science ; en vertu de quel savoir ? La science décide du droit. De quel droit ?* ». ⁴⁷

32 S'agissant du nucléaire, l'atome a d'abord été « *un fait essentiellement scientifique puis militaire : deux bombes au terme d'une guerre planétaire. Le droit est venu ensuite ; mais très vite* ». ⁴⁸ La réglementation nucléaire a été élaborée au fur et à mesure de l'évolution de la technique nucléaire et de son essor. De ce point de vue, l'énergie nucléaire est un exemple unique au 20^{ème} siècle où l'élaboration d'un droit a précédé la morale, a anticipé les applications industrielles de la technique considérée et leurs dangers éventuels. Champ d'investigation propice à une réflexion sur les rapports « *droit-science* », l'expression « *droit nucléaire* » associe dès son origine la double référence à une discipline juridique et à une révolution scientifique. ⁴⁹ C'est là la toute première innovation juridique au milieu du 20^{ème} siècle.

33 Afin d'appréhender toutes les dimensions de l'architecture du régime juridique des INB, il convient de revenir aux sources même de la réglementation. Dès les années 60, la

⁴⁴ P. STROHL, op.cit. p.13

⁴⁵ P. STROHL, op.cit., p.18

⁴⁶ G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, Paris, 1986, p.153

⁴⁷ M. SERRES, op.cit., p.102

⁴⁸ H. LAVAILL, *Droit nucléaire*, Collection du CEA, Série Synthèses, Ed. Eyrolles, Paris, 1979, p.3

⁴⁹ P. STROHL, *L'originalité du droit nucléaire*, Le courrier du CNRS : les Sciences du droit, avril 1990, n°75, p.42

France a fait le choix d'organiser par voie réglementaire ses activités industrielles nucléaires au moment où certains pays européens adoptent leurs premières législations atomiques. C'est ainsi que le décret n°63-1228 du 11 décembre 1963 relatif aux installations nucléaires va constituer pendant une quarantaine d'années le cadre unique d'ordre procédural du fonctionnement des INB ; posant en particulier le principe fondamental de l'autorisation de création d'une installation par décret. En revanche, il est silencieux sur toutes les questions de sûreté nucléaire et de protection de l'environnement.

34 Ce décret a vu le jour sous la pression d'impératifs d'ordre économique, sécuritaire et procédural, ceci dans un double contexte. En droit interne, la loi du 2 août 1961 contre les pollutions atmosphériques et les odeurs prévoit que « *des décrets pris en Conseil d'Etat détermineront les conditions de création, de fonctionnement et de surveillance des installations nucléaires* » (art. 8). Malgré son caractère laconique, cette disposition constituera la seule base légale du décret du 11 décembre 1963. En droit international, le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique prévoit que « *chaque Etat membre établit les dispositions législatives, réglementaires et administratives propres à assurer le respect des normes de base fixées par les directives d'EURATOM* » (lesquelles stipulaient que chaque Etat devait soumettre l'exercice des activités relatives aux substances radioactives à une déclaration et dans certains cas à une autorisation préalable).

35 A cet instant, les caractéristiques du système juridique de la production atomique sont identifiées dans le régime administratif de l'utilisation de substances radioactives et dans celui des INB au sein d'une architecture qui peut être qualifiée de « *duale* ».

36 En 1963, l'écologie n'est par ailleurs pas une donnée fondamentale de la vie politique française. Il faudra pour cela attendre les répercussions du premier choc pétrolier qui feront de l'énergie nucléaire la première « *cible* » des associations écologistes et anti-nucléaires.

37 Face à la vague de contestations sans précédent des années 70, le gouvernement français décide d'élaborer dans le domaine de la sûreté nucléaire une réglementation qui comble définitivement les lacunes du décret de 1963. Le décret n°73-278 du 13 mars 1973 portant création d'un conseil supérieur de la sûreté nucléaire et d'une direction générale de la sûreté nucléaire et de la radioprotection inscrit la première définition de la notion de « *sûreté* » à la réglementation française : « *Ensemble des dispositions techniques imposées au*

stade de la construction puis de la mise en exploitation des INB pour en assurer le fonctionnement normal, prévenir les accidents et en limiter les effets ». Le décret n°73-405 du 27 mars 1973 relatif aux INB (qui a abrogé le décret de 1963) prévoit de son côté que les pouvoirs publics prendront toutes les dispositions en vue d'assurer le fonctionnement normal des INB « *sans expositions excessives des travailleurs aux rayonnements ionisants et sans rejets excessifs d'effluents radioactifs ou gazeux dans l'environnement* ». Peut-on imaginer une telle rédaction d'un texte en 2016 ? Pourtant, le seul fait que la réglementation des années 70 prévoit un *niveau raisonnable de risque* révèle l'esprit même de la réforme, à savoir qu'un risque estimé, évalué et vécu sans expositions ou nuisances excessives devient acceptable par tous. Un consensus politique, scientifique et juridique existe alors autour de l'idée qu'une sûreté véritablement intrinsèque n'existe pas. La notion de « *sûreté* » n'est pas figée et sera élargie ensuite par le décret n°75-713 du 4 août 1975 instituant un comité interministériel de la sécurité nucléaire à toutes les mesures « *visant à prévenir les accidents ou actions de malveillance* ».

38 Cette philosophie du risque acceptable va être peu à peu rejetée par l'opinion publique comme source d'insécurité et de danger. Les décisions politiques et administratives sont vécues comme « *le fait du Prince, comme l'action d'une technocratie lointaine qui prend sans consulter les citoyens des décisions graves pour leur avenir et celui des générations futures* ». ⁵⁰ Or l'Etat de droit est avant tout un « *Etat éthique* » qui garantit à ses citoyens, la paix, la justice et la sécurité. ⁵¹ De nombreuses pressions politiques et associatives s'exercent sur les différents gouvernements à la fin des années 90 dans tous les pays industrialisés. Elles ont favorisé l'émergence de nouveaux paradigmes éthiques.

39 En France, le développement de la réglementation environnementale dès 1976, le souci d'une meilleure information du public après la catastrophe de Tchernobyl en 1986, et la problématique du couple *atome-démocratie* autour du projet de Superphénix ont joué en faveur du développement d'un droit d'intervention plus large que celui de la science atomique *stricto sensu*.

40 Ancien réacteur nucléaire définitivement arrêté en 1996, situé dans l'ex-centrale nucléaire de Creys-Malville, un décret transforme Superphénix en réacteur de recherche et de

⁵⁰ Monseigneur G. DEFOIS, op.cit., p.49

⁵¹ L. WESTERHALL, *Quelques réflexions sur le droit et l'éthique*, Bulletin de droit nucléaire, n°49, juin 1992, p.42

démonstration. Ce décret est annulé en février 1997 par le Conseil d'Etat alors que le surgénérateur était toujours à l'arrêt, au motif que la nouvelle mission confiée à Superphénix - consistant à tenter d'en faire un destructeur de plutonium, c'est-à-dire un sous-générateur plutôt qu'un surgénérateur - aurait justifié une nouvelle enquête publique. Cette décision *Superphénix* marquera un tournant important dans l'histoire du droit nucléaire et marquera de son empreinte le contentieux administratif.⁵²

II – L'option nucléaire entre exigences industrielles et impératifs de protection de l'environnement : le spectre d'un droit spécial exorbitant du droit commun

41 « En vérité, le domaine atomique n'est pas un univers à part (...) ses dimensions juridiques sont celles de tout le droit contemporain ».⁵³ Les juristes se sont intéressés à l'atome dès les années 50.

