

Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation

Vanessa Barbé, maître de conférences à l'Université d'Orléans

Le droit de l'environnement s'étoffe progressivement depuis quelques décennies, même s'il n'est abordé aujourd'hui que sous certains angles encore limités. Ainsi, le droit de l'environnement est parfois considéré comme une branche d'une matière plus générale, comme le droit administratif, ou le droit international. Toutefois, le droit de l'environnement est considéré également depuis peu comme une matière constitutionnelle¹.

En effet, les constitutions nationales prenant en compte les exigences environnementales sous la forme de droits fondamentaux sont de plus en plus nombreuses. La constitutionnalisation a notamment connu un certain essor après la Conférence de Stockholm en 1972 : les nouvelles Constitutions adoptées après cette date font ainsi souvent référence à l'environnement. Par exemple, la Constitution espagnole de 1978 évoque le droit de chacun à jouir d'un environnement « *adéquat pour le développement de la personne* ». Les pays de l'Est de l'Europe (notamment Hongrie, Pologne et Slovénie) intègrent également des dispositions en matière d'environnement.

Après 1972, certaines Constitutions ont également été révisées dans cette optique. C'est le cas par exemple de la France en 2005, mais aussi de la Belgique et de la Suisse, qui ont intégré des dispositions relatives à l'environnement dans des révisions constitutionnelles de 1994 et 1999. La Loi fondamentale allemande a également été modifiée en ce sens en 1994. En Autriche, une loi constitutionnelle de 1984 engage la République à protéger « *l'environnement naturel en tant que fondement de la vie du genre humain contre les impacts négatifs* ».

Finalement, avant l'élargissement de l'Union européenne en 2004, seules les Constitutions du Danemark et de l'Irlande ne comprennent pas de dispositions explicites sur l'environnement.

Aussi, ces récents développements relatifs à la constitutionnalisation du droit de l'environnement soulèvent de nouvelles problématiques sur l'effectivité de ce droit, mais aussi sur la portée juridique du mécanisme de constitutionnalisation. Nous tenterons de définir ce procédé (I), avant d'identifier les caractéristiques de la constitutionnalisation du droit de l'environnement en droit comparé (II) et de formuler quelques conclusions sur la portée du mécanisme de constitutionnalisation (III).

¹ Voir en droit français : CANS Chantal. *La Charte constitutionnelle de l'environnement : évolution ou révolution du droit français de l'environnement*, Droit de l'environnement, n°131, septembre 2005, pages 194-203 ; DRAGO Guillaume. *Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement* », AJDA 2004, page 133 ; GROUD Hervé, PUGEAULT Serge. *Le droit à l'environnement, nouvelle liberté fondamentale*, AJDA 2005, pages 1357-1360 ; PISSALOUX Jean-Luc. *La constitutionnalisation non sans risque du droit de l'environnement*, La Gazette du Palais, 12/13 janvier 2005, pages 36-48 ; en droit comparé : VERDUSSEN Marc. *Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens*, Annuaire international des droits de l'homme, 2006, pages 327-349.

I. Définition de la constitutionnalisation

La constitutionnalisation peut être définie comme le changement de valeur normative d'une norme préexistante, qui devient constitutionnelle. Il s'agit le plus souvent d'une élévation dans la hiérarchie des normes², résultant soit d'une révision constitutionnelle, soit de l'adoption d'une nouvelle Constitution, soit d'une décision du juge constitutionnel. C'est ce dernier mode de constitutionnalisation qui est évoqué par le Doyen Favoreu dans sa contribution sur « La constitutionnalisation du droit » dans l'ouvrage relatif à « La constitutionnalisation des branches du droit »³. Cependant, dans le cas du droit de l'environnement, la révision constitutionnelle est le moyen le plus utilisé pour procéder à la constitutionnalisation.

Ainsi, en France, la révision constitutionnelle a même été envisagée pour contrer les réticences du juge constitutionnel à consacrer certains droits, malgré quelques décisions significatives. Par exemple, dans la décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, le Conseil constitutionnel admet la possibilité de soumettre à autorisation les divisions de terrain au nom de la « *qualité des sites, des milieux naturels et des paysages* ». De même, dans sa décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, le Conseil s'oppose à l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes du fait de l'absence de prise en compte de la réalité de l'atteinte à l'environnement opérée par les entreprises redevables, ce qui rend les dispositions inadaptées à l'objectif environnemental poursuivi par le législateur. Toutefois, le Conseil constitutionnel refuse d'affirmer un droit constitutionnel à l'environnement dans la décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990.

Le cas de l'Allemagne peut être cité à l'inverse comme celui d'une constitutionnalisation de certains principes par le juge constitutionnel. Dans ce pays, le principe de précaution a d'abord été inscrit dans plusieurs lois, comme les lois fédérales du 15 juillet 1985 sur l'énergie nucléaire, du 14 mai 1990 sur la protection contre les effets nocifs sur l'environnement produits par la pollution de l'air, les pluies, les vibrations et les phénomènes similaires, et la loi fédérale du 16 décembre 1993 sur les biotechnologies. Aussi, la Cour constitutionnelle a considéré ce principe comme une conséquence du droit à la vie (article 2 de la Loi fondamentale) dans une décision du 8 août 1978⁴ portant sur l'exploitation du surgénérateur de Kalkar. La Cour constitutionnelle a confirmé l'obligation pesant sur l'administration d'adopter des mesures de précaution tant contre les dangers identifiés que contre les risques non encore identifiés. Toutefois, la Cour a également défini un niveau de « *risque résiduel* » que la population doit accepter, car « *exiger de la législation qu'elle exclue de façon certaine toute atteinte à un droit fondamental rendrait impossible l'octroi d'une autorisation par les autorités administratives* ».

