

**L'ENVIRONNEMENT, NOUVEL OBJET DU DROIT
CONSTITUTIONNEL OU : QU'EST-CE QUE
« CONSTITUTIONNALISER » ?**

**par Xavier Bioy,
maître de conférences en droit public,
secrétaire général adjoint du C.É.R.C.P.**

« [...] le droit anticipe le fait comme les sujets précèdent l'objet
mais le fait anticipe le droit comme l'objet précède le sujet. »,
M. Serres, *Le contrat naturel*
(Ed. François Bourin, 1990, p. 43).

Le projet de loi constitutionnelle relative à la charte de l'environnement¹ constitue un objet tout à fait extraordinaire pour le constitutionnaliste français. Par son ampleur et sa méthode, cette future révision de la constitution suscite de nombreuses réactions souvent dubitatives. La doctrine constitutionnaliste analyse principalement la méthode de rédaction effective du texte et quelques-uns des principes constitutionnalisés. Guidée par les acquis législatifs de ces principes, l'analyse se limite à dégager les effets potentiels de tel ou tel dispositif (le droit à l'environnement sain, les devoirs et responsabilités...), la régression certaine, voire la disparition d'autres normes (principe pollueur-payeur, précaution...). Mais cette constitutionnalisation tardive répond à un besoin de droit affirmé par les environnementalistes eux-mêmes² qui attendent un

¹ Projet de loi constitutionnelle, n° 992 du 27 juin 2003, adopté le 24 juin 2004 ; texte en annexe. Voir *La constitution et l'environnement*, études réunies et présentées par Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 120 et s. ; *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003.

² Jean UNTERMAIER, « Nous n'avons pas assez de droit ! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », in *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 499-511.

supplément de protection par valorisation formelle de leur objet. Le surcroît de valeur formelle de ces normes ne permet pourtant pas pour l'instant de mesurer les effets, ni escomptés ni réels, de la constitutionnalisation et ne rend surtout pas compte de la totalité du phénomène constitutionnel que constitue cette charte¹. En effet, plus que l'ajout d'un troisième volet de normes mentionnées en préambule de la constitution, ce qui relève déjà en soi d'un fait majeur dans la courte histoire de notre « néo-constitutionnalisme », c'est l'introduction d'un nouvel objet du droit constitutionnel qui peut retenir l'attention.

Outre la forme choisie de l'« adossement », déjà fort commentée et souvent dénoncée², 2002-2005 nous donnent l'occasion de nous interroger sur le processus « d'entrée en droit constitutionnel », comme on entre en religion, d'un « nouvel objet ». Les guillemets s'imposent car on sait que le Conseil constitutionnel a déjà exceptionnellement fait preuve d'attention à l'égard de certains aspects de l'environnement par quelques voies détournées³, notamment par la mention de l'intérêt général⁴ ou la protection du droit de propriété, mais cela sans commune mesure avec un ensemble systématique et cohérent issu d'une action du pouvoir constituant dérivé.

Le constitutionnaliste doit ainsi s'interroger sur la méthode de construction de « l'objet-environnement » du point de vue du droit constitutionnel. D'abord, y a-t-il réellement constitutionnalisation d'un nouvel objet ? La réponse à cette question comporte deux temps : du point de vue du droit constitutionnel il y a évidemment « nouvel objet constitutionnel », mais au-delà il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'environnement ainsi

¹ Christian HUGLO, « Une charte de l'environnement adossée à la constitution : pour quoi faire ? », *Environnement*, n° 6, juin 2003, p. 23

² Voir notamment, l'audition du doyen Louis FAVOREU, en commission au Sénat (www.senat.fr/commission/loi/lois040604.html) ; Voir Raphaël ROMI, « La charte de l'environnement, avatar constitutionnel ? », *RDP* n° 6, 2004, p. 1485.

³ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Joseph PINI, « constitution et droit de l'environnement », *Jurisclasseur environnement*, Fasc. 152, 1997.

⁴ Voir particulièrement la décision 2002-464 DC du 27 décembre 2002 : « Considérant qu'il est loisible au législateur, dans le but d'intérêt général qui s'attache à la protection de l'environnement, de faire prendre en charge par les personnes mettant des imprimés à la disposition du public le coût de collecte et de recyclage desdits imprimés. »

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

constitutionnalisés ne seraient pas un « nouvel objet tout court », ce qu'il serait si on établissait sa différence avec les normes et notions qui lui préexistent et lui ont servi de modèle. L'image que le droit constitutionnel donne de cet objet est-elle identique à celle posée par le système légal-administratif ou comporte-t-il de nouvelles dimensions matérielles propres au champ constitutionnel ?

La démarche du constituant consiste à ne pas poser de définition constitutionnelle de cet « environnement » qui fait l'objet de la charte¹. Cela implique-t-il, comme le pense le professeur Prieur que la définition constitutionnelle renvoie aux définitions infra-constitutionnelles du législateur² et des sources internationales³ ? La logique hiérarchique des normes ne permet pas de répondre tout à fait positivement à cette thèse. Sauf élargissement de la théorie du droit vivant, la suprématie de la norme constitutionnelle s'impose quant aux principes et au champ d'application. Les normes inférieures devraient se trouver amputées de leurs effets devenus inconstitutionnels. En l'absence d'antinomie, la norme constitutionnelle joue *a fortiori* à plein. Ainsi, comparant la nouvelle définition du principe de précaution par la charte et constatant une rédaction peu ambitieuse, la doctrine n'en considère pas moins qu'elle se substitue à sa devancière législative. On doit tout autant admettre que l'approche législative se trouve globalement modifiée par l'apport constitutionnel et que la notion même d'environnement s'en trouve affectée. Si la charte proposait explicitement une définition de ce qu'est « l'environnement », elle s'imposerait à tous. Cela vaut également si l'on montre que la charte révèle implicitement les contours d'un tel objet ; si se dessinent en filigrane les contours de ce que la constitution entend désormais par « environnement ».

¹ Marie-Anne COHENDET, « Vers la constitutionnalisation du droit de l'homme à un environnement sain et équilibré », in SFDE, *20 ans de protection de la nature. Hommage à Michel DESPAX*, PULIM, 1998, p. 251.

² Code de l'environnement : Article L110-1 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. »

³ Not. convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement qui énumère : « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, la faune et la flore et l'interaction entre les mêmes facteurs ; les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage ».

Xavier Bioy

Qu'entend-on ici par « objet » ? En droit, discipline normative, ce sur quoi portent les normes, s'appréhende autant par la forme que par le fond. Cela implique de concevoir « l'objet » par sa définition et par le niveau des normes qui le régissent. Ainsi, « l'objet » « décentralisation » ne se conçoit-il qu'en envisageant ensemble sa définition (les personnes morales distinctes, les transferts de compétence...) et l'agencement des différents niveaux qui constituent son régime (libre administration constitutionnelle, clauses de compétence législative, expérimentation réglementaire...). Un objet juridique ne s'appréhende donc réellement que verticalement (sources du régime juridique) et horizontalement (son extension matérielle).

Dès lors, l'environnement au niveau constitutionnel peut-il s'appréhender à travers les normes posées ? En eux-mêmes les droits et principes posés n'offrent guère de solution : l'environnement doit être sain et équilibré pour chacun (art. 1), chacun doit prévenir et limiter les atteintes à l'environnement, en réparer les dommages (art. 2, 3 et 4), ce à quoi s'engagent également les autorités publiques (art. 5) tout en le mettant en valeur et en le conciliant avec le développement (art. 6). L'environnement est en outre un objet d'information et de participation de tous, induisant éducation et formation, recherche et innovation (art. 7 à 9). A ce stade, le constitutionnaliste ignore toujours ce que la constitution entend ainsi protéger.

