



HAL
open science

Le constitutionnalisme environnemental en droit administratif français : progrès et limites

Simon Jolivet

► To cite this version:

Simon Jolivet. Le constitutionnalisme environnemental en droit administratif français : progrès et limites. Jochen Sohnle. Le constitutionnalisme environnemental : quel impact sur les systèmes juridiques ?, Peter Lang, pp.163-180, 2019. hal-03139267

HAL Id: hal-03139267

<https://hal.science/hal-03139267v1>

Submitted on 24 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le constitutionnalisme environnemental en droit administratif français : progrès et limites

Simon Jolivet

Maître de conférences en droit public à l'Université de Poitiers
Faculté de droit et des sciences sociales
Institut de droit public (IDP) – EA 2623

I) Introduction

L'objet de notre contribution est une réflexion sur ce que peut signifier le constitutionnalisme environnemental¹ en droit administratif français, sur ce qu'ont été ses progrès mais aussi ses limites depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement (1^{er} mars 2005).

Le droit administratif étant notre champ privilégié d'investigation, les normes juridiques infra-constitutionnelles qui nous intéressent sont donc d'abord les actes administratifs pris dans le champ de l'environnement, et au-delà si nécessaire (la Charte a-t-elle un impact sur d'autres secteurs du droit administratif?). De plus, ce sont aussi les normes juridiques infra-constitutionnelles qui s'interposent entre la Charte et les actes administratifs, mais seulement dans la mesure où elles s'interposent : c'est d'ailleurs le problème central de notre réflexion.

Plus précisément, la question est la suivante : de quelle façon et dans quelle mesure la Charte de l'environnement exerce-t-elle sa suprématie sur le droit administratif ? Pour y répondre, une question liminaire s'impose : comment évalue-t-on cette suprématie, ce qui revient à poser la question des indicateurs du constitutionnalisme environnemental ?

En juriste positiviste, on pense d'abord et avant tout à l'invocabilité de la Charte de l'environnement par les justiciables devant le juge administratif, et corrélativement à la sanction (juridictionnelle) des actes administratifs contraires à la Charte. On y pense d'autant plus naturellement que la Charte reprend, dans une large mesure, des principes législatifs pour les hisser au niveau constitutionnel. Dès lors, un des indicateurs de l'influence de la Charte sur le droit administratif pourrait être de se demander si celle-ci a amélioré le respect des normes environnementales existantes. L'essentiel de notre contribution sera ainsi consacré à cette question, grâce à une analyse du contentieux devant les juridictions administratives et en particulier devant le Conseil d'État.

Toutefois, nous sommes conscients des limites de cette approche : d'une part, le contentieux n'est toujours que la « dimension pathologique du droit », selon la formule de Carbonnier² ; d'autre part, pour reprendre les termes de Xavier Bioy, constitutionnaliser consiste certes à « refonder des dispositions existantes et des objets consacrés » mais aussi « à fournir une base, un terreau constitutionnel, sur lequel de nouvelles règles naîtront »³. Pour être plus complet

¹ Entendu comme la doctrine fondée sur l'idée de la suprématie de normes environnementales inscrites dans la Constitution sur les normes juridiques infra-constitutionnelles. V. James R. MAY and Erin DALY, *Global environmental constitutionalism*, Cambridge University Press, 2014.

² Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001 (rééd. 2014).

³ Xavier BIOY, *L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou : qu'est-ce que « constitutionnaliser » ?*, in : Henry ROUSSILLON, Xavier BIOY et Stéphane MOUTON (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 25.

dans l'analyse de l'influence de la Charte de l'environnement sur le droit administratif, il faudrait donc aussi s'interroger sur une éventuelle évolution du contenu des normes administratives, de l'écriture du droit administratif suite à l'entrée en vigueur de la Charte, soit par l'adoption de nouveaux textes, soit par la modification de textes existants. Nous y reviendrons en conclusion.