Finalement, même si la constitutionnalisation résulte de l'élévation de normes juridiques préexistantes dans la hiérarchie, les effets juridiques de la constitutionnalisation du droit de l'environnement ont été relativisés par une certaine indétermination des nouvelles dispositions.

² Un abaissement dans la hiérarchie des normes n'est pas impossible, dans les pays affirmant la suprématie du droit international sur la Constitution, et qui constitutionnalisent une norme de droit international.

³ Dirigé par Mathieu B. et Verpeaux M. ; Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, page 181. Voir sur ce sujet également : ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier, MOUTON Stéphane (dir.). *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2005, 409 pages.

⁴ BVerfGE 49, 89.

II. Caractéristiques de la constitutionnalisation du droit de l'environnement

L'actualité des problématiques liées à la protection de l'environnement est due, d'un point de vue juridique, à l'ineffectivité partielle du droit de l'environnement. Aussi, le développement d'un droit constitutionnel de l'environnement pourrait représenter d'un premier abord une réponse à l'ineffectivité de ce droit. Toutefois, la doctrine s'est attachée à souligner le caractère inutile⁵ ou illusoire⁶ de la constitutionnalisation du droit de l'environnement en France ou à l'étranger.

En effet, certains principes constitutionnels liés à l'environnement ont un caractère purement proclamatoire. En France, il en est ainsi, par exemple, du « *concours de la recherche à la sauvegarde de l'environnement* » (article 9 de la Charte). Ces dispositions tiennent davantage de l'exposé des motifs et du programme politique que de la Constitution, et le Conseil constitutionnel les censurerait certainement si elles étaient contenues dans une loi, au motif de leur absence d'effet normatif (voir par exemple la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005).

De même, le caractère programmatique de la référence au développement durable est notable dans le préambule de la Constitution suisse, qui évoque la responsabilité « *envers la Création* » et les « *générations futures* ». La mention du développement durable dans le chapitre 104 relatif à l'agriculture semble cependant plus concret.

Toutefois, une disposition à caractère apparemment programmatique peut être complétée de manière concrète. Par exemple, la Constitution brésilienne prévoit un droit à l'éducation environnementale. Cependant, au contraire d'autres Constitutions, comme par exemple la Charte de l'environnement en France (article 8 : « *L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte* »), la norme suprême fixe les modalités de concrétisation de ce droit. Elle comprend ainsi des prévisions budgétaires avec la fixation d'un pourcentage du budget destiné à l'éducation : « *L'Union affecte chaque année au moins 18 % de la recette des impôts aux dépenses relatives à l'éducation ; les États membres, le District fédéral et les communes y consacrent au moins 25 % de leurs recettes, y compris celles provenant des transferts de l'Union* » (article 212).

Il est également avancé que de nombreuses dispositions constitutionnelles en matière environnementale sont caractérisées par leur indétermination. Il en est ainsi de la notion d'environnement « sain » ou « équilibré ». La Constitution brésilienne proclame dans son article 225 le droit à « *un environnement écologiquement équilibré en tant que chose commune du peuple et en tant qu'élément essentiel à une saine qualité de vie* ». De même, la Constitution portugaise indique que « *chacun a droit à un environnement sain et écologiquement équilibré en même temps qu'il a le devoir de le défendre* ». La Charte de l'environnement en France est proche de ces dispositions car elle prévoit le « *droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré* » (article 1^{er}). La portée de ces dispositions est difficile à apprécier de manière abstraite, car la notion d'équilibre environnemental n'est pas définie. Toutefois, l'indétermination du droit constitutionnel de l'environnement n'est pas une fatalité. Par exemple, la Constitution belge évoque « *le droit à la protection d'un*

⁵ CARTON Olivier. *De l'inutilité d'une constitutionnalisation du droit de l'environnement*, LPA 2 septembre 2005, pages 3-10.

⁶ CAPITANI Amandine. *La Charte de l'environnement : un leurre constitutionnel ?* RFDC n°63, 2005, pages 494-516.

environnement sain » dans son article 23 comme une composante du « *droit de mener une vie conforme à la dignité humaine* », aux côtés notamment du droit au travail et du droit à un logement décent. Il s'agirait d'une conception assez étroite, car seules des atteintes à l'environnement ayant un impact sur la dignité humaine pourraient être sanctionnées. Toutefois, une telle précision est nécessaire pour donner un contenu à la notion d'environnement sain.

Le principe de participation des individus à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement consacré à l'article 7 de la Charte française est également assez imprécis⁷. On lui reproche ainsi de ne pas fournir des éléments sur le moment de la participation ou sur la portée de la participation sur la décision.

Enfin, les principes de prévention, de précaution et « pollueur-payeur » sont considérés comme les fondements du droit de l'environnement. Pourtant, d'un point de vue théorique, ces principes sont très difficiles à délimiter et définir ; d'un point de vue pratique, les juridictions en font une application parfois hésitante, souvent variable.