Les professeurs Jean-Marie AUBY, Claude - Albert COLLIARD et Robert-Edouard CHARLIER ont été des précurseurs en la matière. Dans les années 60, le Conseiller d'Etat Henri PUGET déclarait à propos du droit nucléaire : « *Il ne se ramène pas à une simple application de règles antérieures aux phénomènes par la nouvelle énergie. Il compte des aménagements aux principes et aux systèmes précédents. Sans doute, en raison de sa récente apparition, n'est-il pas complètement autonome : il se réfère au fonds juridique commun, il opère par emprunts, extensions, adaptations, transpositions...* ».⁵⁴ Pour d'autres auteurs, le terme de « *révolution s'impose pour exprimer l'importance du phénomène dont rend compte le lyrisme qui accompagne souvent les étonnements de l'homme* ».⁵⁵

42 Le pragmatisme a été, aux sources du droit nucléaire, l'élément déterminant pour la création de règles administratives adaptées à cette nouvelle forme d'énergie et aux risques qu'elle est susceptible d'engendrer.⁵⁶ En raison de son historicité, de l'originalité même de son objet, le droit nucléaire a participé à la création d'un régime juridique novateur de prévention d'un nouveau risque technologique majeur. S'agissant du couple *droit-atome* – et reprenant la formulation de Michel SERRES sur le couple *droit-science* au sein du *contrat*

⁵² 20 ans plus tard, le 11 janvier 2016, la Cour d'appel de Grenoble a eu à prononcer une condamnation d'EDF suite à une plainte du *Réseau Sortir du nucléaire* mais cette fois-ci dans le volet « *démantèlement* » de Superphénix (n° 15-00822)

⁵³ R-E. CHARLIER, op.cit., p.221

⁵⁴ H. PUGET, *Aspects du droit de l'énergie atomique*, CNRS, 1965/67 (2 vol.), préface

⁵⁵ J-M. RAYNAUD, *Le droit nucléaire*, Que sais-je?, n°2902, PUF, 1994, Préface

⁵⁶ P. BALEYNAUD, *Le régime juridique de la politique électro-nucléaire de la France*, Thèse pour le doctorat en droit, Poitiers, 1982, p.1015

*naturel*⁵⁷ – il est indéniable « *qu'une origine commune, abstraite et sacrée les as rassemblés* ».

43 La réglementation française des INB est un exemple unique d'adaptation du droit commun aux particularismes nucléaires. Ceci n'a pas été sans effets sur le droit préexistant : exclusion au 20^{ème} siècle de l'énergie nucléaire du champ d'application traditionnel du droit de l'environnement devenu peu à peu inadapté à la maîtrise du risque atomique (avant de le réintégrer dans son giron au 21^{ème} siècle), et transformation de la nature du risque industriel classique en risque technologique majeur. A sa manière - sous la pression du droit et de l'opinion publique - l'industrie nucléaire a joué un rôle particulier dans l'évolution des règles de protection sanitaire et environnementale.

A) Le droit du risque atomique « entre principe et exceptions »

44 A son origine, le droit nucléaire peut être défini comme « *l'ensemble des documents juridiques de nature législative, réglementaire, doctrinale, jurisprudentielle, conventionnelle (...) qui traitent de la production et des diverses utilisations possibles de l'énergie atomique, et de leurs diverses conséquences dans le domaine juridique* ». ⁵⁸ A la différence des aménagements hydroélectriques auxquels la loi du 19 octobre 1919 a fourni dès son origine un cadre législatif, le régime juridique des centrales nucléaires n'a pas fait l'objet en France d'un cadre législatif stable et synthétique, ceci contrairement aux Etats-Unis qui se sont dotés de textes législatifs dès les premières applications industrielles de l'atome. ⁵⁹

45 En France, un décret du 24 octobre 1967 a supprimé les activités entrant dans le champ d'application du décret de 1963 de la nomenclature des activités régies par la loi de 1917 sur les établissements classés. De ce fait, les INB vont relever d'une réglementation autonome et diffuse inscrite dans le cadre de divers lois et décrets relatifs à l'urbanisme, la protection de la santé publique et des travailleurs, la lutte contre les nuisances. Par exception, les activités industrielles nucléaires sont exclues du champ d'application de la loi du 19 juillet 1976 sur les ICPE. Cette particularité a d'ailleurs été rappelée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 20 juin 1984, *Association Les Amis de la Terre* : « *Les installations nucléaires de base, telles qu'elles sont définies à l'article 2 du décret n° 63-1228 du 11 décembre 1963*

⁵⁷ Op.cit., p.102

⁵⁸ B. de NERCY, *Présentation générale du droit nucléaire*, Revue Générale Nucléaire, n°2, mars-avril 1981, p.91

⁵⁹ Loi dite *Mac Mahon* du 1^{er} août 1946 modifiée ensuite en 1954 par The Atomic Energy Act

*modifié par le décret n° 73-405 du 27 mars 1973, pris en application des dispositions de l'article 8 de la loi du 2 août 1961 relative à la lutte contre les pollutions atmosphériques et les odeurs, ne sont pas soumises à la procédure d'autorisation ou de déclaration concernant les installations classées pour la protection de l'environnement ».*⁶⁰

46 Cette situation explique les difficultés rencontrées par les pouvoirs publics dans la gestion du problème des déchets nucléaires et dans l'harmonisation du régime juridique de l'ensemble des activités du cycle nucléaire. En effet, le ministère de l'environnement a toujours œuvré pour intégrer les INB dans le champ d'application de la législation ICPE, invoquant le fait que si une installation nucléaire n'est pas par nature une ICPE, elle n'en constitue pas moins un complexe industriel sur lequel peuvent être implantées des installations classées telles que des dépôts de carburant, de produits chimiques ou de sources radioactives. En revanche, le ministère de l'industrie a toujours milité en faveur d'un régime unique spécifique invoquant des critères objectifs liés à la nature particulière du risque technologique majeur susceptible d'être généré par une INB. Dépourvue de mécanismes de centralisation des risques tels que l'étude de dangers, la législation ICPE de 1976 est jugée inadaptée à l'activité nucléaire et moins protectrice que le décret de 1963.

47 Dès les années 76, le développement d'une législation favorable à la protection de l'environnement va venir remettre en cause le décret de 1963, cadre procédural fixant certes le principe fondamental de l'autorisation de création d'une INB mais silencieux en matière de sûreté nucléaire et de protection de l'environnement. En réalité, le gouvernement qui délivre l'autorisation de création de l'installation dispose d'une large liberté d'appréciation dans la fixation des prescriptions techniques à l'exploitant. L'ASN n'existe pas encore. Même si l'exploitant doit fournir de nombreux documents relatifs à la sûreté de son installation, ils sont étalés dans le temps, rendant complexe le contrôle de leur adéquation avec les impératifs de sûreté et de protection de l'environnement.