Pour revenir à l'interrogation centrale de notre contribution, il nous semble qu'il y a un paradoxe au cœur du sujet. D'un côté, les normes constitutionnelles étant (en droit interne du moins) au sommet de la hiérarchie des normes, et les actes administratifs au plus bas, c'est bien vis-à-vis de ces derniers que la suprématie de la Constitution devrait en principe s'imposer avec le plus de force. Ce n'est pourtant pas certain. En effet, d'un autre côté, cet écart dans la hiérarchie des normes entre la Constitution et les actes administratifs est tellement grand qu'il est fréquemment comblé par des normes intermédiaires. On veut bien évidemment parler de la loi, à laquelle renvoie précisément un certain nombre d'articles de la charte – c'est d'ailleurs une de ses spécificités. Mais on veut aussi parler des sources externes supra-législatives, que sont les traités internationaux et les instruments de droit dérivé de l'Union européenne. Or, autant la confrontation directe entre les articles de la Charte de l'environnement et les actes administratifs permet à la Charte de déployer ses pleins effets, autant l'interposition de normes intermédiaires entre la Charte et les actes administratifs peut rendre plus incertaine l'exercice de sa suprématie. C'est le thème bien connu de l'écran, qu'il soit législatif, conventionnel voire constitutionnel.

Il nous semble précisément que l'appréciation (forcément subjective) de l'influence que la Charte exerce sur le droit administratif de l'environnement varie en fonction de l'absence ou de la présence d'un troisième terme et du troisième terme considéré, loi ou norme externe. Ainsi, on verra dans un premier temps que le principal progrès du constitutionnalisme environnemental consiste dans un respect accru de normes existantes (II), puis que ses principales limites résident – de façon variable, et parfois ambivalente – dans le phénomène des écrans normatifs, qu'ils soient législatif, conventionnel ou constitutionnel (III).

II) Le respect accru de normes existantes, progrès du constitutionnalisme environnemental

La consécration de la Charte de l'environnement comme source de légalité administrative, catalysée par l'arrêt *Commune d'Annecy*⁴, a entraîné des effets en cascade ; il s'agit d'une réévaluation multidimensionnelle des normes environnementales (A), dont le décloisonnement des principes du droit de l'environnement est une manifestation particulière (B).

A) Une réévaluation multidimensionnelle des normes environnementales

Nous prendrons ici deux illustrations : celle des procédures d'urgence, et (surtout) celle de l'appréciation de l'utilité publique.

S'agissant d'abord des procédures d'urgence, on ne peut ici passer sous silence la très fameuse ordonnance du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne du 29 avril 2005⁵ qui, moins de deux mois après l'entrée en vigueur de la Charte, suspend un arrêté préfectoral autorisant un teknival dans un site Natura 2000 en raison de son risque grave d'atteinte au droit à l'environnement. Par la même occasion, le droit à l'environnement est reconnu comme une

⁴ CE, Ass., 3 octobre 2008, n° 297931.

⁵ TA Châlons-en-Champagne, 29 avril 2005, *Conservatoire du patrimoine naturel et autres*, n° 0500828.

liberté fondamentale, condition indispensable à l'obtention de la suspension d'un acte administratif dans le cadre du référé-liberté. Or c'est bien parce que le droit à l'environnement, déjà présent dans la loi depuis 1995⁶, a été hissé au niveau constitutionnel par la Charte, que le juge de l'urgence de Châlons-en-Champagne accepte de le faire accéder au niveau d'une liberté fondamentale dans le cadre du contentieux de l'urgence, permettant ainsi la suspension de mesures néfastes à l'environnement. Toutefois, le regard que l'on peut porter, avec le recul, sur cette décision prometteuse est mitigé : même si elle n'a jamais été infirmée par le Conseil d'État, elle apparaît tout de même assez esseulée, cet isolement produisant un curieux décalage par rapport au flot de commentaires dont elle a fait l'objet.

Bien que cela soit moins spectaculaire que la décision du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en matière de référé-liberté, le recours au référé-suspension – et ses chances de succès – ont également été accrus dans le domaine environnemental depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement⁷.

S'agissant ensuite de l'appréciation de l'utilité publique, les éléments environnementaux étaient, certes, présents dans le contrôle du bilan opéré par le Conseil d'État en matière de déclaration d'utilité publique, et ce bien avant la Charte de l'environnement. Mais ils ne pesaient traditionnellement pas bien lourds, dans la balance, face aux avantages économiques et sociaux avancés par les porteurs de projet⁸.

Au moment de l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, des auteurs tels que Jean Untermaier avaient prédit, en cas de contentieux, la modification de l'appréciation de l'utilité publique par le juge qui en résulterait : « la reconnaissance du droit à l'environnement devrait se traduire par une réévaluation écologique des éléments du bilan »⁹.