Ces principes sont consacrés par de nombreuses Constitutions. La Constitution de l'Argentine comprend ainsi les principes de prévention, de réparation, d'information et de participation et d'éducation. Au Portugal et en Belgique, la Constitution renvoie à la loi pour mettre ces principes en œuvre. Aussi, rares sont les Constitutions qui définissent de manière précise ces principes.

Par exemple, s'agissant du principe « pollueur-payeur », plusieurs acceptions peuvent être envisagées : redistributive (les activités polluantes sont plus fortement taxées), préventive (visant à la réduction de la pollution) et curative (imposant une réparation, le principe se rattachant alors à la responsabilité). En France, l'article 4 de la Charte de l'environnement insiste sur le principe de la réparation, mais l'article 3 consacre aussi un principe général de prévention des dommages environnementaux.

Dans d'autres Constitutions, le champ d'application du principe fait l'objet de précisions, ce qui permet de l'invoquer plus facilement. Par exemple, l'article 225 § 3 de la Constitution brésilienne affirme l'obligation de réparer les dommages à l'environnement. Cette disposition permet de compléter les sanctions pénales et administratives. Les dégâts causés à l'environnement au Brésil du fait de l'exploitation des ressources minières ont nécessité l'adoption d'une disposition particulière de la Constitution : « *Quiconque exploite des ressources minérales est tenu de remettre en état l'environnement dégradé en utilisant la solution technique exigée par l'organe public compétent et dans les conditions définies par la loi* » (art. 225 § 2). Ceci signifie que la restauration et la remise en état des sites miniers sont des obligations constitutionnelles, et l'autorité publique impose préalablement les conditions futures de la remise en état dès l'autorisation des recherches ou le commencement de l'exploitation⁸.

⁷ FOUCHER Karine. *La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?* AJDA 2006, pages 2316-2321.

⁸ Voir : MACHADO Paulo Affonso Leme. *L'environnement et la Constitution brésilienne*, Les Cahiers du conseil constitutionnel, n°15, 2003.

Finally, the indeterminacy of new provisions relative to the environment seems to be quasi-general. However, this constitutionalization has a real legal impact, as it creates fundamental rights and fixes the competences of the organs of the State in the concretization of these rights. Indeterminacy thus has a significant consequence: the extension of the competence of the organs of concretization.

III. Portée du mécanisme juridique de constitutionnalisation

In the contribution cited, the Doyen Favoreu identified two types of effects of the constitutionalization of law, direct and indirect.

Among the indirect effects, the Doyen Favoreu cited the modernization of law, and the unification of the legal order.

Among the direct effects, the Doyen Favoreu distinguished first of all the « constitutionalization-judicialization », which allows to frame the organs of politics by stable rules of law. This stabilization is certain, at least until the next constitutional revision, but the judicial interpretation of constitutional provisions is indeterminate and can change. The stabilization is therefore relative.

In addition, the « constitutionalization-transformation » modifies the branches of law, the « impregnation », so that even a constitutional criminal law, a constitutional civil law etc... see the day. This effect is also observable, as a constitutional law of the environment appears. But the constitutionalization of 2005 succeeds to a phenomenon inverse which would be rather the impregnation of law by the environment. There is thus a constitutional criminal law of the environment, and, without going as far as the creation of a new law, the environment is taken into account in the law of urbanism or in the law of public markets for example.

Finally, the « constitutionalization-elevation » allows to limit the competences of the legislator: the legislator no longer has the competence of his competence, he becomes limited by the Constitution. This opinion is also defended by the Pr. Février: the « *pouvoir discrétionnaire du législateur contrevient apparemment à la logique de la constitutionnalisation puisque celle-ci suppose justement l'instauration d'un cadre normatif s'opposant à la loi* »⁹. It is on this opinion that we wish to return in this contribution, the one that makes of the constitutionalization a mechanism aimed simply at framing a legislator by nature prone to contravene the Constitution. According to us the « constitutionalization-elevation » does not allow to limit the legislator but to protect in his favor a competence reserved in environmental matters.

According to us, the constitutionalization allows to palliate the ineffectiveness of international law of the environment: deprived of the most often of legal mechanisms which ensure the respect, international law of the environment is constitutionalized in order to guarantee the effectiveness of its principles through the control of constitutionality (A).

. Also, the constitutionalization has for principal effect to create fundamental rights, which does not allow to limit the legislator but to attribute a competence in this domain, which he cannot give to another organ, principally an organ of the legislative power. The indeterminacy of new principles contributes thus to enlarge his competence (B).

⁹ FEVRIER Jean-Marc. *Les principes constitutionnels d'information et de participation*, Environnement n°4, avril 2005, comm. 35.

A / La cause de la constitutionnalisation : l'ineffectivité du droit international de l'environnement

Le droit international présente une infirmité consubstantielle à son mode d'élaboration et d'entrée en vigueur. Pour être effectif, celui-ci doit être accepté par les États. Or, le droit de l'environnement n'a pas de frontières, et son inapplication par un État peut compromettre son efficacité (cas du Protocole de Kyoto par exemple).