Il paraît dès lors difficile d'apprécier si ces nouvelles dispositions constitutionnelles s'appliqueront à des objets tels que l'héritage culturel, par ailleurs inscrits dans la notion d'environnement au plan international, ou l'esthétique et les paysages, déjà protégés par la loi sans pour autant qu'ils soient explicitement associés à l'environnement. La réponse à cette question s'apprécie à l'aune d'une interprétation, toujours subjective, des objets susceptibles de se soumettre aux normes nouvellement posées.

On penserait pouvoir trouver une solution dans l'exposé des motifs de la charte, eux-mêmes constitutionnalisés. Mais l'environnement s'y trouve reformulé au regard des éléments listés dans la cadre de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ; se trouvent ainsi juridicisées des notions sans doute légèrement différentes (équilibres naturels, milieu naturel, conditions de vie) ;

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

bien plus, la constitutionnalisation se manifeste surtout par la consécration juridique de la finalité anthropologique de ces notions¹.

En somme, faute de définition proprement constitutionnelle, et faute de pouvoir penser que les catégories législatives peuvent convenir aux principes constitutionnels, on doit poser que les principes constitutionnels, par leur contenu propre, donnent à voir un « objet-environnement » spécifique.

Car la juridicisation des préoccupations environnementales ne se limite pas à la définition de ce qu'il faut entendre par environnement. Du point de vue juridique cela emporte aussi de poser les « normes-cadres » du traitement juridique de cet ensemble². Sauf à considérer la forme juridique comme matériellement neutre, c'est-à-dire à considérer que la valeur hiérarchique et les procédures spécifiques au droit constitutionnel n'ont aucun lien avec leur contenu, on peut dégager une fonction propre aux normes constitutionnelles. Cette affirmation un peu abrupte résulte d'abord d'un constat empirique (sans réelle teneur systématique) opéré par la tradition de définition

¹ La nature entre ainsi dans la constitution non « par elle-même » ou en tant que telle mais adossée à l'humanité. Ce que le constitutionnaliste doit entendre par « nature » n'est ensuite complété que par la notion de diversité biologique, comme « encordée », si l'on ose dire, avec l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés. L'objet constitutionnel qu'est l'environnement apparaît bien fantomatique. Il a un lien avec la nature comme condition de la vie humaine, voilà tout ce que l'on sait. Or ce lien, au principe de la conception anthropocentrique, se concrétise juridiquement très différemment selon que l'environnement fait l'objet de principes généraux d'encadrement des politiques publiques ou selon la consécration de droits subjectifs invocables par tout individu. Sur ce point beaucoup ont pu penser que le choix de maintenir les considérants de la charte qui précèdent les articles relevait d'une mauvaise appréciation du processus constituant. Voir les observations au Sénat de Robert BADINTER (rapportées in Michel PRIEUR, « Un huron au Parlement », in *Forum : La promotion constitutionnelle du droit de l'environnement : une avancée symbolique*, RDP 2004, n° 5, p. 1197) : « Je sais bien que, depuis Solon, tous les philosophes se veulent législateurs et que le législateur incline volontiers, dans les meilleurs moments, à un peu de philosophie. Mais, tout de même, que le législateur constituant français évite de consacrer dans la constitution des vues sur l'origine de l'humanité, sur son avenir, sur la diversité biologique et sur le progrès des sociétés humaines ! »

² Marie-Anne COHENDET, « Les effets de la réforme », *RJE* 2003, n° spécial, p. 51.

matérielle de la constitution (comme norme relative aux institutions, aux droits fondamentaux...). Elle s'appuie également sur une approche à dominante formaliste qui établit la superposition de la structure hiérarchique des normes avec la nature des fonctions qu'elles remplissent.

Si on admet que le droit constitutionnel a ses propres fonctions, on justifie la spécificité des objets constitutionnels et il devient hasardeux de présumer leur identité avec leurs homonymes législatifs ou administratifs. On voit ainsi que, dans une certaine mesure, le droit constitutionnel contemporain, dont l'objet dépasse les traditionnelles institutions politiques et tend également aujourd'hui à dépasser le champ des droits et libertés, sert de « méta-discours » aux différentes sources du droit. On passe ainsi sans doute *du droit de l'environnement* dans sa source constitutionnelle à un *droit constitutionnel de l'environnement*. On y mesure que la constitutionnalisation ne s'y fait pas totalement « à droit constant ».

En somme, on verra qu'en souhaitant simplement rehausser la valeur formelle des principes environnementaux, le constituant a certainement fait bien plus que consacrer un nouvel objet constitutionnel. Il a développé les contours d'une autre notion d'environnement. Par des principes sensiblement différents dans leur version constitutionnelle, par des références plus soutenues à la nature et au développement de l'humanité, par le passage de principes généraux à des droits et devoirs, par de nouvelles exigences, le droit constitutionnel crée « son » objet environnement. La place hiérarchique n'est pas neutre, elle implique des fonctions différentes d'un niveau à l'autre. Ces fonctions contribuent, avec les objets qu'elles mobilisent, à définir les notions juridiques. Ainsi la fonction constituante dessine-t-elle une notion d'environnement quelque peu nouvelle.

S'interroger sur l'environnement comme nouvel objet du droit constitutionnel impose donc tout autant une approche formelle cherchant à préciser le mode d'intégration des données environnementales au droit constitutionnel (constitutionnaliser l'environnement comme un nouvel objet : I) qu'un constat matériel au regard de l'actuel projet de loi constitutionnelle concluant à la consécration d'un autre objet que celui existant avant la révision et attestant d'une relative autonomie de l'approche constitutionnelle de l'environnement (l'environnement comme un autre objet constitutionnalisé : II)

I - Constitutionnaliser l'environnement comme un nouvel objet

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

L'ambition politique du projet de charte de l'environnement a certainement pris le pas sur le souci d'efficacité juridique de la constitutionnalisation. La portée symbolique du texte et de sa promotion a sans nul doute motivé le travail de la commission Coppens plus que les considérations de technique juridique. Mais les deux objectifs nourrissent la même intuition qui fait de la fonction constituante et de justice constitutionnelle, des promoteurs formels d'exigences politiques fortes. Cela suppose admis que le droit constitutionnel remplit une ou plusieurs fonctions propres, en premier lieu la définition du rapport entre les autres fonctions de l'Etat et leur soumission aux objectifs qu'il définit¹. Vouloir faire entrer l'environnement dans la constitution c'est faire dépendre le droit de l'environnement de normes supérieures, institutrices ou régulatrices. Le concept de *dépendance* dégagé par le professeur Denys de Béchillon peut aider à saisir cela : « dépendre, c'est « être fonction de... » et désigne une position de subordination et de contrôle².

Voilà pourquoi, si les normes définies par la charte se présentent sous les traits de normes déjà existantes en droit interne ou international, il n'est pas certain qu'elles soient identiques. Le fait de leur assigner des objectifs propres au droit constitutionnel (*A*) et de leur faire subir un mode particulier de constitutionnalisation (*B*) annonce plus qu'un nouvel objet pour le droit constitutionnel, un autre objet « environnement ».

A - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres objectifs

Les intentions affichées par les promoteurs de la charte reprennent la classique fonction de fondation constitutionnelle (1) mais la limitent à un champ spécifique, celui des droits fondamentaux, qui n'est pas nécessairement le mieux adapté pour transcrire au niveau constitutionnel les exigences environnementales (2).