C'est ce qui s'est effectivement produit avec l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État rendu le 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT*¹⁰. En l'espèce, c'est le principe de précaution qui était en jeu. Le principe de précaution est classiquement utilisé par le juge dans son contrôle du bilan en matière d'utilité publique, dès avant la constitutionnalisation¹¹. Là ne réside donc pas la nouveauté. Ce qui change avec l'arrêt *Stop THT*, c'est que le principe de précaution devient un élément autonome d'appréciation de l'utilité publique par le juge administratif, indépendamment du contrôle du bilan, et préalablement à celui-ci. Dans cet arrêt, le Conseil d'État considère en effet pour la première fois « qu'une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique ». L'émancipation du principe de précaution par rapport au contrôle du bilan est manifestement le signe que le juge administratif lui accorde une plus grande importance, du fait de sa constitutionnalisation.

⁶ Article L. 110-2 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (dite « loi Barnier »), *JO* du 3 février 1995, p. 1840.

⁷ Sur ce point, v. Delphine HÉDARY, *Les effets de la Charte de l'environnement sur le droit de l'environnement*, in : Carolina CERDA-GUZMAN et Florian SAVONITTO (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 198.

⁸ V. notamment Michel PRIEUR et al., *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, p. 81-82.

⁹ Jean UNTERMAIER, *La Charte de l'environnement face au droit administratif*, in *La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, Revue juridique de l'environnement, n° spécial 2005, p. 159.

¹⁰ N° 342409 : AJDA 2013, p. 1046, note Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU.

¹¹ V. par ex. CE, 28 juillet 1999, *Association intercommunale « Morbihan sous très haute tension »*, n° 184268.

Par ailleurs, l'un des effets les plus tangibles de la constitutionnalisation de certains principes du droit de l'environnement est leur décloisonnement, autrement dit leur application à des matières connexes à l'environnement.

B) Un décloisonnement des principes du droit de l'environnement

Ici aussi, c'est le principe de précaution qui peut fournir une illustration de ce décloisonnement, dans ses rapports avec la santé publique et le droit de l'urbanisme. Lorsque le principe de précaution était simplement de niveau législatif, son application en droit de l'urbanisme (notamment vis-à-vis de la délivrance d'autorisations d'urbanisme) se voyait systématiquement opposer le principe prétorien¹² d'indépendance des législations. On rappellera que ce principe interdit en substance d'appliquer à une autorisation relevant d'une législation donnée (en l'espèce l'urbanisme), les dispositions d'une autre législation (en l'espèce l'environnement) dont la mise en œuvre serait susceptible d'en limiter la réalisation. Le refus de contrôler la délivrance d'une autorisation d'urbanisme par rapport au principe de précaution avait été affirmé une fois encore par le Conseil d'État le 20 avril 2005 (soit un peu plus d'un mois après l'entrée en vigueur de la Charte, mais pour des faits antérieurs), dans un arrêt *Société Bouygues télécom*¹³.

Attendu, le revirement de jurisprudence s'est finalement produit avec l'arrêt du 19 juillet 2010, *Association du Quartier les Hauts de Choiseul*¹⁴ : pour la première fois, le Conseil d'État reconnaît l'invocabilité du principe de précaution à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme. En effet, si le principe d'indépendance des législations – qui concerne les rapports des *législations* entre elles, comme son nom l'indique – peut être opposé à une norme législative, il doit s'incliner devant la norme constitutionnelle que le principe de précaution est entre-temps devenu. La portée de la décision *Association du Quartier les Hauts de Choiseul* va sans doute au-delà du principe de précaution : certains auteurs, tel Philippe Prével, n'hésitent pas à soutenir que le principe d'indépendance des législations est vraisemblablement écarté pour toute la Charte¹⁵.

Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée. En effet, le décloisonnement des principes du droit de l'environnement, du fait de leur constitutionnalisation, n'est pas sans limites.

D'abord, les effets du décloisonnement sont susceptibles d'être relativisés par les conditions imposées à l'application d'un article de la Charte dans un autre domaine que l'environnement¹⁶. C'est précisément le cas dans les rapports entre le principe de précaution et le droit de l'urbanisme : dans un arrêt *Société Orange France* du 21 octobre 2013¹⁷, le Conseil d'État a précisé dans un sens restrictif l'opposabilité du principe de précaution aux autorisations d'urbanisme. Ainsi, l'article 5 de la Charte ne saurait permettre de « refuser légalement la délivrance d'une autorisation d'urbanisme en l'absence d'éléments circonstanciés sur l'existence, en l'état des connaissances scientifiques, de risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus d'autorisation » (considérant 7). Or, « la Charte de l'environnement

¹² CE, 1^{er} juillet 1959, *Sieur Piard*, Rec. p. 513.