En outre, le droit international de l'environnement est constitué d'une multitude d'actes dont la portée normative est nulle, ce qui constitue une limite certaine à l'effectivité de la protection de l'environnement au niveau mondial. Ainsi, les diverses déclarations (par exemple : Déclaration de Rio), recommandations et programmes (par exemple, l'Agenda 21) sont des projets politiques davantage que des impératifs juridiques. Si l'on prend le cas de la France, on remarque la multiplication des instruments contractuels sur la base de l'Agenda 21 (plans climat, plans climat territoriaux), mais non de dispositions juridiques impératives.

Ainsi, les principes du droit de l'environnement sont certes parfois consacrés, mais dépourvus de portée juridique. Par exemple, s'agissant du développement durable, la Déclaration de Rio de Janeiro du 13 juin 1992 n'a pas de portée impérative. Il en est de même du principe de précaution, cité par la Déclaration de la conférence de Bergen sur le développement durable (16 mai 1990) ou la Déclaration de Rio. Le droit communautaire quant à lui consacre le principe de précaution dans le traité de Maastricht, mais ce sont deux directives du 23 juin 1990 relatives à l'application de ce principe à la culture des organismes génétiquement modifiés qui font bénéficier ce principe d'une force impérative dans un domaine cependant limité. En France, le principe existait déjà dans la loi Barnier (article L110-1 du Code de l'environnement), mais la mention du « coût économiquement acceptable » des mesures visant à prévenir un risque de dommages a été supprimée, car elle laissait supposer que des considérations économiques auraient pu prévaloir sur la préservation de l'environnement¹⁰.

Le principe de prévention quant à lui n'est pas formulé de manière générale dans les conventions internationales, mais fait l'objet de mentions particulières dans certains domaines (déchets dangereux, couche d'ozone, biodiversité...). En droit communautaire, si les traités consacrent ce principe, il est également appliqué dans des directives du 15 juillet 1975 sur la production des déchets et du 24 juin 1982 sur les accidents industriels.

En définitive, la constitutionnalisation permet de donner une force juridique à certains principes consacrés au niveau mondial ou régional dans des instruments non normatifs.

De plus, aux côtés des principes non normatifs du droit international de l'environnement, il existe des principes normatifs dont la violation n'est pas ou difficilement sanctionnée, d'un point de vue juridique.

Le vide institutionnel en droit international est flagrant pour sanctionner les violations des normes relatives à l'environnement. Seul le système communautaire dispose de mécanismes juridictionnels susceptibles de faire respecter le droit communautaire de l'environnement. Mais en droit international, aucune juridiction n'est compétente de manière générale pour sanctionner les atteintes aux conventions internationales en matière environnementale. Le plus

¹⁰ Voir sur ce sujet : BENOIT Lilian. *Le principe de précaution reste...un principe*, Environnement n°4, avril 2005, comm. 33.

souvent, ces conventions instaurent un principe de responsabilité et des mécanismes de réparation, grâce à la création de tribunaux *ad hoc*.

La constitutionnalisation en droit interne permet au contraire une application de la Constitution par les juridictions constitutionnelles et ordinaires.

L'articulation des normes constitutionnelles et internationales de l'environnement peut cependant poser problème. Plusieurs types de rapports peuvent naître entre une norme constitutionnelle et une norme internationale d'un point de vue matériel.

- La constitutionnalisation peut confirmer des droits déjà consacrés au niveau international ou communautaire.

C'est par exemple le cas s'agissant du droit d'accès aux informations environnementales et le droit de participation (article 7 de la Charte de l'environnement en France).

En effet, la France est déjà liée par la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement ; il existe en outre des directives communautaires 2003/4/CE et 2003/35/CE sur ces sujets. La loi Barnier de 1995 modifiée par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité avaient déjà concrétisé le principe de participation, qui a été complété sous la forme de droit à l'information, à la consultation et à la concertation¹¹. Toutefois, il semblait que la portée de certains articles de la Convention d'Aarhus n'était pas pleinement transposée par les lois françaises. En particulier, deux articles de la Convention n'étaient pas directement applicables en droit interne pour le Conseil d'État¹² (CE 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence* ; CE 4 août 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire*). Il s'agit de l'article 6 qui impose une consultation « très en amont » (limitée aux grands projets en droit français), et de l'article 8 qui prévoit une participation à l'élaboration des dispositions qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement.

¹¹ Voir rapport de Patrice Gélard sur le projet de loi constitutionnelle (rapport n°352 2003/2004 au nom de la commission des lois du Sénat, 16 juin 2004) :

« - *L'information : le code de l'environnement a été complété par l'ordonnance n° 2001-321 du 11 avril 2001 créant un nouveau chapitre relatif à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement (dans ce cadre, l'article L. 124-1 renvoie pour l'essentiel à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative aux relations entre l'administration et le public mais prévoit également des dispositions spécifiques en matière d'informations non communicables). L'information est liée soit aux procédures classiques de participation (enquête publique - loi du 13 juillet 1983 ; étude d'impact - décret du 12 octobre 1977 ; débat public - loi du 2 février 1995), soit à certains risques environnementaux spécifiques tels que les risques majeurs technologiques et naturels prévisibles - prévus à l'article 21 de la loi du 22 juillet 1987 codifié à l'article L. 125-2 du code de l'environnement.*

Certains textes assignent aux autorités publiques une obligation active d'information du public comme l'article L. 211-5, alinéa 5, du code de l'environnement selon lequel les maires et les préfets doivent informer par tous les moyens appropriés des effets prévisibles d'un accident présentant un danger pour la qualité ou la conservation des eaux et des mesures prises pour y remédier.