¹ « Tout se passe comme si le rapport inter-fonctionnel lui-même dérivait immédiatement de la nature de ces fonctions qu'il unit, de leur essence normative, et des éventuelles spécificités impliquées dans cette normativité. Surtout, il paraît dériver de la conception même de fonctions de l'Etat, imaginées et modelées relativement les unes aux autres, comme autant d'éléments dont l'interdépendance même constituerait l'Etat en assurant son fonctionnement sur un mode hiérarchique. » écrit le professeur de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Coll. Droit public positif, 1996, p. 232.

² *Idem*, p. 238.

1 - *La fonction de fondation*

La charte présente de nombreuses dispositions sans réelle portée normative notamment en matière d'éducation, de formation, d'innovation et de recherche. Constitutionnaliser reviendrait-il encore, en France en 2004, dans l'esprit des rédacteurs et constituants, simplement à proclamer politiquement sans se soucier de normativité ? La lecture du rapport Coppens peut y faire songer mais la réalité du processus normatif dépasse cette perspective d'origine et on peut envisager la constitutionnalisation selon un double effet de fondation et de limitation. Le niveau constitutionnel permet par le contrôle de la loi de guider les législations vers le respect d'un droit peu invocable aussi bien en fondant qu'en limitant.

Le choix de constitutionnaliser l'exposé des motifs se comprend comme un élément clef de la constitutionnalisation par fondation téléologique. Il appelle tout à la fois à mettre l'accent sur la portée politique, voir philosophique, de la charte et sur les inconvénients que cela comporte : impossibilité d'insérer le texte dans le corps de la constitution, difficile lisibilité et perte de normativité. D'une façon générale la constitutionnalisation de la charte aura laissé la préséance au fond sur la forme.

Fondation ensuite par la consécration constitutionnelle de ce qui constitue en droit international l'objectif même du droit de l'environnement depuis Rio : le développement durable. Ce dernier apparaît aussi bien dans l'exposé des motifs¹ qu'à l'article 6². On reviendra sur la difficulté de la détermination de sa portée normative³ et sur l'effacement de son corollaire, le principe d'intégration, mais on peut noter le souci des rédacteurs de donner au développement durable sa double dimension de cause (le but à poursuivre) et de conséquence (il est une contrainte des politiques publiques).

¹ « Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins. »

² Art. 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles prennent en compte la protection et la mise en valeur de l'environnement et les concilient avec le développement économique et social.

³ Cf. Stéphane DOUMBE-BILLE, « Droit international et développement durable », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 245-269.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

L'ambition de fondation se trouve encore indiquée par la référence à des notions qui renouvellent les « figures diachroniques » qui sont les bénéficiaires des engagements constituants. La seule mention du « peuple français » se double d'une solidarité entre générations et se voit dépassée par la communauté internationale : mentions de l'humanité¹ et d'un patrimoine commun à tous les êtres humains².

Les droits des générations futures se voyaient déjà reconnus législativement, d'abord comme héritières de l'environnement et donc bénéficiaires de sa protection (dans le cadre de la gestion des déchets³), ensuite dans la perspective de nourrir la notion de développement durable⁴. Sur ce point la charte n'apporte guère d'élément de définition ou de protection supplémentaire. La formule est employée dans l'exposé des motifs et l'impératif selon lequel les choix présents ne doivent pas entamer les capacités des générations futures, n'en sort pas précisé.

La reprise de la thématique du patrimoine s'applique à l'ensemble de la notion d'environnement (« l'environnement est le patrimoine

¹ Six mentions dans l'exposé des motifs.

² Philippe KAHN, « Les patrimoines communs de l'humanité : quelques réflexions », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 307-314.

³ Loi du 30 décembre 1991 sur le stockage des déchets radioactifs, art 1. (actuellement : article L542-1 : « La gestion des déchets radioactifs à haute activité et à 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 ».)

⁴ Loi n° 95-115 du 4 février 1995, loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire : art. 1 « ...réduire les inégalités territoriales tout en préservant pour les générations futures les ressources disponibles... » ; article L200-1, modifié par loi n° 95-101 du 2 février 1995 art. 1 (actuellement art. L110-1 C. env. : « 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, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. » Un Conseil des générations futures avait été créé en 1993 et supprimé dix années après (décret n° 2003-758 du 30 juillet 2003 : *JO* du 06/08/2003 p. 13594)

commun des êtres humains »); ses contours ne sont donc pas constitutionnellement connus. On connaît les dimensions symboliques de cette référence¹ (*res communis*, économie, intérêt commun de l'humanité) et ses nombreuses mentions. L'approche constitutionnelle n'affecte plus un tel patrimoine à la même entité : jusqu'à présent la loi rapportait les éléments de définition de l'environnement à la Nation²; les « êtres humains » apparaissent à la fois en groupe et « sériellement » puisque ce n'est plus le « patrimoine de l'humanité » qui est visé comme en droit international. Le terme d'être humain figure déjà au préambule de 1946. Il constitue l'une des déclinaisons de l'humanité fréquemment convoquée en droit depuis quelques années³, celle qui donne au sujet de droit une individualisation « atemporelle ». Ce surplus de symbolisme rattache la charte aux sources internationales du droit de l'environnement⁴ sans convaincre dans la mesure où cela ne lui donne guère un administrateur patrimonial plus vigilant car plus présent.

L'humanité, dans sa dimension collective et diachronique, presque en tant qu'espèce, fait son apparition dans la constitution à la faveur de deux mentions des motifs qui nourrissent un discours anthropologico-juridique⁵ sur sa naissance et son avenir. Elle n'est alors ni titulaire, ni bénéficiaire de droits mais simplement

¹ Voir Agathe VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, Thémis, 2002, p. 160.

² Article L110-1 C. env. : « 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. » ; article L210-1 du code. env. : « 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, sont d'intérêt général. » ; article L110 du code rural : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. »

³ Voir récemment le « crime contre l'espèce humaine » relatif au clonage dans la loi « bioéthique II » (6 août 2004, nouveaux articles 214-1 à 214-4 code pénal) qui élargit le titre relatif aux crimes contre l'humanité.

⁴ Marc PALLEMAERTS, « Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement : effectivité et symbolisme des normes » ; Michael FAURE et Michel PACQUES, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne, acteurs, valeurs et efficacité* / actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, Bruylant, 2003, p. 57.

⁵ Ou encore « paléontologico-juridique ».

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

l'indicateur des enjeux réels de la charte et qui dépasse certainement les ambitions politiques les plus courantes en droit constitutionnel, y compris les mentions jusnaturalistes qui émaillent le volontarisme de la déclaration de 1789.

Constitutionnaliser un domaine entier consiste aussi bien à refonder des dispositions existantes et des objets consacrés qu'à fournir une base, un terreau constitutionnel, sur lesquels de nouvelles règles naîtront. Il semble que ces deux dimensions aient été timidement nourries dans le cas de la charte. Matériellement le constituant n'a pas réellement surmonté la difficulté de juridiciser l'environnement ; cela était pourtant sans doute plus facile en droit constitutionnel qui n'a pas vocation à être un droit de détail. Formellement, le choix du « tout droit de l'homme » par la formulation de principes en droits et devoirs et le renvoi fréquent à la loi limite cet effet « fondation ».