¹³ AJDA 2005, p. 1191, concl. Yann AGUILA.

¹⁴ V. notamment Julien BÉTAILLE, *Le décloisonnement du principe de précaution, un effet de sa constitutionnalisation*, Droit de l'environnement n° 182, septembre 2010, p. 278-279.

¹⁵ Philippe PRÉVEL, *La Charte de l'environnement, l'administration et le Conseil d'État : applicabilité ou invocabilité de la Charte ?*, RFDA 2014, p. 773.

¹⁶ V. notamment Nicolas MARTY, *Les effets de la Charte de l'environnement en droit de l'urbanisme*, in : CERDA-GUZMAN et SAVONITTO (dir.), n. 7, p. 211.

¹⁷ RDI 2014, p. 61, note Pierre SOLER-COUTEAUX.

n'habilite pas, par elle-même, le maire d'une commune à exiger la production de documents non prévue par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur » (considérant 8).

Ensuite, toutes les normes administratives ne peuvent pas être contrôlées vis-à-vis de la Charte de l'environnement : encore faut-il qu'elles entrent dans son champ d'application *ratione materiae*. Or le Conseil d'État a par exemple une conception restrictive de la notion de décision ayant une incidence sur l'environnement¹⁸, laquelle détermine si une mesure administrative entre ou non dans le champ d'application de l'article 7 sur le droit à l'information et à la participation.

Enfin, il n'est pas possible à une autorité publique d'invoquer la Charte de l'environnement pour adopter un acte administratif dès lors qu'elle ne possède pas de compétences dans le domaine concerné, et ce même si elle a l'intention de prendre une mesure ambitieuse du point de vue de la protection de l'environnement. Le Conseil d'État a ainsi été conduit à préciser la répartition des compétences des autorités publiques pour la mise en œuvre du principe de précaution. Dans un considérant de principe utilisé tant en matière de police des ondes électromagnétiques¹⁹ que de police des organismes génétiquement modifiés (OGM)²⁰, il a affirmé que « le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions ». En conséquence le maire ne pouvait pas, sur le fondement de sa police administrative générale, adopter dans un cas une réglementation limitant l'implantation d'antennes relais, et dans l'autre interdire les OGM sur le territoire de sa commune. En effet, une police spéciale existe dans ces deux domaines, qui a été confiée aux autorités de l'État central.

La relativité du décloisonnement des principes du droit de l'environnement est-elle une première limite du constitutionnalisme environnemental ? On peut l'affirmer dans une certaine mesure, tout en ayant conscience que le respect de la répartition des compétences est une exigence importante dans le cadre d'un État de droit. D'autres limites, au moins aussi sérieuses, pourraient résulter du phénomène des écrans normatifs.

III) Les écrans normatifs, limites du constitutionnalisme environnemental ?

Le phénomène des écrans normatifs est polymorphe dans la jurisprudence administrative ; il peut ainsi concerner les rapports de la Constitution avec la loi, ou avec les normes externes. Or, autant l'écran législatif, en tant qu'obstacle au constitutionnalisme environnemental, semble avoir été partiellement contourné (A), autant la situation paraît plus incertaine s'agissant des conflits avec les normes externes (B).

¹⁸ En ce sens, v. notamment Aude FARINETTI, *L'utilisation du principe de participation dans le cadre de la QPC : la Charte contre elle-même ?*, Environnement et développement durable, décembre 2014, étude 17.

¹⁹ CE, Ass., 26 octobre 2011, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492 : AJDA 2011, p. 2219, chron. Jacques-Henri STAHL et Xavier DOMINO.

²⁰ CE, 24 septembre 2012, *Commune de Valence*, n° 342990 : JCP A 2013, n° 1, p. 49, note Philippe BILLET.

A) L'écran législatif : un obstacle au constitutionnalisme environnemental partiellement contourné

Identifiée dès le départ comme une limitation potentielle de la portée de la Charte²¹, la théorie de l'écran législatif n'est évidemment pas propre à la matière environnementale : c'est potentiellement un obstacle à l'effectivité de la suprématie de l'ensemble des dispositions constitutionnelles par rapport aux actes administratifs, dès lors qu'une loi s'interpose entre ces deux normes. Mais la particularité de la Charte de l'environnement est que certains de ces articles renvoient expressément au législateur le soin de mettre en œuvre la disposition constitutionnelle (articles 3, 4, et 7), alors que d'autres (ceux que l'on n'a pas cités) n'opèrent pas un tel renvoi. Fallait-il alors faire une différence entre ces articles, du point de vue de leur invocabilité à l'encontre d'une décision administrative en présence d'une loi-écran ?