- La consultation, qui vise à recueillir les avis du public, est prévue d'une manière générale sous la forme du referendum communal (art. L. 2142-1 du code général des collectivités territoriales) et de l'enquête publique (loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques).

- La concertation, enfin, niveau le plus avancé des droits de participation car elle suppose la participation du public à l'élaboration de la décision, peut constituer une obligation préalable pour certaines opérations locales d'aménagement (art. L. 300-2 du code de l'urbanisme). Dans d'autres cas, elle demeure une simple faculté pour la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures, par exemple selon les termes de la circulaire du 15 décembre 2002. »

¹² Voir : FOUCHER Karine. *La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?* AJDA 2006, pages 2316-2321.

- Par ailleurs, certains principes déjà présents en droit international peuvent faire l'objet d'un élargissement en droit constitutionnel.

Par exemple, le droit à un environnement sain et équilibré comprend dans la Constitution brésilienne des dispositions visant à contrôler les manipulations génétiques. Le patrimoine génétique peut être considéré comme l'ensemble du matériel génétique, y compris « *le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité* »¹³ ayant une valeur effective ou potentielle importante pour les générations présentes et futures. Aussi, pour M. Machado¹⁴, les activités ou travaux qui risquent de faire disparaître une espèce ou un écosystème source de cette diversité, ne sont pas constitutionnels. Mais la Constitution vise également « *l'intégrité* » du patrimoine génétique, si bien que la transformation ou la suppression volontaire de territoires où vivent normalement certaines espèces peut entraîner une mauvaise reproduction de ces espèces et contribuer à affecter l'intégrité de ce patrimoine.

- Enfin, la disposition constitutionnelle peut être en contradiction avec certaines règles du droit international.

En effet, les relations internationales cherchent avant tout à satisfaire les besoins historiques des États, à savoir la paix et la défense contre les agressions, et le commerce. La conciliation de ces objectifs avec ceux de l'environnement n'est pas évidente d'un premier abord, et les conflits normatifs potentiels sont nombreux entre le droit international et le droit constitutionnel de l'environnement.

Par exemple, le principe de précaution doit être concilié avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Le droit de l'OMC ne prend en compte que de manière très superficielle le droit de l'environnement, et exclut notamment le principe de précaution.

De même, les règles constitutionnelles environnementales doivent être conciliées avec les objectifs initiaux du droit communautaire. Il faut constater une opposition originelle entre l'un des motifs de la création des Communautés, à savoir le développement économique, et le droit de l'environnement. Par exemple, les principes du droit de la concurrence ne prennent que partiellement en compte les exigences environnementales¹⁵. Pourtant, des normes du droit de la consommation et du droit de la santé ont été développées en droit communautaire pour faire face à un mépris relatif des organes de l'Union pour le droit de l'environnement par rapport aux enjeux de droit économique. La Cour de justice des communautés européennes elle-même considère les préoccupations sanitaires comme des restrictions à la libre circulation (voir par exemple l'arrêt du 27 juin 1996, *Procédure pénale c/ Brandsma*). Les rapports entre le droit communautaire et le droit constitutionnel de l'environnement sont déterminants et sources de litiges potentiels devant la CJCE étant donné que pour celle-ci, les constitutions nationales restent subordonnées au droit communautaire dans la hiérarchie des normes (arrêt *Costa*).

La résolution de ces conflits de normes dépend de chaque ordre juridique. Par exemple, en France, la ratification d'un traité international ne pourra intervenir que s'il est compatible avec la Charte de l'environnement, à moins de réviser cette Charte. De même, une loi de

¹³ Convention de Rio sur la diversité biologique (1992).

¹⁴ *Op. cit.*

¹⁵ Voir : THIEFFRY Patrick. *Mesures publiques de protection de l'environnement et concurrence*, AJDA 207, page 170.

transposition d'une directive communautaire est contrôlée par le Conseil constitutionnel, qui peut la déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Il semble toutefois peu probable que la Charte de l'environnement en fasse partie.

La constitutionnalisation semble ainsi résulter de l'ineffectivité du droit international de l'environnement. L'effectivité des règles internationales revient donc désormais à l'organe principal de concrétisation de la Constitution, à savoir le législateur.

B/ La conséquence de la constitutionnalisation : l'élargissement de la compétence du législateur par la création de droits fondamentaux

La constitutionnalisation prend la forme de l'élaboration de droits fondamentaux. Ceux-ci se définissent par la réunion des éléments suivants¹⁶ : l'existence de permissions dont la violation par un acte législatif ou infralégislatif est sanctionnée par un organe de contrôle. Cette « fondamentalisation » des principes liés à l'environnement correspond à leur vocation première : protéger l'individu.

Une distinction doit toutefois être faite entre les dispositions constitutionnelles relatives à l'environnement. Certaines, directement applicables par le juge, se distinguent de celles qui impliquent une intervention législative.