48 Dès 1982, et suite à l'accident de Seveso, la notion de « *risque majeur* » s'impose peu à peu en droit français. La directive dite « *Seveso I* » (82/501 CEE du 24 juin 1982) définit l'« *accident majeur* » comme *un événement tel qu'une émission, un incendie ou une explosion de caractère majeur, en relation avec un développement incontrôlé d'une activité industrielle entraînant un danger grave, immédiat ou différé, pour l'homme, à l'intérieur ou à l'extérieur*

⁶⁰ Conseil d'État, 5 / 3 ssr, 20 juin 1984, 40253, Recueil Lebon, p.233

de l'établissement et/ou pour l'environnement et mettant en jeu une ou plusieurs substances (art. 1-2 c). L'émergence d'un mouvement normatif tendant vers un droit d'intervention plus large que le droit nucléaire *stricto sensu* est peu à peu confirmée avec l'application successive aux INB des lois (révisées) du 10 juillet 1976 *relative à la protection de la nature* et 19 juillet 1976 *relative aux ICPE*. La dimension environnementale d'un projet d'installation est affirmée par l'exigence *d'une étude d'impact* avant toute autorisation de création d'une INB. Un décret du 23 avril 1985 complètera la réglementation INB par de nouvelles modalités *d'enquête publique* fixées par la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 *relative à la démocratisation des enquêtes publiques et la protection de l'environnement*.

49 La catastrophe de Tchernobyl va servir de catalyseur en confirmant que la sûreté ne devait plus relever de la seule compétence de l'exploitant nucléaire mais s'organiser autour d'un dialogue entre l'exploitant et les pouvoirs publics. Cette catastrophe a fait passer – y compris en France – le risque nucléaire - par son insertion dans le champ d'application de la réglementation applicable à la notion de « *risque majeur* » - du stade du « *concept virtuel* » à celui de « *concept juridique* ».

50 Jusqu'en 1986, les domaines d'activités dans lesquels se manifeste le risque technologique sont contrôlés par des administrations différentes. Les textes diffèrent selon les catégories d'activités industrielles. Une étape décisive est franchie avec l'adoption de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 *relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt, l'incendie et la prévention des risques majeurs*. Ce texte organise la centralisation des systèmes de prévention et de gestion des risques industriels et donne un cadre général aux modalités d'instruction technique d'une centrale nucléaire. La réglementation des INB contient désormais de façon expresse l'obligation pour l'exploitant d'établir *un rapport de sûreté* qui acquiert un véritable statut juridique. Son contenu est orienté sur la notion de risques de l'installation et de prévention des risques sanitaires et environnementaux. Grâce à cette législation, la réglementation française apparaît aussi protectrice que celle de ses voisins dotés de lois fondamentales en matière nucléaire. Cette évolution législative place la France dans une situation unique puisque la directive Seveso exclut de son champ d'application les INB et le traitement des substances et matériaux radioactifs (art. 2).⁶¹ Seule la France a alors intégré par voie législative les INB au régime de droit commun de la prévention des risques

⁶¹ La majorité des Etats membres a transposé en l'état la directive ; excluant de ce fait les INB alors que bon nombre d'entre eux ne disposent pas à ce moment-là de loi-cadre atomique.

majeurs. Un décret n°88-622 du 6 mai 1988 *relatif aux plans d'urgence* viendra compléter le dispositif réglementaire. Enfin, un décret n° 90-78 du 19 janvier 1990 (modifiant le décret de 1963) intégrera la notion d'*environnement* et imposera à l'exploitant l'obligation de compléter la demande d'autorisation d'une INB par *une étude de dangers* destinée au public (complétant ainsi l'étude d'impact préexistante).

51 Le particularisme et le caractère innovant du droit nucléaire résident dans une origine duale marquée, d'une part, par l'adaptation *in continuum* des textes en vue d'inclure l'ensemble des activités nucléaires dans le champ d'application du droit commun de la prévention des risques et, d'autre part, par la mise en adéquation de la règle de droit au développement de l'activité productive en tenant compte de la spécificité et de la nature du risque nucléaire. L'un des domaines où cette adéquation est la plus flagrante est sans nul doute celui de la responsabilité civile nucléaire (RCN). Compte tenu de la spécificité du risque nucléaire, le recours aux articles 1382 et 1384 du code civil aurait bloqué le développement de l'énergie nucléaire. La responsabilité encourue par l'exploitant aurait risqué d'être excessive ou - au contraire - d'être écartée par défaut d'établissement par les victimes d'un accident des liens de causalité exigés. Il a donc fallu écarter l'application des règles de droit commun et fixer un régime de responsabilité limitée en montant et dans le temps pour que la responsabilité de l'exploitant reste supportable économiquement donc assurable pour les tiers lésés (risque indemnifiable). Par ailleurs, compte tenu de la nature du risque nucléaire et de l'absence de dispositions contraignantes du droit international en la matière, il a fallu créer un régime de responsabilité civile nucléaire spécifique dite « *objective et exclusive* » : un régime de responsabilité sans faute de l'exploitant nucléaire.⁶²

52 Aujourd'hui encore, ce dispositif assurantiel est unique. Il s'agit là d'une innovation juridique majeure, traduction d'une extension de la théorie du risque au domaine de l'énergie nucléaire. La principale innovation de ce système est d'avoir relevé un défi majeur : faire coexister deux objectifs par essence contradictoires (la garantie d'une réparation adéquate et équitable aux personnes victimes de dommages causés par un accident nucléaire et celle concomitante du développement de l'énergie nucléaire). Le système de responsabilité civile nucléaire (RCN) repose par ailleurs sur deux points essentiels :

⁶² La convention de Paris du 29 juillet 1960 : loi n°65-954, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1968 et sa convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963 : loi n°65-954, entrée en vigueur le 4 décembre 1974.

- la facile désignation du « *responsable* » puisque la responsabilité est « *canalisée* » sur l'exploitant de la centrale dont la responsabilité est détachée de toute notion de faute ;
- la certitude pour les tiers lésés d'être indemnisés.

53 A la suite de la catastrophe de Tchernobyl, l'Union soviétique a refusé d'assumer la responsabilité des dommages causés aux pays voisins, insistant sur le fait qu'elle n'était liée par aucun traité international en matière de RCN. En effet, au moment de la catastrophe, l'URSS n'était pas partie à la Convention de Vienne de 1963. « *Si un moralisateur avait voulu donner une leçon de coopération internationale aux hommes, il aurait pu imaginer Tchernobyl.* »⁶³

54 Plusieurs leçons ont été tirées de la catastrophe de Tchernobyl. Tout d'abord, le régime initial de RCN a atteint ses limites et le dispositif des conventions de Paris et de Vienne demandait à être révisé. Le problème se posera à nouveau au lendemain de la catastrophe de Fukushima puisque le Japon n'était partie à aucune des conventions internationales en la matière au moment de l'accident. Par ailleurs, l'absence de caractère impératif des dispositions du droit nucléaire international illustre les difficultés qui existent à faire cohabiter les notions de « *solidarité internationale* » et de « *souverainetés nationales* ». En matière de sûreté nucléaire, le préambule des conventions de Vienne rappelle que le rôle du droit international est avant tout incitatif. Il n'existe donc pas de dispositions relatives au régime de responsabilité applicable en cas d'infraction aux conventions. Il n'existe pas non plus de dispositions internationales contraignantes de sécurité et de sûreté nucléaires. Les progrès réalisés avec le dispositif de Vienne intéressent avant tout la prévention et la réparation des accidents nucléaires. Il contient essentiellement un ensemble de mesures dites « *préventives* » : programmes d'assurance qualité, évaluations de sûreté approfondies et systématiques avant la construction et la mise en service de l'exploitation, vérification par analyse, surveillance, essais et inspections et rappel du principe d'ALARA en matière de radioprotection.