La présentation de la situation actuelle exige de la nuance. Certes, le principe de l'écran législatif est maintenu car en présence d'une loi de mise en œuvre de la Charte de l'environnement, celle-ci n'est en principe pas invocable devant le juge administratif. Ceci vaut pour les articles de la Charte qui renvoient à la loi²², comme pour ceux qui n'envisagent pas une telle intervention²³. Toutefois, les méfaits de l'écran législatif pour le respect de la hiérarchie des normes sont atténués, du fait de la convergence de plusieurs phénomènes.

D'abord, grâce à une évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, on peut considérer que le constitutionnalisme environnemental a progressé en droit administratif. Ainsi, une nouvelle²⁴ forme d'écran législatif « transparent » (autrement dit, qui laisse passer la Constitution) a été reconnue, à propos de la Charte de l'environnement, par l'arrêt du 12 juillet 2013 *Fédération nationale de la pêche en France*²⁵. Il vise le cas des dispositions réglementaires d'application d'une loi qui ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires de cette loi. Un contrôle de constitutionnalité de ces dispositions réglementaires est possible dans la mesure où ils ajoutent à la loi. En l'espèce il s'agissait d'une loi de mise en œuvre de l'article 3, lequel renvoie à la loi. Mais selon Philippe Prével, « la possibilité de l'écran-transparent devrait logiquement être *a fortiori* étendue pour les articles de la Charte qui ne comportent pas de renvoi »²⁶. L'arrêt *Ban Asbestos France* du 26 février 2014²⁷ va dans ce sens, en confirmant la solution de *Fédération nationale de la pêche en France* mais pour l'article 1 sur le droit à l'environnement, lequel ne comporte pas de renvoi à la loi.

Rendre l'écran législatif transparent pour censurer les vices propres à l'acte réglementaire d'application d'une loi est un premier moyen, issu de la jurisprudence administrative, de contourner cette théorie jurisprudentielle discutée.

Mais il existe ensuite un autre moyen, potentiellement beaucoup plus important, de contourner l'écran législatif. Il est issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 : on veut bien entendu parler de la possibilité de déposer une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en matière environnementale. La QPC remédie dans une certaine mesure aux inconvénients de la théorie de la loi-écran, car aujourd'hui si un justiciable

²¹ UNTERMAIER, n. 9., p. 146.

²² CE, 23 avril 2009, *France nature environnement*, n° 306242 : AJDA 2009, p. 858.

²³ CE, 19 juin 2006, *Assoc. Eau et rivières de Bretagne*, n° 284456.

²⁴ Auparavant, l'écran législatif « transparent » avait été reconnu pour les lois d'habilitation, ne contenant pas de dispositions de fond : CE, 17 mai 1991, *Quintin*, n° 100436.

²⁵ Req. n° 344522.

²⁶ PRÉVEL, n. 15.

²⁷ Req. n° 351514.

estime qu'un acte administratif est contraire à la Constitution tout en sachant que celui-ci est conforme à la loi dont il tire son fondement, il peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité de la loi au cours du litige. Toutefois le Conseil constitutionnel, saisi par renvoi du Conseil d'État, n'acceptera de se prononcer que si la QPC porte sur l'atteinte à un « droit » ou une « liberté » que la Constitution garantit²⁸. Or, tous les articles de la Charte n'entrent pas dans cette catégorie. Ainsi, les juges de la rue Montpensier ont refusé de qualifier de la sorte le principe de conciliation des piliers environnemental, économique et social du développement durable (article 6 de la Charte)²⁹, et évité pour l'instant de se prononcer à propos du principe de précaution (article 5)³⁰. Il reste que l'introduction de la QPC a bel et bien favorisé certains progrès du constitutionnalisme environnemental en droit administratif. Preuve en est l'abondance des QPC déposées devant le juge administratif sur le droit à la participation du public (article 7 de la Charte)³¹, et surtout l'effet qu'elles ont eu. Ce sont clairement elles qui ont poussé le législateur à la modernisation du cadre de la participation du public aux décisions réglementaires, avec l'adoption de la loi du 27 décembre 2012³².