2 - La perspective environnementale des droits fondamentaux¹

La confusion quant à la portée de la charte s'affiche à propos de sa place au sein du *corpus* des droits de l'homme. L'alignement de la charte sur les textes de 1789 et 1946 ainsi que le mode de rédaction en « droits et devoirs », lui donne une dimension inhabituelle en droit de l'environnement. Si des droits individuels existent (art. L. 110-2 C. env. par exemple) la présentation étendue de tous les principes fondamentaux en ces termes va plus loin, de même que la formulation de « devoirs ». Le rapport de la commission Coppens fonde son choix de transformer les « principes » en droits fondamentaux sur la terminologie même des textes de 1789 et 1946². Cependant, si dans ces textes les droits entrent dans le cadre des « principes politiques » qui fondent le Pacte social, ce n'est pas au sens des principes juridiques, règles de droit, de la loi Barnier. Il n'est donc pas certain que le passage de « principes » à « droits » soit si

¹ Voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Montchrestien, Pages d'amphi, 2004, p. 305 et s. « Vivre dans un environnement sain est-il une exigence justiciable ? »

² Cf. p. 41, il est fait mention de 1789 (« principes simples et incontestables ») et 1946 (« principes particulièrement nécessaires à notre temps »).

neutre¹. Cette « subjectivisation » relève donc du champ particulier de la constitution et appelle quelques remarques².

Le caractère subjectif de l'environnement comme « droit à » se confond ainsi avec le débat relatif à son exigibilité. La constitutionnalisation d'un droit à l'environnement sain³ est pourtant une étape essentielle de la juridicisation du droit de l'environnement et s'envisage comme un moyen pour ce faire : il développe à l'encontre du législateur un droit subjectif, en principe plus efficace, car plus facilement justiciable qu'une protection simplement objective⁴. Cela doit permettre de conjuguer la protection apportée par d'autres droits ou principes. Elle permet au juge d'exiger plus de la loi qu'un simple objectif et elle permet de mettre en œuvre l'ensemble des techniques attachées à la protection des droits fondamentaux, même si cela prend plutôt la forme d'un droit créance. D'où l'hypothèse d'un simple objectif à valeur constitutionnelle même après la constitutionnalisation explicite⁵. Une approche éclairante consiste à apprécier si l'environnement fait l'objet d'un droit subjectif directement relié aux droits fondamentaux individuels ou s'il fait seulement partie d'un dispositif public de protection. L'éclairage comparatiste s'impose en la matière⁶. Les constitutions

¹ Il est à peine utile de renvoyer aux travaux de DWORKIN (*Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, trad. M-J. Rossignol).

² Philippe BILLET, « La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 35 ; Laurent FONBAUSTIER, « Environnement et pacte écologique. Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à » », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n°15.

³ *Art. 1er*. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé.

⁴ « Le choix d'une charte « adossée » à la constitution a une tout autre signification. Il signifie que la protection de l'environnement est une dimension nouvelle et autonome de la protection des droits fondamentaux », écrit ainsi Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 145.

⁵ Yves JEGOUZO, « Quelques réflexions sur le projet de charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 125.

⁶ *RJE*, Dossier « Le droit de l'homme à l'environnement en droit constitutionnel comparé dans les Etats de la Communauté européenne », 1994 ; Stéphane DOUMBE-BILLE, « Constitution et droit de

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

étrangères sont nombreuses à consacrer une protection de l'environnement¹ : le plus souvent de façon objective, c'est-à-dire en posant l'environnement comme un objet des politiques publiques et en listant des principes qui s'imposent aux pouvoirs publics. Mais parfois l'approche peut également être subjective, avec divers degrés : de la reconnaissance d'un droit individuel exigible à une dimension environnementale liée à l'individu mais placée entre les mains du seul législateur. L'exemple allemand demeure pour la France d'un vif intérêt. La formulation de l'article 20A, issu d'une révision constitutionnelle de 1994 évoque les « fondements naturels de la vie »². La tradition herméneutique allemande marque ici l'ancrage de l'environnement dans des présupposés fondateurs, communs à l'approche globale des droits fondamentaux, celle-ci étant de plus en plus écoutée en France. L'avance juridique allemande sur ce point révèle que l'environnement conditionne les droits fondamentaux sans être lui-même un droit subjectif. En dépit de la diversité des systèmes de protection et de garantie constitutionnelle des droits, la créance n'est, généralement, guère possible. L'action directe de la victime d'une nuisance environnementale n'est que très peu efficace. En revanche la constitutionnalisation des principes environnementaux doit permettre au juge constitutionnel de garantir plus efficacement cette protection en encadrant la loi. Le dispositif français est sans doute le plus complet en la matière. La France se trouve certes parmi les derniers pays à ne pas disposer d'un niveau constitutionnel au sein du droit de l'environnement, mais la démarche française se

l'environnement », *Recueil de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, 2001 ; Marie-Claire PONTHEOREAU, « Constitutions, juges constitutionnels et droit à l'environnement », in MACKAAY et TRUDEAU, *L'environnement à quel prix ?*, Ed. Themis, 1995, p. 317 ; Xavier BIOY, « Vie et environnement, Eléments constitutionnels de comparaison » *POLITEIA, Les cahiers de l'AFAAIDC, Revue de droit constitutionnel comparé*, 2003, n° 1 ; Paulo Affonso LEME MACHADO, « L'environnement et la constitution brésilienne », *La constitution et l'environnement*, études réunies et présentées par Jaqueline MORAND-DEVILLER, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 162.

¹ Marie-France DELHOSTE, « L'environnement dans les constitutions du monde », *RDP* 2004, n° 2, p. 441.

² Cf. not. Heinhard STEIGER, « Remarques sur l'article 20A de la Loi Fondamentale allemande », in *Mélanges Kiss, préc.*, p. 479 ; Jérôme GERMAIN, « La protection de l'environnement dans la constitution allemande : une nouvelle finalité assignée à l'Etat », ce volume.

Xavier Bioy

présente de façon plus complète et plus systématique. Elle ne permet pourtant pas de préciser la nature de l'objet « environnement » en fonction de l'optique objective ou subjective du texte.

Le traitement des droits fondamentaux en termes de « générations » doit se limiter à une approche historique ou, au mieux « archéologique » (par la cohabitation des strates) mais sur le plan du traitement juridique cela n'a plus guère aujourd'hui de sens. Le droit à la paix, le droit au développement, le droit à l'environnement peuvent devenir aussi exigibles que d'autres, seul leur processus de juridicisation se présente de façon plus complexe dans la mesure où ils s'appuient sur d'autres droits « relais » et où leur bénéficiaire individuel doit lui-même se couvrir d'un titulaire collectif (peuple, humanité, personne humaine) nécessairement représenté par des sujets nationaux et internationaux. Contrairement à certains droits de la « seconde » génération, ce n'est pas seulement l'exercice du droit qui est collectif, cela s'étend aussi au titulaire. La reconnaissance du droit à un environnement sain et équilibré s'attache à une jouissance présente mais qui n'est qu'un aspect d'un droit collectif trans-générationnel. Il induit en fait la consécration d'autres « notions relais » : soit qu'elles soient plus techniques comme le principe de participation, soit qu'elles soient plus précises comme le droit à l'eau ou à l'air, soit enfin qu'elles instituent le sujet de droit dans une dimension collective et diachronique. La référence à la dignité humaine dans le rapport Coppens (déjà présente en droit international dans les déclarations de La Haye et de Stockholm)¹ est remplacée par la mention de l'épanouissement de la personne. Cette notion, nouvelle en droit français, existe dans la plupart des constitutions de nos voisins où elle joue un rôle subsidiaire dans la protection des droits fondamentaux et peut se révéler très normative en jurisprudence (à comparer avec la formulation espagnole du libre développement de la personnalité)². Qu'il s'agisse d'une référence à la dignité de l'humanité ou à celle de la personne, on entre avec ce vocabulaire dans la perspective de l'insertion de l'individu dans un collectif auquel demeure attachée la portée juridique de la consécration de l'environnement.

¹ Maguelonne DEJEANT-PONS et Marc PALLEMAERTS, *Droits de l'homme et environnement*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2002, p. 17.