L'intérêt de la constitutionnalisation réside notamment dans l'élévation au rang de la norme suprême de droits invocables directement devant les tribunaux. En France, seul le principe de précaution bénéficie d'une application directe¹⁷. Á l'étranger, la Constitution grecque est explicite lorsqu'elle dispose depuis 2001 (article 24) que la protection de l'environnement est non seulement une obligation de l'Etat, mais également « *un droit pour chacun* ». Pour G. Sioutis, cet article « *a un effet direct et admet, sans référence explicite, qu'il existe désormais un droit à l'environnement garanti par la Constitution et reconnu aux particuliers et aux groupes ayant un intérêt à agir* »¹⁸. Les Constitutions belge, brésilienne, espagnole et portugaise créent également un droit à l'environnement subjectif et directement opposable. Au Brésil, le tribunal fédéral suprême considère ainsi le droit à l'environnement « *comme un droit typique de la troisième génération qui exprime un droit subjectif indéterminé mais qui concerne tout le genre humain, ce qui justifie l'obligation imposée à l'État et à la collectivité de le défendre et le conserver au profit des générations présentes et futures* »¹⁹. Deux actions sont en outre prévues pour faire respecter ces droits. L'action populaire environnementale est prévue par l'article 5 de la Constitution, et peut être basée sur le droit constitutionnel de l'environnement depuis 1988 : « *Tout citoyen peut légitimement intenter une action populaire aux fins d'annulation d'un acte portant atteinte au patrimoine public, à celui d'une entité à laquelle l'État participe, à la moralité publique, à l'environnement, au patrimoine historique et culturel ; l'auteur de l'action est dispensé des frais de justice et des dépens, sauf mauvaise*

¹⁶ Voir : PFERSMANN Otto, *In* : FAVOREU Louis (dir.). *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2007, page 85.

¹⁷ CHAID-NOURAI Noël. La portée de la Charte pour le juge ordinaire, AJDA 2005, pages 1175-1181 ; MATHIEU Bertrand. La portée de la Charte pour le juge constitutionnel, AJDA 2005, pages 1170-1174.

¹⁸ SIOUTIS Glykeria. *Le droit de l'homme à l'environnement en Grèce*, Revue juridique de l'environnement, n° 4, 1994, pages 329-334.

¹⁹ « *Mandado de Segurança* » 22.164-0 SP, jugement du 30 oct. 1995 (*Journal officiel de la justice*, DJU du 17 nov. 1995). Source : MACHADO Paulo Affonso Leme. *L'environnement et la Constitution brésilienne*, Les Cahiers du conseil constitutionnel, n°15, 2003.

foi avérée ». La Cour fédérale a ainsi procédé à des démolitions de constructions sur la base d'une atteinte à la faune et à la flore littorales (décision du 21 mai 1990). L'action civile publique environnementale quant à elle est constitutionnalisée en 1988 (article 129 de la Constitution). Il s'agit d'une création originale du droit brésilien auparavant instituée dans la loi du 24 juillet 1985. Son objet est de permettre la défense des intérêts collectifs et diffus devant les juridictions civiles. Elle bénéficie au ministère public, aux organismes publics et aux associations de défense de l'environnement ou des consommateurs, et vise la réparation d'un dommage.

La création de droits fondamentaux et l'effet horizontal du droit constitutionnel de l'environnement

Droits invocables à l'encontre des pouvoirs publics, les droits fondamentaux sont également parfois opposables aux personnes privées.

La question de l'application des droits constitutionnels de l'environnement aux personnes privées peut être posée. Elle revient à se demander si les droits fondamentaux environnementaux peuvent avoir un effet horizontal. Par « effet vertical » d'un droit, il faut comprendre qu'une personne privée peut agir contre une autorité publique lorsque celle-ci ne respecte pas un droit dont il est titulaire, ici en vertu de la Constitution. Si les droits de l'homme ont un effet horizontal, une personne privée peut agir contre une autre personne privée lorsque celle-ci ne respecte pas ses droits.

Cet effet horizontal est dit « direct » lorsque la seule violation du droit est le fondement de l'action contre la personne privée. Il est « indirect » lorsqu'une action sur cette seule base n'est pas possible : une obligation positive pèse alors sur les pouvoirs publics. L'État doit prendre les mesures nécessaires à la réparation de la violation du droit par la personne privée, ou les juges doivent interpréter le droit de telle façon que la personne lésée obtienne réparation.

La Constitution ne régit en théorie que les rapports entre les pouvoirs publics et les individus, et ne devrait donc créer que des obligations verticales, pesant sur les collectivités publiques. Or, le droit à un environnement sain par exemple, ne pourrait-il pas être invoqué à l'encontre de ses voisins, ou d'une entreprise polluante ?

En France, par exemple, la Charte de l'environnement consacre certains « *devoirs* » qui s'imposent à tous. Il s'agit de la participation à la préservation de l'environnement (article 2), la prévention des atteintes à l'environnement (article 3) et la réparation des dommages causés à l'environnement (article 4).

En Belgique, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (*Grégoire et Consorts*, n°49-440 du 5 octobre 1994) consacre l'effet horizontal du droit à un environnement sain, en condamnant une activité polluante imputable à une personne privée sur la base de la Constitution.

La constitutionnalisation permet donc dans un premier temps de créer des droits fondamentaux d'effet direct, invocables devant le juge, peut être même à l'encontre des personnes privées. Mais lorsque ces droits fondamentaux sont seulement des objectifs qui doivent être concrétisés par les autorités infra-constitutionnelles, la compétence législative est réservée dans cette matière, et non limitée.