Si, comme nous venons de le voir, les méfaits de l'écran législatif pour le constitutionnalisme environnemental ont été progressivement atténués, qu'en est-il maintenant lorsque c'est une norme externe qui s'interpose entre la Charte de l'environnement et un acte administratif ?

B) Les conflits avec une norme externe : le constitutionnalisme environnemental contre lui-même ?

L'hypothèse visée ici est celle où ce n'est pas (ou pas seulement) une loi qui s'interpose entre la Charte de l'environnement et un acte administratif, mais une norme externe³³. La question que fait surgir ce conflit de normes, dans la perspective d'une réflexion sur le constitutionnalisme environnemental, est double : premièrement, en cas de conflit entre la Charte de l'environnement et une norme externe, laquelle des deux s'impose en dernier ressort face à un acte administratif ? Deuxièmement, la protection de l'environnement sort-elle nécessairement gagnante d'un progrès du constitutionnalisme environnemental, si la Charte de l'environnement s'avère moins ambitieuse que le texte de droit international ou européen de l'environnement avec lequel elle est susceptible d'être en conflit ?

Il n'y a pas de réponse univoque à ces questions, car deux variables entrent en ligne de compte. La première variable est relative au type d'écran : écran constitutionnel³⁴ ou écran conventionnel³⁵. La deuxième variable est relative au type de norme externe : norme issue du droit international « classique », ou du droit de l'Union européenne.

²⁸ Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 (dans sa version issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008).

²⁹ CC, 23 novembre 2012, décision n° 2012-283 QPC.

³⁰ V. notamment CC, 11 octobre 2013, décision n° 2013-346 QPC.

³¹ V. notamment CC, 13 juillet 2012, décision n° 2012-262 QPC ; CC, 23 novembre 2012, décisions n° 2012-282 et 2012-283 QPC.

³² Loi n° 2012-1460 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, *JO* du 28 décembre 2012.

³³ Par norme externe, précisons que nous entendons à la fois une norme relevant du droit international public, mais aussi (sans nier les spécificités) une norme issue du droit de l'Union européenne.

³⁴ Lorsqu'une loi (et/ou son acte réglementaire d'application), mettant en œuvre une disposition constitutionnelle, risque de contrevenir à une norme externe.

³⁵ Lorsqu'une loi (et/ou son acte réglementaire d'application), mettant en œuvre une norme externe, est susceptible de contrevenir à la Constitution.

Les relations entre la Charte de l'environnement et les normes externes ayant déjà été analysées dans leur richesse et leur complexité³⁶, nous voudrions simplement insister ici sur les deux hypothèses qui, d'un point de vue théorique, sont les plus susceptibles de bousculer nos idées préconçues à propos du constitutionnalisme environnemental. L'alternative, certes caricaturale, est la suivante : faire primer la Charte au risque d'une régression des normes environnementales, ou faire primer la norme externe au détriment du constitutionnalisme environnemental.

La première hypothèse, sans doute la plus problématique, est celle de l'écran constitutionnel³⁷. En effet, dans l'arrêt d'assemblée *Sarran et Levacher* du 30 octobre 1998 (qui ne concernait donc pas spécifiquement la Charte)³⁸, le Conseil d'État procède à une interprétation littérale de l'article 55 de la Constitution (qui n'évoque que la supériorité des traités sur les lois et non sur la Constitution) et refuse de censurer des normes nationales mettant en œuvre la Constitution au nom de leur incompatibilité vis-à-vis d'engagements internationaux³⁹. Il n'est donc pas possible, devant le juge administratif, d'invoquer le droit international de l'environnement contre la Charte, ni par extension contre un acte réglementaire d'application de la Charte. Or l'on sait que, par exemple, le droit international peut être plus ambitieux sur le principe de participation⁴⁰, ou encore sur celui de précaution⁴¹. La théorie de l'écran constitutionnel est bien un élément de constitutionnalisme environnemental (au sens formel de la suprématie de la norme environnementale constitutionnelle sur les normes inférieures), mais ne risque-t-elle pas de se traduire par une régression du niveau de protection de l'environnement, si la norme internationale est plus ambitieuse ?