² Xavier BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », paru à la *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 1 - 2003, p. 123-147.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

Ces droits doivent donc encore être traités de façon objective comme guide des politiques publiques ou encore rangés dans la catégorie des droits sociaux faiblement créance. D'où la question de la pertinence du niveau constitutionnel pour une présentation en termes de « droits et devoirs ». Cette subjectivisation ne fonde guère mieux les effets législatifs que la formulation par « principes » destinés aux décideurs publics et privés. L'approche comparatiste en convainc aisément¹.

La réalité de la fondation matérielle de ces droits collectifs à bénéficiaire individuel se rencontre ailleurs que dans leur proclamation, dans la constitutionnalisation de droits « garanties » qui les concrétisent. Ainsi le principe de participation devient un droit à la participation comme aspect procédural du droit à un environnement sain. Il se décline à son tour en exigences constitutionnelles d'information, d'éducation, de formation. Cette avancée de la charte rejoint la perspective ouverte en matière de démocratie participative par la révision constitutionnelle de mars 2003, la loi organique du 1er août 2003 relative au référendum local et la loi du 13 août qui crée un chapitre du code général des collectivités territoriales relatif à la participation des électeurs aux consultations locales, applicable à toutes les collectivités. Mais, comme on le verra, ce développement de la démocratie participative demeure en retrait des exigences propres à la « citoyenneté environnementale ».

On mesure ainsi que le droit constitutionnel a sa raison propre et ses objectifs spécifiques quant il s'empare de l'environnement. Il dispose en outre de ses propres modes de consécration, sans pour autant aller au bout de sa logique.

B - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres modes

Afin de mesurer ce que « constitutionaliser » veut dire en matière d'environnement, on doit encore faire sa part au caractère largement symbolique et programmatoire de cette démarche, tant au niveau des grandes notions utilisées que de la forme choisie. Ces deux dimensions présentent la même « promesse constitutionnelle », faite d'ambition et de style juridique, ... et la même incertitude normative. Comprendre ce qu'est la constitutionnalisation de l'environnement implique de mesurer les conséquences du choix d'un mode original

¹ Xavier BIOY, « Vie et environnement, éléments constitutionnels de comparaison », préc.

de rédaction et de constitutionnalisation (1) quant à la faiblesse de l'apport formel de la charte (2).

1 - Le processus de constitutionnalisation

L'analyse de la constitutionnalisation de ce « nouvel objet » doit se poursuivre au plan de la forme¹. Le caractère remarquable de la constitutionnalisation française a fait l'objet de nombreux commentaires, parfois laudatifs sur sa nouveauté, souvent critiques sur les libertés prises avec les procédures constituantes éprouvées et le mode de révision. On pourra être bref.

a - Le principe de la rédaction de la charte a été la constitution d'une commission composée de dix-huit personnalités très diverses (dont trois juristes) et d'une consultation nationale, par région, placée sous le signe de la participation citoyenne². Cette nouvelle formule de procédure constituante n'a certes pas remis en cause directement le rôle des parlementaires mais ceux-ci se sont trouvés très liés par un texte déjà discuté et travaillé à tous les niveaux et donc tributaire d'une structure et d'une rédaction qui révèlent nettement un hiatus entre la mission constituante, devant donner naissance à un texte de droit, et les horizons respectifs des nombreux intervenants. Si les parlementaires ont pu amender dans le détail, l'essentiel leur a échappé.

b - La formule d'intégration de la charte à la constitution doit également retenir l'attention en dépit des nombreux commentaires dont elle a déjà fait l'objet. Les différentes hypothèses « d'adossement »³ de la charte, et particulièrement celle retenue en définitive révèlent une fausse hésitation entre symbolisme et juridisme qui aboutit à réduire la juridicité de la charte. Le mieux eut en effet été de créer un titre spécial dans le corps de la constitution ou

¹ L. VERDIER, « Vers une constitutionnalisation du droit de l'environnement : prolégomènes sur la charte de l'environnement », *BDEI*, n° 2/2003, p. 4.

² Yves JEGOUZO, « La genèse de la charte constitutionnelle de l'environnement », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 23.

³ Le doyen R. ROMI souligne que le terme d'adossement est pour le moins mal choisi dans la mesure où il s'agirait étymologiquement de « tourner le dos à la constitution », in *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, Domat droit public, 5^{ème} éd., 2004, p. 60.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

encore de poser les grands principes en son début. Mais l'attachement à l'exposé des motifs (qu'il était difficile d'insérer autrement) a poussé à conserver son autonomie à la charte et à la hisser au rang symbolique de 1789 et 1946 en ajoutant une mention au préambule de 1958. On mesure alors ce que « constitutionnaliser » l'environnement signifie : un « *hubris* constitutionnel » pour reprendre la formule du sénateur Robert Badinter¹. Au-delà du projet politique, dont le terme même de « charte » laisse augurer, le constitutionnaliste s'étonnera de la consécration officielle de cette fameuse technique du « tiroir » que le Conseil constitutionnel façonna en 1971 dans le but d'étendre ses normes de référence. Là où le juge s'est emparé, presque frauduleusement, d'un *corpus* qui ne lui était pas destiné en 1958 (les textes cités en préambule), le constituant de 2004 ne voit qu'un hall, ouvert à tous vents, où chacun pourra consulter et user de la nouvelle charte. Est-ce un encouragement à traiter de même tout texte cité dans la constitution (comme le traité d'Union européenne de l'article 88-2) ?

De fait, le texte de la charte n'apparaît que comme une « annexe » de la constitution et ne sera pas autrement consultable qu'au titre du

¹ « Le texte que vous nous soumettez aujourd'hui avec tant d'enthousiasme me paraît pouvoir se résumer - que ses auteurs me pardonnent ! - en trois mots : la suffisance, l'inutilité et la confusion. [...] L'emphase avec laquelle ce texte est présenté comme l'équivalent des grands textes fondamentaux de notre ordre constitutionnel est inouïe ! Voilà qu'on l'identifie à la grande déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que tous nos ancêtres républicains qualifiaient, à juste titre, d'immortelle, qui, il faut le dire, est la gloire de la nation française et proclame, dans une langue incomparable, les grandes libertés politiques ! Voilà aussi qu'on compare la future charte au préambule de la constitution de 1946, certainement rédigé dans une langue moins belle, mais qui n'en porte pas moins l'empreinte douloureuse des temps que ceux qui l'ont conçu venaient de traverser. Je rappelle que l'assemblée constituante de 1946 était composée pour l'essentiel d'anciens résistants et de représentants de la France combattante qui, tous, voulaient donner à la République nouvelle le contenu social qui lui manquait. [...] Nous sommes, dans notre paisible Sénat, des législateurs modestes, des constituants laborieux ; je ne pense pas que, dans le cadre de cette session ordinaire de 2004, nous puissions prétendre nous hisser au niveau des grands révolutionnaires de 1789 et des résistants de l'assemblée constituante de 1946 ; je ne crois pas qu'il faille céder, comme auraient dit les Grecs, à la tentation de pareil *hubris* constitutionnel. » (intervention au Sénat, 23 juin 2004).

« lien ». Cela change le regard que l'on peut porter sur les effets juridiques escomptés.

2 - L'apport formel

Constitutionnaliser signifie avant tout hisser une norme à un niveau hiérarchique supérieur afin de contraindre les sources inférieures. Du moins est-ce ce que l'on pouvait attendre. Mais le constituant a fait le choix de reprendre le contenu des normes législatives. Cette option tend au mieux à confier au Conseil constitutionnel le soin d'assurer un contrôle par l'« effet cliquet » du maintien des exigences législatives. La perspective d'avancée dans la contrainte *environnementale* par rehaussement formel se comprend dès lors *a minima* (*a fortiori* si on mesure que matériellement la constitutionnalisation se trouve en retrait). En outre, la place accordée à la loi dans le dispositif nuance considérablement l'apport constitutionnel.

Deux éléments distincts mais bien sûr liés marquent le texte de la charte : d'abord l'extension de la compétence législative en ce qui concerne les nouveaux aspects relatifs à la protection de l'environnement (article 3 de la loi constitutionnelle), ensuite le renvoi fréquent à la loi comme médium de la norme constitutionnelle (par exemple la réparation des dommages environnementaux¹). Tous deux peuvent faire douter de la portée contraignante de la charte pour le législateur².

Le fait de renvoyer fréquemment à la loi³ peut se comprendre différemment selon que l'on s'attache à souligner que la définition constitutionnelle a peu d'importance si elle s'en remet à la loi ou selon que l'on souligne l'effet d'incitation que cela peut avoir. Il sera alors nécessaire d'attendre l'audace d'une interprétation jurisprudentielle dans la lignée des « incompétences négatives », au cas où la loi resterait, aux yeux du juge constitutionnel, en deçà des « exigences constitutionnelles ». Le renvoi à la loi se lit ainsi comme la

¹ Art. 4.- Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

² « Ces principes et droits sont donc rédigés en des termes tels qu'ils sont directement opposables au pouvoir législatif mais ne deviennent applicables à l'ensemble des sujets de droit qu'à la condition qu'une loi ait précisé et prévu les conditions dans lesquelles ils le seront » écrit Yves JEGOUZO, art. préc. aux *Cahiers*, p. 129.

³ Obligation de prévention de l'article 3, obligation de réparation de l'article 4, droit à l'information et à la participation de l'article 7,

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

consécration constitutionnelle implicite d'un principe clairement affirmé en droit communautaire : le principe d'intégration. Dans une perspective de fondation dynamique, le recours aux incitations législatives serait ici suffisamment net. On pourra néanmoins regretter que le principe d'intégration des préoccupations environnementales dans tout dispositif législatif n'apparaisse plus explicitement. D'une part il marque l'aboutissement de la préoccupation écologiste par l'abandon de l'exclusivité des « politiques environnementales » sectorielles et partielles ; d'autre part il aurait trouvé en droit constitutionnel son terrain de prédilection comme obligation du législateur.

C'est en ce sens que peut se lire la révision de l'article 34 déterminant très largement la compétence de la loi pour poser les principes fondamentaux de la protection de l'environnement. Cet aspect formel satisfait une très ancienne revendication, notamment des parlementaires eux-mêmes. Son caractère général ne devrait pourtant pas affecter la répartition des compétences dans la mesure où l'« environnement » demeure un objet constitutionnellement non défini et recouvre en fait bien des aspects déjà protégés par le législateur. Par ailleurs, la technicité de tout dispositif de protection de l'environnement nécessitera toujours l'intervention du règlement comme vecteur quasi-exclusif non d'effectivité mais d'efficacité et d'efficience de la norme législative.

En sens inverse le renvoi constitutionnel à la loi atteste d'un *statu quo* préjudiciable à une avancée réelle de la protection environnementale. La révision constitutionnelle n'aura pas été un moment innovant en raison même de la confiance placée dans le législateur¹. C'est un premier aspect d'un « effet limitation » de la constitutionnalisation, prolongé par le constat d'une approche restrictive de l'environnement. Celui-ci n'est pas seulement un nouvel objet constitutionnel, il est « proprement » constitutionnel, c'est-à-dire « autre » que le droit existant.

II - L'environnement comme un autre objet constitutionnalisé

On le sait, « il y a loin de la coupe aux lèvres ». Le souhait politique du recours à la fonction constituante ne présume pas des effets juridiques subséquents. Plus encore, la grandiloquence du « dire » (les termes choisis) et du « faire » (la procédure et la forme « d'adossement ») hypothèque la normativité de la charte, même si un

¹ En ce sens R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement, préc.*, p. 62.

juge peut au besoin en dégager une règle. constituant « une nouvelle étape du pacte de la Nation », selon la présidence de la République, la charte constitutionnelle évoque dans une perspective politique des dimensions si différentes que l'on doit souligner les risques de contradiction. Cela pourrait priver le texte d'effet mais demeure une invitation au contentieux. Cette démarche constituante ne peut s'envisager de façon isolée. Sa spontanéité ne s'apprécie qu'à l'éclairage des droits européens qui font sans doute plus en matière environnementale que les initiatives nationales¹.

L'impact des normes désormais constitutionnelles sur les sources infra-constitutionnelles se comprend plutôt selon un effet de limitation que d'entraînement. Il comporte des risques de régression et des risques de conflits non prévenus.

Cela se comprend mieux en mesurant à quel point la constitutionnalisation de l'environnement a ses propres champs (A) et donne à l'environnement un contenu qui lui est propre (B).

A - La constitutionnalisation de l'environnement a ses propres champs

L'objet de la charte ne se limite pas à une « codification constitutionnelle », mais elle demeure essentiellement cela. La charte reprend les premiers articles du code de l'environnement selon de nouvelles formulations. De ce fait, la portée de la constitutionnalisation modifie la donne législative. Certains éléments appartenant aux fondements législatifs ou conventionnels ont été exclus de la constitutionnalisation ; d'autres ont vu leur portée modifiée et apparaissent dès lors sous une catégorie différente (1).

¹ Frédéric SUDRE, « La protection du droit à l'environnement par la convention européenne des droits de l'homme », in *La Communauté européenne et l'environnement*, Doc. Fse, 1997, p. 209 ; Yves WINISDOERFFER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'environnement », *RJE* 2003, p. 213 ; Simon CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, l'Harmattan, 2002 ; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le droit communautaire de l'environnement : mise en oeuvre et perspectives*, la Documentation française, 1998 ; Michael FAURE et Michel PACQUES, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne, acteurs, valeurs et efficacité* / actes du colloque des 19 et 20 octobre 2001, Bruylant, 2003 ; Guy BRAIBANT, « L'environnement dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 159.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

Cela devrait avoir une incidence sur le travail des juges ordinaires et un impact sur la hiérarchie des normes (2).

1 - Les objets exclus ou modifiés de la constitutionnalisation

La première exclusion de la révision par rapport au corpus législatif n'est pas des moindres, il s'agit du rejet d'une définition « en extension », c'est-à-dire d'une énumération permettant de cerner le champ d'application de la notion d'environnement. La seule mention des ressources et équilibres naturels, ainsi que de la diversité biologique ne suffisent pas à donner les bornes du champ de la charte. *A fortiori*, prétendre limiter la portée de la charte à ses seuls éléments amputerait considérablement la notion juridique d'environnement. Peu important ici les motifs de ce silence, l'effet principal réside dans la possibilité d'exclure l'application de la charte, là où des normes législatives agissaient sur le fondement de la définition du code. Par ailleurs, il ne faut pas longtemps pour voir que les normes ainsi posées peuvent s'appliquer à d'autres questions que celles jusqu'ici réservées à l'environnement tel que circonscrit par les environnementalistes. La question de la santé, par deux fois abordée, joue les trouble-fêtes. On se contente parfois de regretter sa mention, trop anthropocentriste et peu environnementaliste. Le constitutionnaliste y verra surtout l'achèvement de la subjectivisation du « droit à la santé » et l'indication que d'autres principes de la charte peuvent s'appliquer ailleurs qu'en environnement, en particulier la précaution et le devoir individuel de protection. Il semble bien que l'objet de la charte dépasse l'environnement lui-même. On a ainsi l'illusion de la constitutionnalisation de principes sans domaine et de principes extensibles à des questions connexes comme la santé publique¹.

La seconde exclusion paraît tout aussi regrettable au moment où la mise en place d'un marché de quotas d'émissions de polluants tend à franchir un cap important² ; il s'agit de la non constitutionnalisation de la dimension préventive du principe « pollueur-payeur ». Le

¹ Cf. Marie-Angèle HERMITTE, « Santé, environnement, pour une deuxième révolution hygiéniste », *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison-Roche, 1998, p. 23-45.

² Marianne MOLINIER-DUBOST, « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *AJDA* 2004, n° 21, p. 1132.

principe pollueur-payeur¹ n'apparaît pas en tant que tel dans la charte. Son contenu se trouve par ailleurs très édulcoré² par rapport à sa version législative. Il n'y est plus question que de « réparation » sans séparer la prévention de la responsabilité qui pourtant, pour demeurer efficaces, relèvent de mécanismes très différents³. Le terme de « contribution » laisse également entendre que le pollueur peut être un très mauvais payeur avec l'onction de la constitution⁴. Inversement la constitutionnalisation de la responsabilité envers l'environnement pourra, ainsi que le relève le professeur Mathieu, limiter le déploiement législatif des hypothèses d'exonération⁵.

On pourra noter enfin l'absence de mention expresse d'une notion récemment formulée à propos du renouveau de la démocratie participative : la « citoyenneté environnementale ». Voilà un concept qui relève bien certainement de la sphère constitutionnelle et aurait pu servir de socle aux spécificités de l'appel à la consultation des populations : le droit des associations agréées, les référendums locaux, les procédures de consultations urbanistiques... On sait à quel point cette participation dépasse les titulaires des droits politiques qui concrétisent la citoyenneté. Si celle-ci s'entend comme la « capacité à penser l'intérêt général » et s'accompagne au plan politique de conditions réductrices (âge, nationalité...), l'adjonction d'une dimension proprement environnementale, au niveau constitutionnel aurait permis à la loi d'ouvrir les procédures de proximité à tout intéressé. Ainsi la figure du citoyen concrétiserait-elle le droit de chacun proclamé à l'article 1 de la charte. Dans cette perspective, si l'on doit se féliciter de la disjonction de principe entre participation et information, ce dernier aurait pu faire l'objet d'une définition plus

¹ Henri SMETS, « Le principe pollueur-payeur dans le rapport de la commission Coppens », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 71.

² Art. L.110-1 C. env. : « Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ».

³ Cf. not. Jean LAMARQUE, « Fiscalité écologique et égalité devant l'impôt : faux principes et fausses applications des principes », *Mélanges B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 183.

⁴ Pollueur-payeur devient ainsi « pollueur-contributeur » selon l'expression de Gilles MARTIN, « Observations d'un « privatiste » sur la charte de l'environnement », *RDP* 2004, n° 5, p. 1207.

⁵ Art. aux *Cahiers du Conseil préc.* p. 151.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

ouverte aux exigences développées par la directive communautaire du 23 janvier 2003, elle-même suscitée par la convention d'Aarhus.

Du côté des normes qui ont vu leur portée modifiée on rappellera l'abandon de la qualification de « principes » pour les normes relatives à la prévention, la participation, la prévention, « pollueur-payeur ». En effet, de justesse (on se souvient que le projet Coppens prévoyait deux formules dont l'une n'évoquait pas le terme de précaution) la précaution a conservé sa dignité de « principe », les autres sont devenus des « devoirs » (« toute personne doit »¹). On pourra relever le retour des « devoirs » de l'homme. Le thème des devoirs ramène sur le devant de la scène les théories toujours latentes des devoirs de l'homme comme corollaires des droits². Les devoirs de l'homme bénéficient à la personne individuelle, mais également, en son nom, à la communauté qui l'héberge. C'est pourquoi le professeur Madiot pouvait estimer qu'il ne saurait y avoir d'équilibre entre droits et devoirs, les uns étant des concessions de l'Etat, les autres se révélant consubstantiels à l'Etat³. Reprenant la conception de Karel Vasak, les devoirs apparaissent comme l'expression juridique de la participation de l'individu au groupe. Le droit international régional suscite des jurisprudences relatives aux devoirs de l'homme envers son environnement⁴. De nombreux droits (propriété, vie privée, réunion, association...) peuvent faire l'objet de restrictions de la part des Etats en vue de garantir le bien être de la personne, sa santé, son droit à un environnement sain. Dans le cadre de la charte,

¹ Devoir individuel (art. 2, 3, 4) ou devoir collectif (art. 6, 8, 9).

² Patrice MEYER-BISCH, *Les devoirs de l'homme - De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Actes du colloque de Fribourg, 1987, Editions Universitaires de Fribourg, 1989.

³ Yves MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant Bruxelles 1998 et « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme », in *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant Bruxelles, 1999, p. 209.

⁴ Maguelonne DEJEANT-PONS, « L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme », *RUDH* 30 novembre 1991, p. 461, et « Le droit de l'homme à l'environnement et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-LGDJ, 1995, p. 79 ; Carlo RUSSO, « Le droit de l'environnement dans les décisions de la commission des droits de l'homme et dans la jurisprudence de la Cour européenne », *Mélanges Louis-Edmond Pettii*, Bruylant, 1998, p. 635.

le devoir mentionné à l'article 2 n'apparaît que comme la contrepartie du droit à l'environnement de l'article 1, sa face cachée : le droit de chacun comportant l'exigibilité de la protection par les autres. Le devoir n'est également que l'autre nom du principe « pollueur-payeur » dans sa dimension préventive par ailleurs abandonnée. Cette « transmutation » lui a fait perdre toute précision quant aux obligations à remplir. Tout au plus ce « devoir » pourra-t-il venir à l'appui des dispositifs de sanction pénale ou administrative développés en matière environnementale. Il est peu probable qu'il en suscite de nouveaux.

2 - Impact sur la hiérarchie des normes

De nombreuses critiques portent ainsi sur des « timidités » de rédaction qui peuvent parfois s'interpréter comme des régressions vis-à-vis de l'acquis environnemental national ou européen¹. Ne voulant pas imposer au législateur et aux particuliers les mêmes contraintes que celles que la loi impose à l'administration et aux entreprises, les rédacteurs de la charte ont réduit la portée et les destinataires de certaines normes au regard de leurs versions infraconstitutionnelles.

Sur le plan de la hiérarchie des normes le travail des juges ordinaires risque de s'en trouver compliqué. Il est peu probable de se trouver face à une multiplication des configurations de type « Sarran » ou « Koné » en raison des différences de portée et de sens des différents textes mais on ne serait pas étonné de voir la charte inappliquée en raison d'un champ plus étroit ou de la voir complaisamment accueillir des contenus contradictoires en raison de formulations plus vagues. Devant les parlementaires le doyen Favoreu estimait qu'en cas de conflit entre la charte et les dispositions communautaires, le principe constitutionnel l'emporterait sous la plume du juge. On peut néanmoins prédire que la plupart du temps le conflit ne serait pas « frontal » et que les juges adopteront en matière d'environnement, une logique semblable à celle qui guide le contrôle des lois de validation depuis l'affaire Zielinsky : un renforcement des exigences internes sous la pression de droits européens sanctionnés.

¹ Michel PRIEUR, « L'environnement entre dans la constitution », *Droit de l'environnement*, n° 106, mars 2003, p. 38.

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

La spécificité du rapport au droit international en matière d'environnement¹ n'a guère influencé la rédaction de la charte. Le souci constamment affirmé par la commission Coppens de tenir compte des acquis n'a pas évité les risques de conflit. Doit-on, dès lors comprendre l'article 10 selon lequel « La présente charte inspire l'action européenne et internationale de la France » comme une invitation à revenir sur l'acquis communautaire comme en matière de chasse ?²

B - La constitutionnalisation de l'environnement à ses propres contenus

Les auteurs de la charte ont semble-t-il préféré une rédaction la plus tournée possible en termes de droits et de devoirs et moins en termes de principes constitutionnels. Or, la dimension « droits fondamentaux » de la charte, si elle existe, apparaît secondaire au regard des directives de droit objectif dont seules les autorités publiques sont destinataires. D'où un certain nombre de formulations malheureuses qui, cherchant à subjectiviser le propos, réduisent considérablement l'effet juridique. Donner un droit à qui ne peut le défendre et des obligations à qui ne peut les assumer ne permet guère au droit constitutionnel de se dire effectif.

L'objet environnement se différencie quelque peu en droit constitutionnel de ce qu'il était et sera (?) ailleurs. La modification du contenu de certains principes (1) pourrait générer de nouveaux conflits (2).

1 - La modification des principes législatifs

La formulation du droit à un environnement sain, on l'a dit, se trouve certainement trop liée à la santé et à la question de « l'équilibre » de l'environnement. Le caractère « sanitaire » de l'environnement se conçoit bien mais il réduit tout à la fois la portée

¹ Alexandre KISS, « Environnement, droit international, droits fondamentaux », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 153 ; du même auteur : « Les origines du droit à l'environnement : le droit international », in *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 13. En outre le manuel de *Droit international de l'environnement*, en collaboration avec Jean-Pierre BEURIER, Pedone, 2000, 2^{ème} éd.

² La France demeure l'Etat le plus condamné en carence dans le domaine de l'environnement (38 affaires), cf. Pascal JAN, « La promotion constitutionnelle du droit de l'environnement : une avancée symbolique », *RDP* 2004, n° 5, p. 1197-1200.

du droit et son autonomie vis-à-vis de la protection de la santé publique. Le droit à un environnement « équilibré » se conçoit en revanche moins bien. Le code de l'environnement précise que « les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain et contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales ». La charte, quant à elle, laisse libre cours à l'imagination pour apprécier les éléments à équilibrer : la biodiversité, le naturel et l'artificiel, l'urbain et le rural, l'air et la pollution ? Il faut noter que dans la nouvelle formulation l'environnement doit être « respectueux » de la santé : il ne se conçoit pas comme une garantie de la santé mais comme une menace pour elle s'il était pollué.

A l'article 5, le seul principe qui demeure, la précaution, semble remplacé par un simple principe d'anticipation¹. L'idée de « ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages » disparaît derrière le caractère « provisoire » et « évaluatif » de ces mesures. Le principe de précaution n'est plus d'ailleurs opposable qu'aux seules personnes publiques. Les conditions relatives au dommage susceptible de mettre en œuvre la précaution (« dommages graves et irréversibles ») demeurent identiques mais en deçà de la formulation de Rio qui coordonne par la conjonction « ou ». On remarquera au contraire que la condition d'un coût économiquement acceptable n'apparaît plus. On supposera que la loi concrétise ici, à elle seule, le caractère proportionné de la mesure de précaution ainsi exigée.

Le principe de prévention, ou « d'action préventive »² devient un « devoir » de chacun, mais il perd en densité. Distinct de la notion de correction, il se fond en elle pour prendre le visage d'une idée de

¹ Laurence BAGHESTANI-PERREY, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *LPA*, 30/07/2004 ; Corinne LEPAGE, « Une charte qui fait régresser le droit de l'environnement », *Le Monde*, 16 avril 2003, p. 15 ; Raphaël ROMI, « Les principes du droit de l'environnement dans la « charte constitutionnelle » : « jouer le jeu » ou mettre les principes « hors-jeu » ? », *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 45 ; Martine REMOND-GOUILLOUD, « A propos du principe de précaution », *idem*, p. 69 ; Yves JEGOUZO, « Le principe de précaution ne s'appliquera qu'en cas de réelle incertitude scientifique », *D.* 2003, n° 28.

² Art. L.110-1 C. env : « 2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ».

L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel

réduction des conséquences néfastes de la pollution. L'idée d'une obligation d'agir prioritairement à la source plutôt que de guérir ne s'impose plus. La charte renvoie alors à la loi.

2 - L'ouverture de nouveaux conflits juridiques

La constitutionnalisation de l'environnement présente des limites inhérentes à la conciliation des nouveaux principes avec les droits et libertés constitutionnellement protégés¹. Là où, auparavant, le statut infra-constitutionnel de ces normes les faisait céder devant des exigences constitutionnelles, se dresse désormais la nécessité de concilier matériellement la protection de l'environnement avec ses contraires.

Bien sûr, la doctrine constitutionnaliste² a d'abord fait remarquer que l'accroissement de l'offre de droits allait entraîner une vive concurrence. Plaçant l'environnement au même niveau que les deux déclarations des droits, la charte ne prévient pas le conflit, alors même que les principes environnementaux et les droits civils et politiques ne se situent pas au même plan. Retenons l'affirmation de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle selon lequel la charte est une reconnaissance de droits et de devoirs qui « n'affecte en rien les caractères immuable et irrévocable des textes de 1789 et 1946 ». Mais le conflit sera ouvert entre droit à un environnement sain et liberté du commerce et de l'industrie (voir le conflit pendant devant la CEDH ouvert par les riverains de l'aéroport d'Eathrow contre les vols de nuit)³ ou encore entre précaution et liberté d'entreprendre. Des contentieux ne manqueront pas de surgir pour déterminer la limite entre protection de l'environnement et droit de propriété. La

¹ Fernand BOUYSSOU, « L'environnement : nouveau droit de l'homme ou droit liberticide ? », *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 535.

² Bertrand MATHIEU, « Observations sur la portée normative de la charte », préc.

³ Jurisprudences « Hatton » : arrêts du 2 octobre 2001 et 8 juillet 2003 relatifs à la marge d'appréciation des Etats sur l'atteinte portée à la vie privée par des nuisances sonores, cf. not. Jean-Pierre MARGUENAUD, « Vols de nuit et droit européen des droits de l'homme », *RJE*, 2002/2, p. 171 et « Droit de l'homme à l'environnement et CEDH », *RJE* 2003, n° spécial ; « Droit de l'homme à l'environnement et Cour européenne des droits de l'homme », in *La charte constitutionnelle en débat*, n° spécial de la *RJE*, 2003, p. 15 ; Yves WINISDOERFFER, « La jurisprudence de la CEDH et l'environnement », *RJE*, 2003, n° 2, p. 213.

Xavier Bioy

constitutionnalisation de l'intérêt attaché à la recherche¹ amène elle aussi deux remarques : d'une part, la recherche est parfois la première à prendre des risques environnementaux (voir la culture des organismes génétiquement modifiés en plein champ), d'autre part l'idée de « conditionnalité environnementale »², qui suppose que la recherche soit encadrée elle aussi par la précaution, amène à constitutionnaliser un principe et son contraire.

La logique allemande d'une « coloration en vert » des droits fondamentaux jointe à des principes objectifs d'encadrement des politiques publiques paraît en mesure de mieux prévenir ce type de « frictions ».

Au terme de l'analyse de ce processus constituant on mesure que le droit constitutionnel ne consacre pas l'environnement « à droit constant » et que l'objet constitutionnel ainsi créé est passablement distinct de ce qu'il était tant dans sa portée que dans son contenu.

¹ Art. 9. - *La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.*

² Michel PRIEUR, « Vers un droit de l'environnement renouvelé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 130.