La création de droits fondamentaux et la détermination d'une compétence législative

Certes, la constitutionnalisation permet d'opposer les principes liés à l'environnement à toutes les normes de droit interne, principalement la loi. Cependant, en France, la critique du contenu de la Charte de l'environnement a souvent occulté la portée de la constitutionnalisation pour le législateur, premier organe de concrétisation des droits constitutionnels²⁰.

La Constitution peut ainsi comprendre des dispositions explicites, comme l'article 34 de la Constitution française sur le domaine de la loi, qui est modifié pour indiquer que le législateur fixe les principes fondamentaux « *de la préservation de l'environnement* ». De même, il appartient au législateur de concrétiser les droits à l'information et à la participation à l'élaboration des décisions²¹, mais aussi le droit à réparation²² et le principe de prévention²³. La jurisprudence constitutionnelle relative au régime des droits fondamentaux s'applique par extension à ces lois de concrétisation, notamment celle de l'effet cliquet²⁴ ou des garanties légales des exigences constitutionnelles²⁵.

Toutefois, c'est le plus souvent de manière implicite que la compétence du législateur est protégée. De manière générale, de nombreuses dispositions constitutionnelles représentent des objectifs assignés aux pouvoirs publics, concrètement le législateur. Ainsi, la révision du 27 octobre 1994 en Allemagne impose un objectif nouveau aux pouvoirs publics. L'article 20a de la Loi fondamentale dispose dorénavant : « *Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit* »²⁶. Il ne s'agit pas d'un droit subjectif invocable devant les tribunaux, mais d'un droit objectif, dont la concrétisation repose sur l'intervention du législateur. Celui-ci dispose à cet égard d'une compétence protégée par la Constitution.

Aux Pays-Bas, l'article 21 de la Constitution fait peser un devoir sur l'Etat : « *Les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie* ». Cette disposition est entendue de manière stricte, car seule une ignorance totale de

²⁰ Pour preuve, le dossier de l'AJDA du 6 juin 2005 sur la Charte de l'environnement comprend des développements sur la portée de celle-ci pour le juge constitutionnel (MATHIEU Bertrand. *La portée de la Charte pour le juge constitutionnel*, AJDA 2005, pages 1170-1174) et pour le juge ordinaire (CHAID-NOURAI Noël. *La portée de la Charte pour le juge ordinaire*, AJDA 2005, pages 1175-1181) mais pas pour le législateur.

²¹ FEVRIER Jean-Marc. *Les principes constitutionnels d'information et de participation*, Environnement n°4, avril 2005, comm. 35 ; FOUCHER Karine. *La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?* AJDA 2006, pages 2316-2321.

²² MATHIEU Bertrand. *La portée de la Charte pour le juge constitutionnel*, AJDA 2005, pages 1170-1174.

²³ CAUDAL Sylvie. *Le devoir de prévention : une exigence fondamentale fortement dépendante du législateur*, Environnement n°4, avril 2005, comm. 31.

²⁴ Dans la décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, le Haut Conseil indique que le législateur ne peut apporter une restriction à une liberté préexistante sans accorder aux titulaires des garanties équivalentes. C'est ensuite dans la décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 que le Conseil constitutionnel élabore une théorie relative à la compétence législative en matière de libertés publiques. Il estime ainsi que « *s'agissant d'une liberté fondamentale, [...] la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* ». Cette décision définit de manière claire le rôle du législateur dans la concrétisation des droits fondamentaux. Ce principe a été théorisé sous le nom de « *cliquet anti-retour* ».

²⁵ Voir : VIDAL-NAQUET Ariane. *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Panthéon-Assas, 2007, 671 pages.

²⁶ Voir : KLOEPFER Michael. *Umweltrecht*, C. H. Beck, Munich, 2004, 1964 pages.

cette exigence par les pouvoirs publics peut être sanctionnée²⁷. Toutefois, cette exigence a été traduite dans la loi par l'organisation d'un droit d'objection relatif aux autorisations d'urbanisme (Loi sur la politique environnementale)²⁸.

De même, la Constitution brésilienne innove dans la protection des espaces territoriaux, en prévoyant une obligation pour les pouvoirs publics de créer, délimiter et protéger ces espaces. En outre, la Constitution ne permet leur modification ou leur suppression qu'en vertu d'une loi et interdit expressément toute forme d'utilisation d'un espace protégé qui menacerait les caractéristiques ayant justifiées la protection²⁹. Par ailleurs, la Constitution fait peser également sur les pouvoirs publics des obligations de contrôle, comme par exemple en matière nucléaire. En vertu de l'article 21, « *toute activité nucléaire est soumise à l'approbation du Congrès national* » et il est de la compétence exclusive du Congrès national « *d'approuver les initiatives du pouvoir exécutif en rapport avec les activités nucléaires* » (article 49).

La constitutionnalisation signifie la primauté des normes constitutionnelles environnementales sur les autres normes qui sont inférieures dans la hiérarchie, notamment la loi. Mais la réserve de loi en matière de droits fondamentaux permet également de délimiter positivement la compétence du législateur dans ce domaine. Une abstention de celui-ci, au profit du pouvoir réglementaire, peut donc être censurée par le juge constitutionnel.

La constitutionnalisation permet ainsi de protéger une compétence au législateur dans ce domaine, et celui-ci est obligé d'agir. En outre, l'élévation de droits au rang constitutionnel a également pour conséquence de limiter d'autres droits, et la conciliation entre deux droits constitutionnels est effectuée par le législateur. La constitutionnalisation consacre donc le rôle conciliateur du législateur³⁰. Par exemple, en France, c'est la notion d'objectif à valeur constitutionnelle qui permet de rendre compte de cette fonction. Parmi ces objectifs, l'article 6 de la Charte³¹ consacre la clé de conciliation sous la forme du développement durable, qui représente le compromis entre les intérêts sociaux, environnementaux et économiques. C'est au législateur de trouver le juste équilibre comme le confirme le Conseil constitutionnel dans la première décision relative à la portée de la Charte (n°2005-514 DC du 28 avril 2005) : « *il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe de conciliation posé par ces dispositions, les modalités de sa mise en œuvre* ». La décision du 7 juillet 2005 (n°2005-516) laisse en outre entrevoir une compétence très large sous le contrôle du juge constitutionnel qui ne censurerait vraisemblablement que l'erreur manifeste d'appréciation du législateur³².

²⁷ Voir : Rapport n°1372 de la délégation de l'Assemblée nationale sur l'Union européenne, déposé par M. Deflesselles.

²⁸ VERSCHUUREN Jonathan. *The Constitutional Right to Protection of the Environment in the Netherlands*, Revue juridique de l'environnement, n°4, 2004, pages 339-347.

²⁹ Les éléments à prendre en compte sont notamment la faune, la flore, les eaux, le sol, l'air, le sous-sol et le paysage.

³⁰ Par exemple, voir en France, la décision du Conseil constitutionnel n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 sur la loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes : le législateur est ainsi responsable de la « *conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* ».

³¹ « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.* »

³² Voir : FONBAUSTIER Laurent. *Chronique de jurisprudence relative à la Charte de l'environnement*, Environnement n°1, janvier 2006, chron. 1.

Ainsi, plusieurs principes ayant acquis une valeur constitutionnelle dans de nombreux ordres juridiques peuvent entrer en conflit avec les droits liés à l'environnement. Un conflit entre une norme environnementale de valeur constitutionnelle et une autre disposition de la Constitution pourra être résolu par une conciliation. Toutefois, en cas de conflits de droits fondamentaux, les droits insusceptibles de dérogation pour le juge ont une primauté relative sur les autres, révélant une certaine hiérarchisation des dispositions constitutionnelles au sein même de la norme fondamentale.

Notamment, s'agissant du droit de propriété, sa finalité est avant tout de protéger les biens individuels et non le patrimoine commun. Un conflit d'intérêts peut donc naître de la confrontation entre le droit de propriété et le droit de l'environnement. Par exemple, la délimitation de zones de protection des espèces et des milieux peut entraîner une limitation des droits attachés à la propriété. La valeur du droit de propriété est ici déterminante : par exemple, en France, celui-ci bénéficie d'une protection constitutionnelle moins étendue que d'autres droits et libertés. Le droit de l'environnement devra également être concilié avec d'autres droits fondamentaux, comme la liberté du commerce et de l'industrie, l'égalité devant les charges publiques ou la liberté de circuler.

De même, les règles constitutionnelles relatives à la responsabilité sont-elles conciliables avec la responsabilité écologique ? De façon générale, les règles applicables à la charge de la preuve et à la démonstration d'un lien de causalité sont souvent inadaptées au dommage environnemental. Il convient de s'interroger à ce propos sur le principe général de responsabilité, qui ne peut s'appliquer que si un dommage est imputable à un auteur identifié. Par exemple, les nuisances sonores à proximité d'un aéroport ne sont pas considérées comme des dommages réparables par certains juges, et le lien de causalité est plus lâche lorsque la pollution est indirecte, par ricochet, diffuse ou tardive. L'adoption de règles particulières à cet égard permettrait de prendre en compte les spécificités du droit de l'environnement. Notamment, les régimes de responsabilité objective, qui exigent simplement la démonstration d'un dommage, devraient être généralisés en matière environnementale. Par exemple, la Constitution brésilienne (article 21) prévoit, s'agissant de la responsabilité civile pour les dommages nucléaires, que la responsabilité est « *indépendante de la faute* ».

La conciliation ou le contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre des droits fondamentaux constitutionnels peut être très délicate. Par exemple, le juge grec³³ a déjà fait prévaloir le droit à l'environnement sur d'autres droits (notamment sur la liberté religieuse, en interdisant la construction d'une église dans un parc municipal), mais a fait primer le droit à la santé par rapport aux exigences environnementales en acceptant l'installation d'une station de traitement biologique des déchets liquides sur un site boisé protégé³⁴.

Finalement, loin de limiter le rôle du législateur, la constitutionnalisation du droit de l'environnement le protège et confirme sa compétence de conciliation des droits. Il semble ainsi que la constitutionnalisation du droit de l'environnement soit avant tout envisagée comme une réaction à l'ineffectivité du droit international dans la protection de l'éco-système, dont la responsabilité revient désormais au législateur national.

³³ Le Conseil d'Etat grec a une compétence en droit constitutionnel.

³⁴ Voir le rapport n°1372 de la délégation de l'Assemblée nationale sur l'Union européenne, déposé par M. Deflesselles (21 janvier 2004).