La deuxième hypothèse est spécifique aux rapports entre le droit français et le droit de l'Union européenne : c'est celle de l'écran conventionnel vis-à-vis d'une norme de droit européen dérivé. Dans l'arrêt d'assemblée *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* du 8 février 2007⁴², le Conseil d'État était saisi de la conformité au principe constitutionnel d'égalité d'un décret de transposition d'une directive sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre. Il opère, pour résumer, une conciliation entre l'affirmation de la suprématie de la Constitution sur le droit international (fondée sur l'article 55 de la Constitution) et la spécificité du droit de l'Union (matérialisée notamment par l'exigence de transposition des directives de l'article 88-1 de la Constitution). La Haute-juridiction indique qu'il faut d'abord rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire équivalent au principe constitutionnel invoqué. Dans l'affirmative et au cas où un problème sérieux de compatibilité de la directive vis-à-vis du droit primaire se pose, le Conseil renverra la question de la validité de la directive à la Cour de justice de l'Union européenne via le mécanisme du renvoi préjudiciel (sinon il écartera lui-même le moyen). Dans l'hypothèse inverse, le juge administratif examine directement la constitutionnalité de la disposition réglementaire (et donc indirectement la directive elle-même)

³⁶ V. notamment Hubert DELZANGLES, *La Charte de l'environnement et les normes externes*, in : CERDA-GUZMAN et SAVONITTO (dir.), n. 7, p. 153.

³⁷ Le problème avait été perçu précocement par Marie-Anne COHENDET, *Les effets de la réforme*, in *La Charte constitutionnelle en débat*, Revue juridique de l'environnement, n° spécial 2003, spéc. p. 154-156.

³⁸ RFDA 1998, p. 1081, concl. Christine MAUGÜÉ, note Denis ALLAND.

³⁹ L'affaire concernait certes un traité issu du droit international « classique », mais la solution fut transposée sans surprise à propos du droit de l'Union : CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, req. n° 226514.

⁴⁰ Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (signée le 25 juin 1998).

⁴¹ V. par exemple le Principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), ou le Protocole de Cartagena sur les risques biotechnologiques (signé le 29 janvier 2000).

⁴² RFDA 2007, p. 384, concl. Mattias GUYOMAR.

et motive ce contrôle par l'appartenance en propre du principe invoqué à l'identité constitutionnelle française. Il y a toutefois peu de chances pour que cette réserve de constitutionnalité s'applique vis-à-vis de la Charte de l'environnement, précisément parce que son contenu est fortement influencé par les sources externes⁴³. Dans son arrêt *Confédération paysanne et autres* du 3 octobre 2016, qui actualise la jurisprudence *Arcelor*, le Conseil d'État a d'ailleurs confirmé que le principe de précaution, tel qu'énoncé par l'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et tel qu'interprété par la Cour de justice, a « une portée garantissant l'effectivité du respect » du principe constitutionnel de précaution⁴⁴.

L'impact de la Charte de l'environnement sur le droit administratif transposant une directive est donc faible : le constitutionnalisme environnemental s'efface derrière ce que l'on pourrait appeler le « communautarisme environnemental ». La protection de l'environnement y perd-elle ? Ce n'est pas certain car les normes européennes sont souvent ambitieuses en matière environnementale, aussi sinon davantage que la Charte.

En tous cas, pour conclure sur les conflits entre la Charte et les normes externes, il nous semble que la réflexion sur le constitutionnalisme environnemental ne devrait pas considérer la question de la suprématie des dispositions constitutionnelles isolément de la finalité de la norme environnementale, qui est d'aboutir à une meilleure protection de l'environnement. Même en étant positiviste il est difficile d'écarter cette considération, dans la mesure où les auteurs s'accordent pour fonder la définition du droit de l'environnement sur un critère finaliste⁴⁵. De plus, la question de la finalité est inhérente à la notion d'effectivité, comme l'a montré Julien Bétaille, pour qui l'effectivité est « le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »⁴⁶. Or *in fine* c'est bien l'effectivité de la protection de l'environnement qui nous intéresse, et dont on cherche à savoir si elle est améliorée ou non par le constitutionnalisme environnemental. Après l'invocabilité de la Charte de l'environnement par les justiciables devant le juge administratif, et (avant) l'évolution du contenu des normes administratives (dont nous allons brièvement parler en conclusion), la contribution à l'amélioration du niveau de protection de l'environnement (ou du moins sa non-régression) pourrait être un troisième indicateur du constitutionnalisme environnemental.

IV) Conclusion :

Nonobstant les difficultés susmentionnées liées aux écrans normatifs en tous genres (législatif, conventionnel, constitutionnel), il est indéniable que la Charte de l'environnement a permis un respect accru de normes environnementales existantes au niveau législatif, du fait des conséquences tirées par le juge de leur élévation dans la hiérarchie des normes.