⁶³ P. STROHL, *Réalités et perspectives de l'harmonisation des législations nucléaires. Le point de vue d'une organisation internationale*. Congrès Inter-Jura AIDN Baden-Baden, 29 septembre/2 octobre 1985, p. 586 et. *Tchernobyl et le problème des obligations internationales relatives aux accidents nucléaires*, Politique étrangère, n°4 - 1986 - 51^eannée. pp. 1035-1054. DOI : 10.3406/polit.1986.3630 www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1986_num_51_4_3630

55 La catastrophe de Tchernobyl a aussi mis en lumière le manque crucial de communication de crise entre les Etats alors même que le droit du public à être informé en matière d'environnement était affirmé en droit international de l'environnement. Au plan international, la coopération intergouvernementale a joué un rôle capital dans la formation du droit nucléaire. Malgré cela, il aura fallu la catastrophe de Tchernobyl pour que le principe - issu de la jurisprudence arbitrale du Lac Lanoux⁶⁴ - de notification et de consultation soit adopté dans quatre importantes conventions signées à Vienne :

- la convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire du 26 septembre 1986 ;
- la convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique du 26 septembre 1986 ;
- la convention sur la sûreté nucléaire du 20 septembre 1994 ;
- la convention sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la gestion des déchets radioactifs du 5 septembre 1997.

56 Si la catastrophe de Tchernobyl a sans nul doute permis une accélération du processus législatif national et aussi conventionnel international, l'affirmation dans les années 90 de l'écologie politique comme donnée fondamentale de la vie institutionnelle et politique française a sans doute été pour une part importante à l'origine de cette évolution.

57 L'écologie politique est née en France en 1974 avec la candidature à l'élection présidentielle de René Dumont, agronome français militant de la première heure de la cause écologiste et du développement rural des pays pauvres. Les écologistes sont aussi présents en 1981 à l'élection présidentielle avec Brice LALONDE. Cependant, le véritable essor du courant apparaît en 1984 avec le mouvement dit *des Verts* né de la fusion du Parti écologiste et de la Confédération écologiste, mouvement de gauche ayant porté la controverse nucléaire civile et militaire en pleine guerre froide.

58 Une étape politique importante est franchie à l'élection présidentielle de 1988 puisque le candidat Antoine WAECHTER prend ses distances avec la gauche. Il fera adopter la motion « *L'écologie n'est pas à marier* » qui remportera la majorité à l'assemblée générale des Verts de 1986 en réaffirmant la stricte autonomie et indépendance idéologique et électorale du

⁶⁴ 16 novembre 1957, R.S.A. vol. XII, p.285.

mouvement. Porté par l'opinion publique, il fera 10 % aux élections européennes de 1989. Les mouvements écologistes vont alors se multiplier. En 1990, un nouveau parti apparaît *Génération écologie* dirigé par Brice Lalonde. Ce dernier a occupé trois fonctions importantes dans lesquelles il a marqué de son empreinte écologiste la législation : Secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé de l'Environnement et de la Prévention des risques technologiques et naturels majeurs (29 mars 1989 – 2 octobre 1990), Ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de l'Environnement et de la Prévention des risques technologiques et naturels majeurs (2 octobre 1990 – 16 mai 1991) et enfin ministre de l'environnement (16 mai 1991 – 4 avril 1992).

59 Dès 1990, alors que Brice LALONDE dénonce le poids du lobby nucléaire dans l'absence d'harmonisation du régime juridique de l'ensemble des activités nucléaires, il charge des groupes d'experts interministériels de proposer un régime juridique unifié pour l'ensemble des activités du cycle nucléaire. Sa volonté est d'inclure le nucléaire au droit commun de l'environnement. En juin 1992, les ministres de l'industrie et de l'environnement annoncent la présentation d'un projet de loi sur l'énergie atomique.

60 Cette annonce n'est pas une première. Le 17 octobre 1978, Paul QUILES avait déjà déposé une première proposition de loi tendant à améliorer l'information en matière nucléaire (n°592). Elle prévoyait la création d'une Agence nationale de l'information nucléaire en vue d'organiser un débat national sur l'énergie nucléaire portant sur la définition d'un nouveau plan énergétique et sur le vote d'une loi nucléaire définissant les moyens propres à assurer le contrôle par la puissance publique de l'ensemble du cycle nucléaire. Le 18 décembre 1986, Laurent FABIOUS, député, dépose une proposition de loi *relative à la sûreté nucléaire* qui vise à créer une Haute Autorité en matière de sûreté nucléaire reconnue pleinement indépendante par l'opinion publique (n°587). Elle se porterait alors garante de l'efficacité et de la transparence des contrôles techniques des installations effectués par les autorités responsables. La création d'une telle Autorité resurgira au-lendemain de la catastrophe de Tchernobyl à l'occasion des conclusions du rapport de l'Office parlementaire pour le programme d'étude sur le contrôle de la sûreté et de la sécurité des INB.

61 En 1991, une première loi, dite loi *BATAILLE*, relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs est enfin adoptée.⁶⁵ Elle dispose que « *la gestion des déchets radioactifs a haute activité et vie longue doit être assurée dans le respect de la protection de la nature, de l'environnement et de la santé, en prenant en considération les droits des générations futures* » (art.1^{er}). Si cette loi est sectorielle, son adoption marque néanmoins un tournant dans l'histoire du Parlement français. En effet, il s'agit de la première loi adoptée par le Parlement en matière nucléaire et notamment en matière de gestion des déchets radioactifs. Elle crée un établissement public en charge de la gestion à long terme des déchets radioactifs : l'Agence Nationale pour la gestion des Déchets Radioactifs (ANDRA). Pour la première fois dans le débat nucléaire, le législateur fait œuvre de transparence en définissant un processus réglementaire précis devant s'appliquer lors de la recherche d'un site pour un laboratoire souterrain de recherches. C'est ce même cadre juridique qui sera revu par la loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme *relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs* (codifiée aux articles L. 542-1 et s. C. env.). La loi *BATAILLE* intègre aussi pour la première fois des notions propres aux domaines du droit de l'environnement et du développement durable.

62 Pour remédier à l'« *acculturation difficile* » du Parlement⁶⁶, et après la Suède, l'Allemagne et le Canada, la France s'est doté en 1983, à la suite d'un vote unanime du Parlement, d'un Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques (OPECST) capable de fournir aux parlementaires français une information objective de haut niveau sur les nouvelles technologies.⁶⁷ L'Office - seul organe commun à l'Assemblée nationale et au Sénat - est né du constat par l'Assemblée nationale et le Sénat qu'ils n'avaient pas toujours les moyens d'apprécier la portée de la politique et des projets gouvernementaux dans des domaines très techniques.

63 Il a pour mission « *d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions* ». À cet effet, l'OPECST « *recueille des informations, met en œuvre des programmes d'études et procède à des évaluations.* » Dans son rapport au Parlement, Christian BATAILLE met en évidence le

⁶⁵ Loi n° 91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs

⁶⁶ H.M CRUCIS, *Le Parlement face aux sciences et technologies*, AJDA, 1991, p.448 : par « *acculturation difficile* », l'auteur entend « *appropriation difficile des données scientifiques et technologiques mal saisissables par un Parlement apparemment inadapté pour opérer dans ce champ si particulier* ».

⁶⁷ Loi n°83-609 du 8 juillet 1983 portant création d'une délégation parlementaire dénommée Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

fait que le processus décisionnel démocratique classique qui s'applique aux risques industriels doit aussi s'appliquer au secteur nucléaire. Dans le même temps, il met en garde contre toute confusion des fonctions exécutives et parlementaires. Il n'appartient ni au Parlement, ni à OPCST de se substituer aux autorités chargées d'effectuer le contrôle des installations nucléaires. Ce contrôle appartient à l'exécutif. L'Office examine uniquement le système de contrôle de la sûreté nucléaire.

64 La création de cette nouvelle instance a suscité de vifs débats car le contrôle technologique n'entrait pas traditionnellement dans le champ d'intervention du législateur. Constitutionnellement, c'est la question de la contribution même du Parlement au contrôle technologique et au choix des grandes options énergétiques nationales qui est posée. Pour accompagner le Parlement dans ses missions, il est proposé que l'Office soit doté d'une compétence particulière d'information sur le fonctionnement des installations nucléaires par la nomination d'un rapporteur permanent auprès du Parlement et en liaison constante avec les organismes permanents. Quelle est néanmoins la réalité du pouvoir parlementaire dans les choix scientifiques, technologiques et énergétiques nationaux à la fin du 20^{ème} siècle ?

65 Au-lendemain de la catastrophe de Tchernobyl, le Parlement français – à l'occasion de différents rapports – marque sa volonté de remédier à l'éclatement des textes régissant la notion de risque majeur. En effet, « *la catastrophe de Tchernobyl a brutalement révélé le caractère indivisible de l'environnement* ». ⁶⁸ La dimension transfrontière du risque nucléaire marque les limites même des solutions juridiques traditionnelles. La prévention et la maîtrise du risque atomique incitent les parlementaires à adopter des solutions juridiques innovantes en faveur de l'harmonisation du droit nucléaire afin de favoriser le règlement des relations internationales et surtout l'indemnisation des victimes d'accidents nucléaires.

66 Dans le même temps, Gérard ERRARA, Gouverneur pour la France auprès de l'Agence Internationale pour l'Energie Atomique (AIEA), n'hésite pas à qualifier de « *Tour de Babel* » la réglementation qui se voudrait universelle et qui deviendrait nécessairement une simple accumulation de règles hétéroclites avec pour première conséquence, une dégradation de la sûreté nucléaire. ⁶⁹ Pourtant, l'adoption d'une loi-cadre régissant l'ensemble du cycle nucléaire aurait alors pour avantage d'offrir une parfaite lisibilité de la hiérarchie des normes ;

⁶⁸ A. KISS, *L'état du droit de l'environnement. Problèmes et solutions*, Journal du Droit international, 1986, p.751

⁶⁹ Notes d'information, publication groupe CEA, mars-avril 1987, p.10

garantissant ainsi une totale transparence en matière nucléaire. Dans le même sens, Jean-Yves le DEAUT, membre de l'OPSCT, déclare : « *La transparence est une exigence de la démocratie. La transparence contribue également à l'accroissement toujours nécessaire du niveau de sûreté et de sécurité des installations industrielles de tout type et en particulier nucléaire* ». ⁷⁰ De son côté, le doyen BOURJOL considère que la complexité des rapports qu'entretient la démocratie avec l'atome réside précisément dans l'absence de dispositions législatives nationales précises. ⁷¹

67 Les arguments en faveur d'une loi-cadre mettent en exergue le fait qu'une claire répartition des compétences et des responsabilités de l'ensemble des acteurs permettrait d'assurer l'exercice du pouvoir démocratique dans le débat nucléaire, garantie d'un niveau optimal de sûreté, et d'une conciliation raisonnée entre les exigences d'indépendance énergétique de la nation et les impératifs des nouveaux droits à la fin des années 90.

68 En marge de ce débat doctrinal, la controverse nucléaire enfle autour des différentes déclarations gouvernementales annonçant au-lendemain du premier choc pétrolier – au nom de l'indépendance énergétique de la nation – le développement du parc électronucléaire français. Le rôle de l'Etat dans l'élaboration des choix énergétiques et celui des institutions spécialisées dans le contrôle de la sûreté nucléaire font l'objet d'une vive contestation de la part des lobbies pacifistes et anti-nucléaires. ⁷²

69 Certaines voix se font entendre, y compris au sein des institutions nucléaires, pour considérer que l'âge d'or de l'atome est achevé à la fin du 20^{ème} siècle. Le public ne peut désormais plus se contenter d'accepter des choix technologiques mais entend participer à ces deniers soit directement, soit par ses représentants élus. Une nouvelle démocratie doit voir le jour. A la fin des années 90, la controverse nucléaire atteint son paroxysme. « *Les évocations destructrices de cette énergie sont devenues inséparables de ce qui semble être le plus rationnel des débats* ». ⁷³ De l'utopie technologique en passant par l'âge d'or de l'atome,

⁷⁰ Proposition de loi tendant à la création de commissions départementales d'information et de surveillance des sites nucléaires civiles, rapport à l'Assemblée nationale sur la gestion des déchets très faiblement radioactifs, n°2624, 2 avril 1992, annexe III

⁷¹ M. BOURJOL, Ch. LE LAMER, Rapport *Energie et démocratie*, n°36, 6 et 7 octobre 1981, à l'occasion de l'adoption du programme d'indépendance énergétique, Documentation française, 1982, 200p.

⁷² D. TURPIN, *Le rôle de l'État dans l'élaboration des choix énergétiques et le rôle plus spécifique des différentes institutions publiques en France*, Les Cahiers de droit, vol. 24, n° 4, 1983, p. 737-758, URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042568ar> DOI: 10.7202/042568ar

⁷³ S-R WEART, *La controverse nucléaire et ses origines*, AIEA, Bulletin, 3/1991, pp. 6 et s.

l'énergie nucléaire est entrée bien malgré elle dans une nouvelle ère, celle du soupçon.
« *L'imagerie changeait d'âme* ». ⁷⁴

B) L'entrée de la notion de « patrimoine commun de la nation » dans le droit de l'eau : une ultime transition juridique pour l'énergie nucléaire

70 La loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau marque l'entrée de la notion de « *patrimoine commun de la nation* » dans le droit commun de l'eau : « *L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, est d'intérêt général* » (art. 1^{er}). ⁷⁵ Certes, déjà mentionnée à l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1976 *relative à la protection de la nature*, l'inscription de la notion de « *patrimoine commun de la nation* » à la loi sur l'eau marque la volonté du législateur de faire entrer les données de l'écologie moderne dans le champ de l'application de l'article 34 de la Constitution. Sa volonté sera finalement inscrite dans le marbre de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 qui a ajouté l'alinéa « *de la préservation de l'environnement* » à l'article 34, et inséré dans le préambule de la Constitution la référence à la Charte de l'environnement de 2004 qui consacre elle aussi dans son Préambule la notion de « *patrimoine commun des êtres humains* ».

71 Viendra ensuite la loi du 2 février 1995 - dite loi *BARNIER* - relative *au renforcement de la protection de l'environnement* qui modifie l'article L.110-1 C. env. : "*I. - Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation* ». L'entrée de cette notion en droit commun a sans nul doute été sous-estimée par la doctrine. Pourtant, l'apport des valeurs sociales de l'accès à l'eau a été fondamental dans la reconnaissance de la portée juridique de notions précédemment appréhendées comme simples déclarations de principe. ⁷⁶ Par ailleurs, l'article 1^{er} de la loi du 2 février 1995 introduit définitivement en droit français plusieurs principes issus de la Déclaration de Rio de juin 1992 sur l'environnement et le développement. Ces mêmes principes sont par ailleurs cités à l'article 130R du Traité de l'union européenne. Elle donne

⁷⁴ S-R WEART, op.cit.

⁷⁵ Le droit international de l'eau avait consacré la notion de "patrimoine commun de l'humanité" mais la France retiendra une notion plus restrictive.

⁷⁶ N. BELAÏDI, A. EUZEN, *De la chose commune au patrimoine commun. Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau*, Mondes en développement 1/2009, n° 145, p. 55-72 URL : www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2009-1-page-55.htm. DOI : [10.3917/med.145.0055](https://doi.org/10.3917/med.145.0055). et I. SAVARIT, *Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?*, RFDA 1998, p 303-316.

aussi une nouvelle rédaction à l'art. L. 200-1 du code rural qui indique désormais que « *Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation* ». Leur protection et leur gestion sont d'intérêt général et s'inspirent de quatre grands principes : les principes de précaution, pollueur-payeur, d'action préventive et de participation. L'intégration en droit interne de ces principes marque davantage encore à la fin du 20^{ème} siècle « *la dimension symbolique du principe de légalité* » qui reste la pièce-maîtresse de l'architecture juridique de l'atome civil.⁷⁷ La France est montrée du doigt par la communauté internationale et celle d'Euratom pour son « *déficit démocratique* »⁷⁸ alors même qu'une douzaine de pays sont dotés de législations nucléaires, au-demeurant à la géométrie variable puisque six d'entre elles ne comportent aucune disposition en matière de RCN.

72 Il n'existe à la fin du 20^{ème} siècle, ni code de droit nucléaire, ni code de l'environnement.⁷⁹ La relation étroite entre le droit nucléaire et le droit de l'environnement sera mise en évidence au début du 21^{ème} siècle. Leur histoire ne manque pas de similitude. Ils sont issus de réglementations sectorielles hétéroclites. Au moment de sa codification, la partie législative du code de l'environnement regroupe les dispositions issues de 39 lois précédemment dispersées. Les droits nucléaire et de l'environnement se sont construits de façon empirique et ont en commun des objectifs sanitaires et environnementaux. Ce sont autant d'éléments qui permettraient de rapprocher ces « *frères jumeaux* ». Pourtant, les avis divergent quant à l'étendue de leur recoupement et à leur statut respectif de *droits spéciaux* donc de *droits autonomes*. Pour une partie de la doctrine, il existe « *une artificialité des droits spéciaux (...) non pas en qu'ils seraient dépourvus d'existence, mais en ce qu'ils ne sont rien de plus qu'une structure abstraite, qu'une division mentale de la matière juridique (...) un instrument utilisé pour légitimer des choix ou des solutions* ». ⁸⁰

⁷⁷ J. CHEVALIER, *La dimension symbolique du principe de légalité*, Revue du Droit Public, 1990, p.1651

⁷⁸ J-L DAVID, allocution d'ouverture du Congrès Inter Jura 1997 de Tours, *Le droit nucléaire du 20^{ème} au 21^{ème} siècle*, Association internationale du droit nucléaire, Ed. Société de législation comparée, 1998, p.10.

⁷⁹ Le droit de l'environnement est très récent. La partie législative du code de l'environnement a été approuvée par l'ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 ratifiée par la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Les six livres ainsi créés ont été complétés par une loi du 15 avril 2003 qui a institué un livre VII consacré à *la protection de l'environnement en Antarctique*. En 2005 quatre des sept livres de la partie réglementaire du code sont publiés. Les livres II, V et VI seront publiés en 2007.

⁸⁰ J.-P. CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, in Mélanges J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 280 s.

73 Au début du 21^{ème} siècle, la doctrine se déchaîne autour de la question de la complémentarité des droits nucléaire et de l'environnement ainsi que du vecteur de codification des textes réglementant l'ensemble des activités du cycle nucléaire. Diverses hypothèses sont formulées : la création d'un code nucléaire ou une codification à droit constant aux codes de l'énergie ou de l'environnement⁸¹ Dès 2005, les principaux textes nucléaires internationaux tels que la Convention de 1980 sur la protection physique des matières nucléaires intègrent - par voie d'amendement - dans leurs objectifs « *la protection de l'environnement* ». Des voix se font alors entendre pour codifier à droit constant le corpus nucléaire au code de l'environnement.

74 Historiquement, le droit nucléaire a précédé l'émergence du droit de l'environnement et la formulation de ses principes fondamentaux. De là à considérer qu'il a contribué à cette formulation, il n'y a qu'un pas que nous n'hésitons pas à franchir, notamment en ce qui concerne les INB. Ainsi, la notion de « *défense en profondeur* » appliquée en matière de sûreté nucléaire est très proche du principe de prévention en droit de l'environnement. Dès les années 60, ce concept prévoit que, dès sa conception, chaque dispositif de sécurité, considéré comme vulnérable, doit être doublé par un autre dispositif indépendant en vue de maîtriser, en toutes circonstances, le confinement de la radioactivité. A la différence du droit de l'environnement applicable aux ICPE pour la même période, le droit nucléaire a pris en compte très tôt les données sanitaires et environnementales dans la conception de ses installations et le principe de prévention.

75 Quant au principe de précaution, dont la doctrine s'accorde à reconnaître la paternité au droit allemand et à son *VorsorgePrinzip*, dès la fin des années 90, les juristes du secteur nucléaire s'interrogent sur l'opportunité de le transposer au risque technologique nucléaire : « *Le principe de précaution devrait éventuellement interpeler et guider en faveur d'une plus grande responsabilisation de celles ou ceux qui décident et agissent dans le cadre d'activités confrontées à la prise de risque* ». ⁸² En réalité, les exploitants pressentent déjà que cette nouvelle philosophie de l'action ferait nécessairement aussi évoluer la communication en matière de risque, en particulier en ce qui concerne le risque radiologique. En termes de radioprotection, les industriels du secteur nucléaire annoncent dans les années 90

⁸¹ Ch. RAETZKE, *Le droit nucléaire et le droit de l'environnement dans les procédures d'autorisation des installations nucléaires*, Bulletin de droit nucléaire, n°92/Vol. 2013/2, pp.65-99

⁸² M-C BOEHLER, *Le principe de précaution : un défi pour le droit nucléaire à l'aube du XXIème siècle ?* Nuclear Inter Jura 97, Société de législation comparée, 1998, p.149

« l'inscription du principe de précaution dans une discipline nouvelle émergente, celle de la santé environnementale (...) touchant aux problèmes d'incertitude liés aux effets sur la santé de faibles doses d'exposition à des produits toxiques ». ⁸³ L'âge de la culture du risque au prisme du principe de précaution s'ouvre alors.

76 Au-lendemain des catastrophes majeures industrielles, nucléaires et non nucléaires, il n'est plus possible de considérer que les capacités d'assimilation des pollutions par l'environnement sont infinies. Il en est de même de celles de l'Homme. L'incertitude ne peut plus être assimilée à « une présomption simple de non dangerosité ». ⁸⁴ Le principe de précaution renverse la charge de la preuve d'innocuité au profit de l'environnement et non plus de l'activité polluante. Le directeur général adjoint de l'Agence de l'OCDE pour l'énergie nucléaire, Pierre STROHL, militera pour l'application du principe de précaution au secteur nucléaire en vue de contribuer davantage encore à améliorer la qualité et la sécurité des opérations qui concourent à la production d'énergie nucléaire ; échappant ainsi aux modes de pensées juridiques conventionnelles.

77 Le déficit démocratique national est accentué à la fin du 20^{ème} siècle avec l'adoption de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 *sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*. Avec son adoption, « le droit général de l'environnement semble avoir gagné de vitesse le droit nucléaire, du moins à l'échelle internationale ». ⁸⁵ Certes, les documents de l'AIEA affirment le rôle important de la participation du public aux activités nucléaires mais ils ne comportent pas d'obligations contraignantes en la matière. Quant à la convention sur la sûreté nucléaire, elle n'aborde pas la question de la participation du public à la procédure d'autorisation d'une INB.

78 A la fin du 20^{ème} siècle, la situation législative dans les différents Etats européens en matière de participation du public est très hétérogène. La République fédérale d'Allemagne, la France et les Pays-Bas font néanmoins figure de bons élèves après avoir créé des procédures

⁸³ M-C BOEHLER, op.cit., p.150

⁸⁴ M-C BOEHLER, op.cit., p.153

⁸⁵ Ch. RAETZKE, op.cit., p.90

d'enquête publique alors même que la plupart des Etats en sont dépourvus. Cependant, le domaine nucléaire demeure dans une très large partie gouverné par la notion de « *secret* ». ⁸⁶

79 Le troisième volet de la convention d'Aarhus est celui de l'accès à la justice en matière environnementale. ⁸⁷ La question du contentieux nucléaire est un sujet à part entière mettant en lumière une évidence : le droit est « *dominé* » par la technique et ce, depuis que le Conseil d'Etat a du se prononcer pour la première fois sur la nature de son office (plein contentieux ou excès de pouvoir) et sur le degré de contrôle à exercer sur les autorisations de création d'une INB (contrôle normal ou minimum). ⁸⁸ Ainsi, dans son arrêt d'Assemblée du 28 février 1975, *Sieurs Herr, Rettig et Boss c/ EDF*, la Haute juridiction a refusé d'appliquer le plein contentieux et le contrôle normal à une autorisation de création d'une installation pour faire application du recours en excès de pouvoir et d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au nom de la technicité du contentieux. Dans cette affaire, les requérants ont emprunté des voies ouvertes par la jurisprudence *Ville Nouvelle Est* (28 mai 1971) exigeant du Conseil d'Etat qu'il se prononce sur « *le caractère raisonnable ou non du risque nucléaire évalué par l'administration* ». Il devenait alors théoriquement possible de dénoncer l'illégalité d'une autorisation de création d'une INB « *en dénonçant l'aventure nucléaire elle-même* ». ⁸⁹

80 Le Conseil d'Etat a traditionnellement inscrit son contentieux entre « *raison rationnelle* » et « *jugement prudent* ». Dès 1979, le contentieux Superphénix contient en substance l'état du nouveau contentieux nucléaire ; obligeant le juge administratif à emprunter des voies de contrôle juridictionnel peu classiques telles que « *la déduction objective* » et « *l'investigation subjective* ». ⁹⁰ Un contrôle dit « *objectif* » s'entend d'un contrôle qui s'exerce à partir de règles écrites qui sont extérieures au juge et préexistent à son intervention, même si la décision finale suppose une certaine marge d'interprétation de la norme de référence. Un contrôle dit « *subjectif* » existe lorsque la juridiction pose elle-même les références initiales, et définit à partir d'un système de valeurs qui lui est propre, les limites de son action. ⁹¹ Dès son origine, le contentieux nucléaire est ainsi caractérisé par une ostensible

⁸⁶ N. PELZER, W.BISCHOF, *Etude comparative de la participation du public aux procédures d'autorisation des installations nucléaires dans certains pays européens*, Bulletin de droit nucléaire, n°19, mai 1977, Paris, OCDE, pp. 59-78

⁸⁷ J-M PONTIER, E. ROUX, *Droit nucléaire : Le contentieux du nucléaire* Presses universitaires Aix-Marseille (PUAM), 2011, 280 p.

⁸⁸ O. GUEZOU, St. MANSON, *Droit public et nucléaire*, Ed. Bruylant, 2013, 310 p.

⁸⁹ J. CAILLOSSE, *Sur le contentieux nucléaire. Superphénix devant ses juges*, Revue administrative, janvier 1980, n°193, p.39

⁹⁰ J. CAILLOSSE, *op.cit.*, p.36

⁹¹ Pour plus de détails : J. CAILLOSSE, *op.cit.*, p.37

confusion du droit et de la politique, confusion dénoncée encore par les associations et les lobbies anti-nucléaires au 21^{ème} siècle.

81 Depuis que le juge administratif a choisi, en 1971, « *de franchir le Rubicon de la séparation séculaire des autorités administratives et juridictionnelles* », la confrontation du droit et des technologies ou techniques innovantes trouve un nouveau champ d'étude dans l'analyse des rapports juridiques complexes au sein du couple « *juge-atome* ». ⁹² Si le juge administratif a rappelé qu'il était « *juge et seulement juge* » dans son contentieux *Superphénix*, il y a aussi affirmé pour la première fois qu'il était un acteur principal des débats sociaux et technologiques majeurs ; réintroduisant au sein du couple *droit-technique* un ensemble qualifié par le doyen RIVERO « *d'idéologique* ».

Conclusion

82 L'élaboration de régimes juridiques successifs a été difficile. Comment organiser la protection juridique de l'environnement et de la santé face au problème spécifique de la radioactivité dont les effets - irréversibles et stochastiques - laissent entr'apercevoir les limites des solutions juridiques traditionnelles ? En l'espèce, le droit peut-il appréhender le fait scientifique dans toute sa complexité ? La nature particulière des risques radiologiques encourus, leur caractère irréversible, la gestion à très long terme des déchets à haute activité ne marquent-ils pas les limites du droit commun ? Entre prévention et précaution, quel degré de protection est-il acceptable de retenir ?

83 Il aura fallu attendre quarante-trois ans pour que la France se dote enfin d'une législation d'ensemble sur les activités d'origine nucléaire, non pas à travers une mais trois lois. ⁹³ Quinze ans après la loi *BATAILLE*, comme cela avait été prévu, et sept ans après le projet de loi *BIRRAUX*, se jouant de l'incertitude scientifique et des certitudes juridiques, le législateur a enfin affirmé son rôle dans le débat nucléaire et la fabrique de la norme.

84 L'adoption de la loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à *la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* dite *TSN* traduit définitivement la perte de spécificité du droit

⁹² J. LEMASURIER, *Expropriation : bilan coût-avantage et nécessité publique*, Revue administrative 1979, n°191, p.502

⁹³ Loi n°2006-786 du 5 juillet 2006 autorisant l'approbation d'accords internationaux sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire ; Loi n°2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire dite *TSN*; Loi de programme n° 2006-739 du 28 juin 2006 relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs.

nucléaire dans la notion de transparence, la dilution de la police administrative nucléaire dans celles des installations classées pour l'environnement et l'adaptation du droit nucléaire par la réorganisation institutionnelle du contrôle nucléaire.⁹⁴ Elle clôt le débat doctrinal sur l'autonomie du droit nucléaire.

85 Dès 1999, la Suède avait étendu l'application de son code de l'environnement à la protection radiologique et à la sûreté nucléaire. La France mettra plus de dix années à emprunter une voie similaire en intégrant par voie d'ordonnance - non pas au code de l'énergie mais au code de l'environnement - les dispositions de la loi TSN.⁹⁵

86 La loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte dite *TECV* s'inscrit dans la continuité de la loi *TSN*. La France demeure en effet le seul pays au monde disposant d'un cadre légal spécifique sur la transparence dans le domaine nucléaire initialement marqué du sceau du secret-défense.⁹⁶ La loi *TECV* étend à ce titre certaines obligations d'information à l'ensemble des intérêts protégés par le code de l'environnement.

87 L'ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016 *portant diverses dispositions en matière nucléaire*, prise sur le fondement des articles 123, 128 et 129 de la loi *TECV* dote l'ASN de pouvoirs de contrôle et de sanction renforcés sur les INB. L'article L. 592-1 C. env. a été modifié ajoutant que l'ASN participe « à l'information du public **et à la transparence dans ses domaines de compétence** ». Cet ajout est surprenant compte tenu du fait que l'article 4 de la loi *TSN* disposait déjà que l'ASN participait « au contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection **et à l'information du public dans ces domaines** ». Cet ajout marque sans nul doute de la part du Parlement une volonté de « pédagogie » en la matière.

88 Les attributions et domaines de compétence de l'ASN sont explicités (art. L. 592-19 C. env.). Il en est de même pour ses missions de contrôle (L. 592- 20 à 24 C. env.), de recherche (art. L. 592-31-1 C. env.) et de gestion des situations d'urgence radiologique (art. L. 592-32 C. env.). Une nouvelle commission des sanctions est créée en son sein (art. L. 592-41 à L. 592-44 C. env. - art. 23 de l'ordonnance).

⁹⁴ M. LEGER, L. GRAMMATICO, *La loi relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire : quelles évolutions pour le droit nucléaire français ?* Bulletin de droit nucléaire, OCDE, n°77, pp. 7-25

⁹⁵ Ordonnance n°2012-6 du 5 janvier 2012 modifiant les livres I^{er} et V du de l'environnement

⁹⁶ J-Y LE DEAUT, OPECST, *Revue Contrôle*, n°200, avril 2016, p.5

89 Le régime juridique des INB connaît aussi quelques modifications directement inspirées de celui des ICPE soumises à autorisation ; renforçant du même coup l'intégration de la réglementation nucléaire dans le champ du droit commun de l'environnement industriel (art. L. 512-3 C. env.). A l'instar des ICPE qui doivent veiller à la protection des intérêts inscrits à l'article L. 511-1C.env., l'article L. 593-6 C. env. modifié dispose dorénavant que l'exploitant d'une INB doit accorder « *la priorité à la protection des intérêts protégés au code et à son amélioration permanente, en premier lieu par la prévention des accidents et la limitation de leurs conséquences au titre de la sûreté nucléaire* » : transposition au domaine nucléaire du principe de prévention inscrit à la Charte de l'environnement. L'exploitant nucléaire doit à ce titre mettre en place un système de management intégré et un plan d'urgence interne (mise en cohérence avec la législation ICPE modifiée en 2013 pour transposer la directive *Seveso III -voir le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016*).

90 Par ailleurs, en nommant parmi ses agents **des inspecteurs de la sûreté nucléaire** (art. L. 596-2 C. env.) dans des conditions qui seront fixées par voie de décret en Conseil d'Etat, l'ASN pourra procéder à des contrôles qui pourront donner lieu à des **sanctions administratives** (art. L. 596 -3 à 6 C. env.), des **amendes administratives** (art. L. 596-7 à 9 C. env.) et des **sanctions pénales** (art. L. 596-10 à 12 C. env.).

91 Pour autant, ces nouvelles prérogatives et responsabilités n'ont pas rencontré auprès de l'ASN l'écho favorable escompté. Cette dernière estime que – de façon contradictoire - les moyens qui lui sont attribués ne lui permettront pas de répondre de façon satisfaisante à toutes ses missions et aux pouvoirs nouvellement confiés par le Gouvernement et le Parlement. L'ASN réitère sa demande de réforme du financement du contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection en vue de doter l'ASN et l'IRSN d'un financement (adapté et adaptable aux enjeux) reposant à la fois sur le budget de l'Etat et sur une contribution annuelle des exploitants nucléaires fixée par le Parlement (Avis n° 2016-AV-0257 du 9 février 2016 relatif au budget du contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection en France pour les années 2016 et 2017).⁹⁷

92 Ces différents regards rétrospectifs jetés sur un demi-siècle d'élaboration du droit régissant les activités du cycle nucléaire permettent d'affirmer que l'édifice législatif et

⁹⁷ C. ROCHE, M-B LAHORGUE, *Chronique de l'énergie*, Revue de l'Energie, n°631, mai-juin 2016, pp ; 227-238

réglementaire né de cette histoire commune du droit et de la science atomique ne s'est pas construit sur le modèle de la Tour de Babel. Il entre pleinement dans le droit commun harmonisé des risques technologiques majeurs et participe aux nouveaux enjeux du 21^{ème} siècle tels que les préoccupations sanitaires et environnementales et la démocratisation des choix industriels et technologiques. Au 21^{ème} siècle la controverse est davantage « *énergétique* » que « *nucléaire* » *stricto sensu*. En effet, c'est moins l'existence même de cette énergie au sein d'un mix énergétique qui est remise en cause, que sa part dans le mix énergétique ; faisant du même coup de l'énergie nucléaire un des acteurs principaux de la politique énergétique nationale « *en transition* ».