Cet élément est important du point de vue du constitutionnalisme environnemental, mais paraît un peu réducteur. D'abord il nous semble, comme nous l'avons indiqué en introduction, qu'il ne faudrait pas réduire la réflexion sur le constitutionnalisme environnemental au seul contentieux. Ensuite, mais les deux éléments sont liés, il nous semble également qu'il ne faudrait pas réduire la réflexion au respect des normes existantes, mais envisager aussi l'évolution de leur contenu pour une meilleure protection de l'environnement.

⁴³ En ce sens, DELZANGLES, n. 7.

⁴⁴ AJDA 2017, p. 288, note Fanny TARLET et Guillaume LÉONARD.

⁴⁵ V. notamment PRIEUR et al., n. 8, p. 8-9.

⁴⁶ Julien BÉTAILLE, Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement, Thèse droit, Limoges, 2012, p. 22.

Pour le dire autrement, qu'en est-il de l'influence de la Charte de l'environnement sur l'écriture des normes, sur leur contenu ? Le droit de l'environnement a incontestablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, avec un certain nombre de lois importantes (loi sur les parcs du 14 avril 2006⁴⁷, loi sur la responsabilité environnementale du 1^{er} août 2008⁴⁸, lois « Grenelle » 1 et 2 en 2009⁴⁹ et 2010⁵⁰, loi sur la transition énergétique du 17 août 2015⁵¹, loi « biodiversité » du 8 août 2016⁵², etc.), immanquablement suivies de nombreux décrets d'application. Pour autant, quel a été l'impact de la Charte sur cette évolution ? Delphine Hédary, qui fut responsable de la préparation de la Charte, jugeait en 2015 que « la Charte a eu peu d'effets sur le contenu des exigences environnementales »⁵³. Pour le dire autrement, on a souvent l'impression que la Charte vient *après* les sources externes en tant que moteur de l'évolution des normes environnementales, même s'il est difficile d'apprécier leurs influences respectives, étant donné l'enchevêtrement particulièrement prégnant des ordres juridiques en droit de l'environnement. L'évolution du droit de la participation du public (surtout la loi du 27 décembre 2012 déjà citée, et l'ordonnance du 5 août 2013⁵⁴) est, certes, directement imputable à la Charte et surtout à son interprétation par les juges. Mais il n'en va pas de même, par exemple, pour la loi sur la responsabilité environnementale du 1^{er} août 2008 : alors que l'article 4 de la Charte porte précisément sur la responsabilité environnementale, c'est bien le droit de l'Union européenne (avec la directive du 21 avril 2004⁵⁵) qui a constitué le chaînon indispensable entre le droit constitutionnel et le régime de police administrative que transpose la loi du 1^{er} août 2008⁵⁶.

Que manque-t-il à la Charte pour influencer le contenu des normes, peser réellement sur leur évolution ? Du temps, sans doute (douze ans, c'est court pour juger un texte constitutionnel), et peut-être l'infusion dans les esprits – à défaut de sa constitutionnalisation, qui paraît politiquement difficile - du principe de non-régression, cher à Michel Prieur⁵⁷ et entendu comme un principe de progrès (continu) du droit de l'environnement⁵⁸.

⁴⁷ Loi n° 2006-436, *JO* du 15 avril 2006.

⁴⁸ Loi n° 2008-757, *JO* du 2 août 2008.

⁴⁹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, *JO* du 5 août 2009.

⁵⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, *JO* du 13 juillet 2010.

⁵¹ Loi n° 2015-992, *JO* du 18 août 2015.

⁵² Loi n° 2016-1087, *JO* du 9 août 2016.

⁵³ HÉDARY, n. 7, p. 198.

⁵⁴ Ordonnance n° 2013-714, *JO* du 6 août 2013.

⁵⁵ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE* L 143 du 30 avril 2004, p. 56.

⁵⁶ Sur cette question, v. plus largement Agathe VAN LANG, *L'enracinement constitutionnel de la responsabilité environnementale*, in : Chantal CANS (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 45.

⁵⁷ V. notamment Michel PRIEUR et Gonzalo SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.

⁵⁸ C'est d'ailleurs l'interprétation à laquelle invite l'article L. 110-1 II 9° du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi « biodiversité », qui définit le principe de non-régression comme celui « selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ».