



HAL
open science

Les tribulations des efforts de modernisation de l'arsenal normatif du Conseil de l'Europe en faveur de la protection de l'environnement

Mihaela Anca Ailincăi

► **To cite this version:**

Mihaela Anca Ailincăi. Les tribulations des efforts de modernisation de l'arsenal normatif du Conseil de l'Europe en faveur de la protection de l'environnement. *Annuaire français de droit international*, 2023, 2022 (LXVIII), pp.21-37. halshs-04249876

HAL Id: halshs-04249876

<https://shs.hal.science/halshs-04249876v1>

Submitted on 19 Oct 2023

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.

Les tribulations des efforts de modernisation de l'arsenal normatif du Conseil de l'Europe en faveur de la protection de l'environnement

Anca AILINCAI
Professeure de droit public, Université Grenoble-Alpes
Centre de recherches juridiques (CRJ)
Institut universitaire de France (IUF)

à paraître dans l'*Annuaire français de droit international*, 2022, vol. LXVII, pp. 3-19

Résumé en français :

Le Conseil de l'Europe est une organisation européenne largement reconnue pour son expertise en matière de droits de l'homme. En revanche, ses acquis normatifs s'agissant de la protection de l'environnement *per se* sont beaucoup plus modestes. L'interdépendance entre les droits de l'homme et la protection de l'environnement offre néanmoins au Conseil de l'Europe une occasion de participer à la lutte contre la dégradation environnementale. Cela est d'autant plus nécessaire qu'il doit trouver les moyens de se renouveler, pour rester à la hauteur de sa mission. L'un de ces moyens réside dans l'adaptation de son arsenal normatif pour faire face aux défis contemporains, parmi lesquels l'enjeu environnemental occupe une place centrale. Les travaux en ce sens ont débuté. En un laps de temps somme toute relativement court, une Recommandation sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement a été adoptée, des travaux de modernisation de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal ont été lancés et une réflexion approfondie a été initiée quant à l'adoption d'un éventuel Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et/ou à la Charte sociale européenne, voire d'une Convention qui romprait avec l'approche anthropocentrée traditionnelle. Mais les travaux réalisés à ce stade témoignent d'une grande prudence des Etats quant à la création d'obligations internationales nouvelles.

Résumé en anglais:

The Council of Europe is a European organisation which is widely recognised for its expertise in the field of human rights. Its normative achievements in the field of environmental protection as such are much more modest. The interdependence between human rights and environmental protection nevertheless offers the Council of Europe an opportunity to fully participate in the fight against environmental degradation. This is all the more necessary as it must find ways of renewing itself, in order to remain faithful to its mission. One of these means is to adapt its standard-setting arsenal to meet contemporary challenges, among which the environmental issue is a central one. Work in this area has already begun. In a relatively short space of time, a Recommendation on human rights and the protection of the environment has been adopted, work on modernising the Convention on the protection of the environment through criminal law has been launched and consideration has been given to the adoption of a possible additional Protocol to the European Convention on Human Rights and/or the European Social Charter, or even a Convention that would break with the traditional anthropocentric approach. However, the work carried out so far shows that states are very cautious about creating new international obligations.

Les attentes à l'égard du droit sont fortes pour faire face à l'urgence environnementale. Compte tenu de l'inertie des autorités publiques, les juges sont souvent sollicités en tant que leviers d'action potentiels¹. Cette stratégie englobe la Cour européenne des droits de l'homme, qui suscite parfois des espoirs gigantesques². La satisfaction de ces attentes est en grande partie tributaire de leur adéquation avec le contexte politique et institutionnel dans lequel évolue cette Cour. Or les enjeux environnementaux ne représentent que l'une des priorités actuelles du Conseil de l'Europe, qui est confronté à de nombreux autres défis de taille. Surtout, les Etats membres de cette organisation sont divisés quant à l'opportunité de renforcer le cadre normatif existant pour protéger davantage l'environnement.

Le Conseil de l'Europe a pris conscience très tôt de la nécessité d'endiguer la dégradation de l'environnement. Son Assemblée parlementaire, composée de représentants des parlements nationaux, a commencé à travailler sur cette thématique dès le début des années 1960³. Sous son impulsion, deux comités intergouvernementaux ont été institués pour encourager la coopération entre les Etats membres : le Comité européen pour la sauvegarde de la nature et des ressources naturelles en 1962 et le Comité d'experts sur la pollution de l'air en 1964⁴. En 1968, le Conseil de l'Europe a initié les principes de la lutte contre les pollutions, notamment à travers la Déclaration de principe sur la lutte contre la pollution de l'air⁵. Dans cette dynamique, l'Assemblée parlementaire a essayé d'imposer la protection de l'environnement comme un domaine d'action prioritaire de l'Organisation. En 1970, elle recommandait au Comité des Ministres, l'organe intergouvernemental, de favoriser l'émergence d'une « politique cohérente et coordonnée de la protection de l'environnement naturel et de la lutte contre les nuisances [...] afin que la vocation du Conseil de l'Europe soit pleinement respectée et qu'il ne soit pas dépossédé de sa compétence au profit d'autres organisations internationales »⁶.

Cette crainte d'une marginalisation du Conseil de l'Europe s'est transformée en prophétie. La thématique environnementale a été minorée dans l'agenda de l'organisation à compter de la première Conférence des ministres de l'environnement de l'Europe occidentale, qui s'est tenue à Vienne en 1973. A cette époque, Alexandre-Charles Kiss écrivait que « [d]e toutes les organisations européennes c'est le Conseil de l'Europe dont les compétences sont les plus incontestables pour se pencher sur le problème de la protection de l'environnement »⁷. Pourtant, la Conférence ministérielle recommanda « d'éviter les doubles emplois en tenant le plus large[ment] compte des résultats obtenus par d'autres organisations internationales, surtout

¹ V. not. Ch. CURNIL, « Les droits fondamentaux au service de l'émergence d'un contentieux climatique contre l'Etat. Des stratégies contentieuses des requérants à l'activisme des juges », in M. TORRE-SCHAUB et al. (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Mare & Martin, 2018, pp. 185-215.

² V. par ex. C. HERI, « Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability », *AJIL*, 2022, n° 3, vol. 33, pp. 925-951 ; H. KELLER, C. HERI, « The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR », *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, pp. 1-22.

³ V. not. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (ci-après APCE), Recommandation 290 (1961), 23 septembre 1961, Pollution atmosphérique ; id., Recommandation 341 (1963), 15 janvier 1963, Lutte contre le bruit ; id., Recommandation 555 (1969), 12 mai 1969, Projet de convention européenne concernant la protection des eaux douces contre la pollution.

⁴ APCE, Recommandation 284 (1961), 27 avril 1961, Etablissement, dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'un système permanent de coopération sur les questions concernant la protection de la nature, § 1. c. ; J.-H. MEYER, B. PONCHARAL, « L'eupéanisation de la politique environnementale dans les années 1970 », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2012, vol. 113, n° 1, pp. 117-126.

⁵ V. A.-C. KISS, « La protection de l'environnement et les organisations européennes », *AFDI*, 1973, n° 19, p. 898.

⁶ APCE, Recommandation 586 (1970), 26 janvier 1970, Action du Conseil de l'Europe dans le domaine de la protection de la nature et de la lutte contre les nuisances, § 16 c.

⁷ A.-C. KISS, « La protection de l'environnement et les organisations européennes », *op. cit.*, p. 897.

en Europe, dans le domaine de la protection de l'environnement »⁸. Cela a durablement réduit le champ d'action du Conseil de l'Europe car la plupart des initiatives ont été logiquement portées à l'échelle des Nations Unies et des Communautés européennes.

Il est vrai que le Conseil de l'Europe s'est illustré par l'adoption de quatre conventions innovantes, spécifiquement consacrées à la protection de l'environnement. Elles témoignent de sa volonté précoce non seulement de contribuer à la lutte contre la dégradation de l'environnement, mais aussi d'adopter des normes juridiquement contraignantes pour atteindre cet objectif. C'est ainsi que la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe « was a very innovative biodiversity convention at the time of its adoption, with many features and provisions that were 'unique' at the time »⁹. La Convention du Conseil de l'Europe sur le paysage contribue également à la recherche d'une meilleure qualité de l'environnement et d'un développement durable¹⁰. Les efforts du Conseil de l'Europe n'ont toutefois pas été couronnés du succès qu'ils méritaient, faute d'une volonté politique suffisante de ses Etats membres. La mise en œuvre des conventions précitées « s'est révélée tout à fait limitée »¹¹, en raison de l'absence d'effet direct et de mécanismes efficaces de suivi. Les deux autres conventions, à savoir la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, ne sont même pas entrées en vigueur, alors que trois ratifications seulement sont requises par chacune d'elles¹². Dans les deux cas, l'adoption d'une directive communautaire concurrente¹³ constitue un facteur d'explication.

Si le Conseil de l'Europe ne fait pas partie des organisations internationales qui comptent dans le domaine de la protection de l'environnement en tant que tel, il joue tout de même un rôle en la matière sous l'angle, plus réducteur, des droits de l'homme. Bien que la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne contienne aucune référence à l'environnement, la Cour éponyme a développé une « jurisprudence dynamique et imaginative »¹⁴ qui permet de le protéger indirectement¹⁵. Elle admet ainsi qu'une dégradation de l'environnement peut affecter le bien-être de l'individu et s'analyser comme une violation de la CEDH, en particulier du droit à la vie privée et familiale (article 8), du droit à la vie (article

⁸ B (73) 20, 3 avril 1973, Conclusions de la Conférence des ministres de l'environnement du Conseil de l'Europe, Communiqué de presse, Conclusions (ii), pt. 2.

⁹ C. LASÉN DIAZ, « The Bern Convention: 30 Years of Nature Conservation in Europe », *Review of European Community & International Environmental Law*, 2010, vol. 19, n° 2, p. 186. La Convention de Berne (STE n° 104) a été ouverte à la signature en 1979 et est entrée en vigueur en 1982.

¹⁰ La Convention européenne du paysage (STE n° 176), intitulée « Convention du Conseil de l'Europe sur le paysage » depuis l'adoption d'un Protocole d'amendement en 2016, a été ouverte à la signature en 2000 et est entrée en vigueur en 2004. Pour une analyse des apports de cette Convention, v. not. R. PRIORE, « La Convention européenne du paysage ou de l'évolution de la conception juridique relative au paysage en droit comparé », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2000, n° 3, pp. 281-299 ; M. DEJEANT-PONS, « The European Landscape convention », *Landscape Research*, 2006, vol. 31, n° 4, pp. 363-384.

¹¹ E. LAMBERT, « Environnement et droits de l'homme », Rapport introductif à la Conférence de haut niveau du 27 février 2020 sur le thème « Protection environnementale et droits de l'homme », p. 9.

¹² La Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (STE n° 150) a été adoptée en 1993, tandis que la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal (STE n° 172) a été ouverte à la signature en 1998.

¹³ V. Directive n° 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, pp. 56 et s. ; Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOUE n° L 328 du 6 décembre 2008, pp. 28 et s.

¹⁴ J.-P. MARGUENAUD, « Faut-il adopter un Protocole n° 15 relatif au droit à l'environnement ? », in L. ROBERT (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2013, p. 73.

¹⁵ Les travaux du Comité européen des droits sociaux méritent également de l'attention. V. not. Council of Europe, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, 2022, pp. 117-118 [en ligne] ; K. LUKAS, *The Revised European Social Charter. An Article by Article Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 159-172.

2) et du droit de propriété (article 1 du Protocole 1). La Cour a également érigé la protection de l'environnement au rang des motifs légitimes de restriction des droits conventionnels¹⁶.

Tout cela n'est pourtant plus suffisant aujourd'hui. Cette jurisprudence comporte de nombreuses limites, qui créent un décalage entre la protection dont l'environnement a besoin et celle que la Cour est en capacité de lui accorder en l'état. Un temps progressiste, sa jurisprudence est désormais critiquée. Elle exige un seuil élevé de gravité pour constater une violation de la Convention sous l'angle matériel, en raison d'une large marge d'appréciation reconnue aux Etats et d'une certaine priorité donnée aux considérations économiques¹⁷. Ce contrôle restreint se combine avec des contraintes plus structurelles, qui peuvent laisser penser que la « Convention européenne [est] finalement peu appropriée à la lutte contre les contraintes environnementales »¹⁸. La plus importante d'entre elles réside dans le fait que la Cour a refusé de consacrer par voie prétorienne un droit autonome à un environnement sain, qui équivaldrait à un droit à la protection des éléments naturels *per se*¹⁹. Par conséquent, l'environnement n'est protégé que par ricochet, uniquement dans la mesure où des dégradations environnementales impactent des individus et portent atteinte aux droits que la CEDH leur garantit. Cela signifie que des atteintes graves à l'environnement qui ne s'analyseraient pas simultanément comme des violations des droits conventionnels dépassent le cadre de la protection assurée. Il est encore possible de faire état des limites tenant à l'application essentiellement territoriale de la Convention, au fait que le *locus standi* est centré sur les victimes actuelles, à l'exclusion des générations futures, ou encore à l'absence de mesures de restauration du milieu naturel en tant que moyen de réparation des violations constatées²⁰.

Sous un angle plus stratégique, le rôle d'arrière-plan désormais joué par le Conseil de l'Europe en matière environnementale le fait apparaître comme une organisation internationale dépassée, en marge d'une problématique contemporaine d'ampleur qui affecte avec fracas la protection des droits de l'homme, c'est-à-dire le cœur même de sa mission historique. Au cours des dernières années, alors que la thématique environnementale sommeillait au Conseil de l'Europe, un droit autonome à un environnement sain a été textuellement énoncé dans d'autres systèmes internationaux de protection des droits humains²¹. De façon plus spectaculaire, la

¹⁶ Parmi une littérature très abondante, v. not. P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ/Lextenso, 2021, 642 p.

¹⁷ D. MLSONNE et F. OST, « L'illusion du juste équilibre ou la variabilité de la jurisprudence du juge européen portant sur la balance des intérêts entre environnement et enjeux économiques », in *Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de G. J. Martin*, Frison-Roche, 2013, p. 361 ; F. SUDRE, « Convergence des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux et droit de l'homme à un environnement sain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberforff*, LGDJ/Lextenso, 2015, pp. 35-36.

¹⁸ P. BAUMANN, « Les droits de l'homme et la lutte contre les pollutions dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in C. BOITEUX-PICHERAL, *Les droits de l'homme face aux risques pour l'humanité*, Lexis Nexis, 2022, p. 127.

¹⁹ V. Cour EDH, 22 mai 2003, *Kyrtatos c. Grèce*, n° 41666/98, § 52 : « aucune [...] disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier » ; Cour EDH, 24 janvier 2019, *Cordella et al. c. Italie*, n° 54414/13 et 54264/15, § 100.

²⁰ Pour une vue d'ensemble des limites de la jurisprudence de la Cour, v. not. CDDH-ENV (2022) 07, Examen de la nécessité et de la faisabilité d'un autre instrument ou d'instruments dans le domaine des droits de l'homme et l'environnement. Echange de vues avec des experts indépendants et des représentants de l'Assemblée parlementaire et du Comité européen des droits sociaux ; id., CDDH-ENV (2023) 04 REV, 11 avril 2023, Projet de rapport du CDDH sur la nécessité et la faisabilité d'un nouvel instrument ou d'instruments sur les droits humains et l'environnement, spéc. pp. 30-34 ; C. PERRUSO, *Le droit à un environnement sain en droit international*, thèse dact., Université Paris I et Universidade de São Paulo, 2019.

²¹ V. l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et les articles 18 et 19 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (Protocole de Maputo), l'article 11 du Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant

Cour interaméricaine des droits de l'homme a consacré ce droit par voie prétorienne, en le déduisant de l'article 26 de la Convention américaine des droits de l'homme relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Dans son avis remarqué de 2017, la Cour interaméricaine explique que ce droit présente « both individual and collective connotations » et « constitutes a universal value that is owed to both present and future generations »²². Il s'agit d'un « autonomous right » qui, en tant que tel et « unlike other rights, protects the components of the environment, such as forests, rivers and seas, as legal interest in themselves, even in the absence of the certainty or evidence of a risk to individuals »²³. Ce droit permet donc une protection directe des éléments naturels en ce qu'il peut être violé même en l'absence d'une atteinte à d'autres droits conventionnellement garantis. A l'évidence, « the right to a healthy environment as an autonomous right differs from the environmental content that arises from the protection of other rights, such as the right to life or the right to personal integrity »²⁴. Il est à peine besoin de relever que la portée de ce droit autonome dépasse très largement celle du droit éponyme que certains auteurs décèlent dans la jurisprudence de la Cour européenne²⁵.

Même si l'effectivité du droit autonome à un environnement sain est loin d'être assurée dans les autres systèmes de protection des droits de l'homme, ou peut-être précisément pour cette raison, ces évolutions normatives signalent en creux que le Conseil de l'Europe doit réagir, pour maintenir son statut de précurseur dans la protection des droits de l'homme. Comme le remarque Jean-Pierre Marguénaud, « si la Cour européenne a beaucoup fait pour la protection de l'environnement, les enjeux sont si colossaux que malgré sa bonne volonté, elle n'a pas fait tout ce qui devrait être fait au Conseil de l'Europe »²⁶. Il faudrait ajouter qu'il est démesuré d'attendre d'elle qu'elle trouve des solutions efficaces à l'urgence environnementale sans aucun soutien des Etats membres. Une action de leur part est d'autant plus indispensable que cette organisation est aujourd'hui à la croisée des chemins. Ses principaux instruments normatifs sont datés, la mise en œuvre de ses normes est sujette à caution et plusieurs de ses Etats membres renient ostensiblement les valeurs dont elle est porteuse. A tel point que le Conseil de l'Europe s'interroge sur sa pertinence et mène depuis 2019 des réflexions stratégiques sur son avenir²⁷. Un Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement, le quatrième seulement en soixante-quatorze ans, a même été organisé les 16 et 17 mai 2023 pour redynamiser son action et lui donner des perspectives.

Le besoin pour le Conseil de l'Europe de renouveler sa légitimité pourrait en partie être satisfait au moyen de l'adoption de normes exigeantes de protection de l'environnement, non seulement par le truchement des droits de l'homme mais aussi en dehors de ce cadre. Une

des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador) et l'article 38 de la Charte arabe des droits de l'homme. V. aussi la Résolution 48/13 du Conseil des droits de l'homme du 8 octobre 2021, Droit à un environnement propre, sain et durable et la Résolution 76/300 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 juillet 2022, Droit à un environnement propre, sain et durable.

²² Cour IADH, 15 November 2017, Advisory Opinion OC-23/17, The Environment and Human Rights, § 57.

²³ *Ibid.*, § 59.

²⁴ *Ibid.*, §§ 62-63. Pour une application contentieuse de ce droit, v. Cour IADH, 6 février 2020, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, Serie C n° 400.

²⁵ V. par ex. I. KOTIUK, A. WEISS, U. TADDEI, « Does the European Convention on Human Rights guarantee a human right to clean and healthy air? Litigating at the nexus between human rights and the environment – the practitioners' perspective », *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, vol. 13, pp. 131-133.

²⁶ J.-P. MARGUENAUD, « Contrôle européen et protection de l'environnement : un renforcement nécessaire », in K. BLAY-GRABARCZYK, L. MILANO (dir.), *Les soixante-dix ans de l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme : enjeux et perspectives*, Pedone, 2020, p. 162.

²⁷ V. not. APCE, Résolution 1689 (2009), 1^{er} octobre 2009, L'avenir du Conseil de l'Europe à la lumière de ses 60 années d'expérience ; Secrétaire général, SG/Inf (2020) 34, 23 novembre 2020, Cadre stratégique du Conseil de l'Europe ; Comité des Ministres (ci-après CM), CM/Del/Dec (2021) 131/2a, 21 mai 2021, Le cadre stratégique du Conseil de l'Europe et les activités à venir ; Rapport du Groupe de réflexion de haut niveau du Conseil de l'Europe, octobre 2022.

impulsion en ce sens a été donnée par la présidence géorgienne du Comité des Ministres. En novembre 2019, celle-ci a affiché comme le premier de ses objectifs prioritaires de « renforcer les travaux consacrés à la protection de l’environnement au sein du Conseil de l’Europe »²⁸. « Pour la première fois, la protection de l’environnement [est] considérée comme une priorité claire en tant que telle »²⁹. En février 2020, la Géorgie a organisé une Conférence de haut niveau sur le thème « protection environnementale et droits de l’homme », à l’issue de laquelle elle a prôné une modernisation des normes juridiques paneuropéennes³⁰. Dans *Le cadre stratégique pour 2022-2025* adopté en mai 2021, le Comité des Ministres a confirmé la nécessité « d’élaborer de nouvelles normes juridiquement contraignantes en réponse aux nouveaux défis »³¹.

On aurait pu croire que le bon moment était arrivé, que l’urgence environnementale avait enfin percuté l’agenda du Conseil de l’Europe. Rien n’est moins sûr à ce stade. Trois ans après l’initiative de la présidence géorgienne rien ne s’est encore passé, ou plus exactement si peu en regard de l’urgence environnementale. Depuis 2019, l’élan a glissé vers la retenue. Non pas tellement à cause de la pandémie de Covid-19, qui a paralysé le Conseil de l’Europe pendant plusieurs mois. Un événement encore plus grave est survenu en 2022 : un conflit armé a éclaté entre deux de ses Etats membres, résultant de l’agression de l’Ukraine par la Fédération de Russie. Cela a profondément ébranlé le Conseil de l’Europe puisque sa raison d’être elle-même a été affectée. Son premier impératif est devenu celui de sa survie, en tout cas de sa survie glorieuse. Son urgence à lui est désormais d’enrayer le mouvement de plus en plus visible de reflux des droits de l’homme, de la démocratie et de l’Etat de droit, c’est-à-dire de l’acquis qu’il a patiemment construit pendant ses soixante-dix ans d’existence. Quand l’existant lui-même est menacé, aller plus loin peut avoir le goût du luxe. Bref, aller de l’avant est vital pour le Conseil de l’Europe, mais préserver l’acquis l’est au moins tout autant.

Dans ce contexte morose, il n’est pas très surprenant de constater que l’ambition de la présidence géorgienne ne s’est pas encore concrétisée. Certes, son entrain a permis la rédaction, à grandes enjambées, d’une Recommandation sur les droits de l’homme et la protection de l’environnement³². Il a surtout ouvert la voie à l’adoption de nouveaux instruments juridiquement contraignants. Mais, sur ce terrain, les hésitations persistent. Une modernisation de l’arsenal normatif du Conseil de l’Europe en vue d’une meilleure protection de l’environnement reste donc envisageable, mais pas à très court terme. Les plus optimistes y verront un premier pas encourageant. Les pessimistes relèveront que la perspective d’adoption d’instruments juridiquement contraignants et efficaces est incertaine (I) et que le court terme a accouché d’une Recommandation à la plus-value dérisoire (II).

I. LA PERSPECTIVE INCERTAINE DE L’ADOPTION D’INSTRUMENTS JURIDIQUEMENT CONTRAIGNANTS EFFICACES

Le lien consensuel entre l’environnement et les droits de l’homme est porteur de potentialités fertiles car il ouvre la perspective d’actions en justice auprès des organes de protection des droits de l’homme. Dès lors, l’option d’un renforcement du cadre normatif du

²⁸ Comité des Ministres (ci-après CM), CM/Inf (2019) 22, 22 novembre 2019, Priorités de la présidence géorgienne, pt. 1.

²⁹ CM, CM/AS (2020) 2, 28 janvier 2020, Communication sur les activités du Comité des Ministres devant l’Assemblée parlementaire.

³⁰ « Protection environnementale et droits de l’homme », Conférence de haut niveau, 27 février 2020, Déclaration finale de la Présidence géorgienne du Comité des Ministres.

³¹ CM, CM/Del/Dec (2021) 131/2a, *précit*, Annexe, § 3.

³² CM, CM/Rec (2022) 20, 27 septembre 2022, Recommandation sur les droits de l’homme et la protection de l’environnement.

Conseil de l'Europe spécifique aux droits de l'homme paraît être la plus prometteuse. Pour les mêmes raisons, elle semble aussi la plus difficile à concrétiser. Pour preuve, l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant dans ce domaine n'est toujours pas actée à ce jour (B). En dehors du cadre des droits de l'homme, le Conseil de l'Europe s'est d'ores et déjà engagé dans la voie d'une révision de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, qui prendrait la forme d'une nouvelle Convention sur le sujet. Mais les travaux réalisés à ce stade laissent craindre l'adoption d'un texte au contenu minimaliste (A).

A. *Le risque d'adoption d'une nouvelle Convention pour la protection de l'environnement par le droit pénal au contenu minimaliste*

En février 2020, la présidence géorgienne du Comité des Ministres soulignait que les conventions du Conseil de l'Europe relatives à l'environnement devaient être « améliorées à la lumière des urgences environnementales et des défis climatiques actuels »³³. Le Comité des Ministres a rapidement initié un examen de la faisabilité et de l'opportunité d'une modernisation de la Convention de 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal³⁴, une convention innovante qui n'est jamais entrée en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications. En février 2022, le Groupe de travail *ad hoc* sur l'environnement et le droit pénal (CDPC-EC), créé au sein du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), a suggéré l'adoption d'une nouvelle convention en remplacement de la Convention de 1998³⁵. En conséquence, le Comité d'experts sur la protection de l'environnement par le droit pénal (PC-ENV) a reçu pour mandat d'élaborer un projet de convention avant juin 2024³⁶.

Il est bien trop tôt pour fournir des indications précises sur le contenu de la future convention. Les travaux réalisés par le CDPC-EC renvoient néanmoins des signaux négatifs, qui laissent penser qu'elle sera en deçà de la Convention existante. D'ailleurs, le CDPC-EC a expliqué que « certains éléments de la Convention de 1998 ont été reconnus comme potentiellement problématiques et par conséquent trop complexes pour figurer dans une éventuelle nouvelle convention »³⁷.

Les réticences les plus vives ont été exprimées à propos de l'article 2 § 1 (a) de la Convention de 1998, qui prévoit la création d'infractions « autonomes », applicables aux pollutions qui peuvent être conformes au droit administratif de l'environnement mais provoquent, *a minima*, un danger significatif de mort ou de grave lésion aux personnes. Véronique Jaworski, consultée en tant qu'experte, soulignait la nécessité de développer cette approche en prévoyant « des infractions plus générales de mise en danger de l'environnement »³⁸. Or le CDPC-EC a rapidement constaté que « l'existence d'infractions 'autonomes', complètement séparées du droit administratif, était souvent problématique [...], ce qui a pu empêcher la signature ou la ratification de la Convention » de 1998³⁹. Le « groupe de travail a donc insisté à plusieurs reprises sur le fait que, lors de la rédaction d'une éventuelle

³³ Conférence de haut niveau, Déclaration finale de la présidence géorgienne du Comité des Ministres, *précit.*

³⁴ La rédaction d'un Protocole d'amendement à la Convention de Berne, en vue d'établir un mécanisme de contributions financières obligatoires, est également en cours. V. CM/Del/Dec(2022)1446/9.1, 19 octobre 2022.

³⁵ CDPC (2022) 6, 15 juin 2022, 81 session plénière, Liste des décisions, 14-15 juin 2022, pt. 9.

³⁶ CM, CM (2022) 148-add2final, 23 novembre 2022, Mandat du Comité d'experts sur la protection de l'environnement par le droit pénal (PC-ENV).

³⁷ CM, CM (2022) 148-add, 7 septembre 2022, Etude de faisabilité sur la protection de l'environnement par le droit pénal, § 25.

³⁸ CDPC (2020) 9, 16 septembre 2020, Document de travail sur la protection de l'environnement par le droit pénal, p. 4.

³⁹ CDPC-EC (2021) 2, 17 juin 2021, Rapport de la 2^e réunion, p. 2.

nouvelle convention, les experts du futur comité de rédaction devront maintenir l'interdépendance matérielle du droit administratif et du droit pénal »⁴⁰.

Les premières discussions laissent aussi penser qu'il sera difficile de rendre obligatoires des dispositions de la Convention de 1998 qui, du fait de leur caractère novateur, avaient été formulées sous une forme optionnelle. Le CDPC-EC a ainsi noté que « les mesures de confiscation et de remise en état de l'environnement, que l'on trouve dans la Convention actuelle parce qu'elles présentent un caractère utilitaire, mériteraient d'être discutées. Si elles sont maintenues dans une nouvelle convention, elles devraient rester facultatives »⁴¹. Il en va de même à propos de l'article 9 de la Convention de 1998, qui envisage des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales. Le CDPC-EC a conclu que les « négociations futures d'une nouvelle convention *pourraient* inclure des discussions sur la responsabilité pénale des personnes morales »⁴². L'article 11 de la Convention de 1998, qui encourage l'*actio popularis*, ou tout au moins la participation des associations aux procès environnementaux, pourrait lui aussi être effacé. Selon le CDPC-EC, « [l]a question se pose de savoir s'il est approprié de maintenir une telle disposition dans un nouvel instrument » ; en cas de maintien, il faut « prévoir une flexibilité suffisante », et donc une disposition « facultative »⁴³.

Enfin, rien ne permet à ce stade de garantir que la nouvelle convention sera assortie d'un mécanisme de suivi, qui fait défaut dans la Convention actuelle. Le CDPC-EC a souligné les avantages d'un tel mécanisme, mais il a aussi relevé que « [l]es coûts et le poids administratif pour les Etats [...] devraient également être pris en compte »⁴⁴.

Sur bien des points, les discussions menées en 2022 ressemblent donc aux « négociations souvent difficiles » qui ont conduit, au prix de « lourdes concessions »⁴⁵, à l'adoption de la Convention de 1998. Alors même que l'objectif était déjà à l'époque d'éviter un texte trop contraignant que les Etats ne ratifieraient pas⁴⁶, la Convention n'est jamais entrée en vigueur. Et pour cause, les efforts du Conseil de l'Europe ont été minés par les initiatives concurrentes de l'Union européenne, qui s'est engagée, peu de temps après, dans le processus de négociation de la Directive 2008/99/CE portant sur le même sujet. Pour les Etats membres de l'Union, la transposition de la Directive était prioritaire sur la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe⁴⁷. Cela a empêché tout effet d'entraînement à l'égard des Etats non membres de l'Union, d'autant plus que la Directive est, sur certaines questions comme les infractions « autonomes », moins exigeante que la Convention.

L'histoire se répète aujourd'hui puisque la Commission européenne a présenté en décembre 2021 un projet de Directive en remplacement de la Directive 2008/99/CE⁴⁸. La configuration est même plus complexe car cette fois-ci les négociations sont supposées se dérouler en parallèle. Dans ce contexte, certains Etats ont émis des doutes sur l'utilité d'une nouvelle convention ambitieuse du Conseil de l'Europe. Ainsi, l'Autriche a souligné que « a 'new' Convention should orientate itself on the EU-Directive 99/2008. This could possibly help to get all those CoE-member States 'on board', which are not EU-member States at the same

⁴⁰ CM, CM (2022) 148-add, *précit*, § 26.

⁴¹ *Ibid.*, § 61.

⁴² *Ibid.*, § 57 (non souligné dans l'original).

⁴³ *Ibid.*, §§ 66 et 68.

⁴⁴ *Ibid.*, §§ 70-71. V. aussi PC-ENV (2023) 02, Rapport de la 1^{ère} réunion du PC-ENV, p. 3.

⁴⁵ APCE, AS/Jur (1996) 12, 7 mars 1996, Observations sur le projet de Convention pour la protection de l'environnement par le droit pénal, §§ 50 et 51.

⁴⁶ APCE, Doc. 8274, 30 novembre 1998, Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, Lettre du Président des Délégués des Ministres à la Présidence de l'Assemblée.

⁴⁷ CDPC (2021) 7, 2 September 2021, Compilation of Contribution Points.

⁴⁸ European Commission, COM (2021) 851 final, 15 December 2021, Proposal for a Directive on the protection of the environment through criminal law replacing Directive 2008/99/EC, 2021/0422 (COD).

time »⁴⁹. Pourtant, une évaluation de la Commission européenne a constaté que cette Directive n'avait pas produit d'effets suffisants en pratique⁵⁰. D'autres délégations, à l'instar de la Belgique, ont même annoncé « qu'elles ne seraient pas en mesure de contribuer aux discussions à venir sur la nouvelle Convention avant que le processus législatif au sein de la Commission européenne [sic.] ne soit achevé »⁵¹. A supposer que le projet d'une nouvelle Convention aboutisse, il est impensable qu'il puisse aller au-delà de la nouvelle Directive, à la fois parce que les Etats membres de l'Union européenne sont numériquement majoritaires au Conseil de l'Europe et parce que, en pratique, ils négocient collectivement au sein des comités intergouvernementaux⁵². Autant dire que l'ensemble du processus de négociation, voire de ratification, d'une éventuelle convention renouvelée est largement tributaire des évolutions au sein de l'Union.

Pour des raisons très différentes, il y a tout autant d'incertitudes quant à l'éventualité de l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant dans le champ spécifique des droits de l'homme, où le processus est moins avancé.

B. Des hésitations persistantes quant à l'adoption d'un nouveau traité dans le champ spécifique des droits de l'homme

L'idée de protéger l'environnement à travers les droits de l'homme infuse au Conseil de l'Europe depuis bien longtemps. Cette idée peut se concrétiser selon différentes modalités, impliquant des niveaux d'ambition variables. Pour l'heure, elle se manifeste à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'opère qu'un simple « verdissement » des droits de l'homme en ciblant les seuls dommages à l'environnement entraînant simultanément une atteinte à des droits garantis par la CEDH. Paradoxalement, cette jurisprudence environnementale freine l'adoption d'un instrument consacrant un droit autonome à un environnement sain, qui permettrait une protection de l'environnement indépendamment de la violation d'un autre droit de l'homme conventionnellement protégé⁵³.

L'Assemblée parlementaire plébiscite la consécration d'un tel droit depuis 1972⁵⁴. Depuis 1999, elle insiste pour qu'elle prenne la forme d'un Protocole additionnel à la CEDH⁵⁵. Cela permettrait l'énoncé d'un droit autonome offrant à la Cour une base juridique solide pour muscler sa jurisprudence environnementale. Les initiatives de l'Assemblée ont toutefois été rejetées par le Comité des Ministres, aux motifs que « la reconnaissance du caractère individuel et justiciable du droit de l'homme à l'environnement sain et viable se heurte [...] à des difficultés » et que « la Convention offre déjà un certain degré de protection face aux problèmes

⁴⁹ CDPC (2021) 7, *précit.*

⁵⁰ Commission staff working document, Evaluation of the Directive 2008/99/EC on the protection of the environment through criminal law, SWD (2020) 259 final, 28 October 2020.

⁵¹ CDPC (2021) 7, *précit.* ; PC-ENV (2023) 02, *précit.*, p. 4.

⁵² J. POLAKIEWICZ, « A Council of Europe perspective on the European Union: Crucial and complex cooperation », *Europe and the World : A law review*, 2021, vol. 5, p. 4.

⁵³ Sur l'intérêt de consacrer un tel droit au niveau international, v. D. R. BOYD, « Catalyst for Change. Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment », in J. H. KNOX, R. PEJAN (eds.), *The Human Right to a healthy environment*, Cambridge University Press, 2018, pp. 17-41.

⁵⁴ V. not. APCE, Recommandation 683 (1972), 23 octobre 1972, Suites à donner aux conclusions de la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme, § A.3.

⁵⁵ APCE, Recommandation 1431 (1999), 4 novembre 1999, Action future du Conseil de l'Europe en matière de protection de l'environnement, §§ 8 et 11.2.b ; id., Recommandation 1885 (2009), 30 septembre 2009, Elaboration d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un environnement sain, § 10.1 ; id., Recommandation 1614 (2003), 27 juin 2003, Environnement et droits de l'homme, § 10.1.

touchant à l'environnement »⁵⁶. Tout au plus un *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement* a-t-il été rendu public en 2006, pour « contribuer à une prise de conscience accrue dans les Etats membres des implications de leurs obligations au regard de la Convention en matière d'environnement »⁵⁷. Ce Manuel a depuis été élargi aux travaux du Comité européen des droits sociaux et a été mis à jour en 2011 et 2021.

Dans son rapport introductif à la Conférence de haut niveau de février 2020, Elisabeth Lambert estimait que ce serait « un échec » si le Conseil de l'Europe se contentait d'un Protocole additionnel à la CEDH⁵⁸. Cet objectif minimaliste serait inapproprié et déjà obsolète en ce qu'il ne pourrait aboutir qu'à la reconnaissance d'un droit individuel ancré dans le présent. Or, l'urgence environnementale nécessite de dépasser cette vision anthropocentrée et requiert un nouvel instrument beaucoup plus audacieux, basé sur une approche éco-centrée et intergénérationnelle. Il s'agirait en substance de consacrer un droit collectif et intertemporel à la protection de l'environnement, dont les bénéficiaires seraient l'humanité, y inclus les générations futures, ou la nature elle-même. Cela impliquerait d'opter pour une vision élargie des droits de l'homme, comparable à celle que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a exposée dans son avis de 2017, voire même de sortir de ce cadre⁵⁹.

La Conférence de haut niveau n'a pas donné un signal politique à la hauteur de ces enjeux. Sans véritable surprise, l'idée d'un instrument éco-centré n'a pas prospéré. Même le projet d'un Protocole additionnel à la CEDH a été qualifié « d'ambitieux »⁶⁰ au regard des réactions étatiques, qui ont oscillé entre l'indifférence, l'intérêt sans emphase⁶¹ et l'hostilité à peine dissimulée⁶². Dès lors, la Déclaration finale de la présidence géorgienne a modestement proposé l'élaboration d'une simple Recommandation du Comité des Ministres sur les droits de l'homme et l'environnement. Un objectif aussi restreint peut décevoir puisque les normes de *soft law* sont déjà nombreuses en la matière et qu'elles n'ont pas produit les effets escomptés. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine insiste sur la nécessité d'adopter un instrument juridiquement contraignant⁶³. En mai 2020, les présidences sortantes et entrantes du Comité des Ministres, assurées par la Grèce et l'Allemagne, ont malgré tout confirmé l'option contraignante, mais elles l'ont présentée « as a first step »⁶⁴.

⁵⁶ APCE, Doc. 8892, 20 novembre 2000, Réponse du Comité des Ministres à la Recommandation 1431 (1999) de l'Assemblée ; id., Doc. 10041, 24 janvier 2004, Réponse du Comité des Ministres à la Recommandation 1614 (2003) de l'Assemblée, § 4 et Annexe I.

⁵⁷ APCE, Doc. 10041, *ibid.*, § 5 et Annexe I.

⁵⁸ Rapport introductif à la Conférence de haut niveau préparé par Elisabeth LAMBERT, *précit.*, p. 33.

⁵⁹ Sur les différences entre un droit individuel autonome à un environnement sain et un droit de l'humanité à un environnement viable, v. C. LE BRIS, « Ancrer le droit à un environnement sain au niveau supranational : pour une action renforcée du Conseil de l'Europe sur les changements climatiques », *RTDH*, 2021, n° 126, pp. 217-240.

⁶⁰ Actes de la Conférence de haut niveau organisée par la Présidence géorgienne du Comité des Ministres le 27 février 2020, p. 56 (Vice-président du Comité directeur pour les droits de l'homme).

⁶¹ *Ibid.*, p. 80 (Albanie), p. 91 (Grèce), p. 102 (Monaco), p. 104 (Pologne) et p. 106 (Suisse).

⁶² *Ibid.*, p. 84 (Allemagne : the « jurisprudence [of the European Court of Human Rights] is very wise. [...] not every environmental issue is a human right issue. And we should not make it one. We should resist temptations of imposing on the European Court of Human Rights the burden of solving the climate crisis ») et p. 89 (« La France est favorable à l'affirmation *politique* d'un droit à un environnement sain dans le champ international » (non souligné dans l'original)).

⁶³ V. not. E. LAMBERT, « Comment rendre crédible et effective la protection des droits humains écologiques par le Conseil de l'Europe ? », *RTDH*, 2020, n° 123, pp. 609-628 ; E. LAMBERT, « Comment concilier protection de la nature et approche par les droits fondamentaux dans le cadre du Conseil de l'Europe ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2021/3, vol. 46, pp. 503-525 ; C. LE BRIS, « Ancrer le droit à un environnement sain au niveau supranational : pour une action renforcée du Conseil de l'Europe sur les changements climatiques », *op. cit.*, pp. 217-240.

⁶⁴ CM, Decl(15/05/2020), 15 mai 2020, Déclaration conjointe sur les droits de l'homme et l'environnement des Présidences sortantes et entrantes du Comité des Ministres.

Le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), composé de représentants gouvernementaux, a créé en son sein un Groupe de rédaction sur l'environnement et les droits de l'homme (CDDH-ENV). Celui-ci a reçu pour mandat initial d'élaborer un « projet d'instrument non-contraignant », de « [m]ettre à jour le Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement » et d'« [e]xaminer la nécessité de poursuivre les travaux dans ce domaine »⁶⁵. Le mandat a été ultérieurement précisé, à la faveur de « deux développements importants » qui, de l'avis du CDDH, « auront un impact sur les travaux » du Groupe⁶⁶. Le premier est la reconnaissance d'un droit à un environnement propre, sain et durable par le Conseil des droits de l'homme⁶⁷. Le second réside dans la Recommandation 2211 (2021) de l'Assemblée parlementaire, qui demande au Comité des Ministres d'élaborer non pas un, mais deux protocoles additionnels, l'un à la Convention européenne des droits de l'homme et l'autre à la Charte sociale européenne. Le texte est accompagné d'un projet de Protocole aspirant à « dépasser une approche fondée sur les droits individuels seuls » et à « définir le droit à un environnement sain comme un droit de l'humanité autonome »⁶⁸. En réaction, le Comité des Ministres a chargé le CDDH d'« examiner la nécessité et la faisabilité d'un instrument ou d'instruments additionnels, en gardant à l'esprit la Recommandation 2211 (2021) »⁶⁹.

Même si une étape importante a été franchie, il reste encore un long chemin à parcourir et l'issue demeure incertaine à ce stade. Aucun projet ambitieux ne peut faire l'économie de l'allocation au Conseil de l'Europe de moyens supplémentaires. Or l'Organisation peine à obtenir de ses Etats membres les ressources qui lui sont nécessaires, si bien que les réflexions en cours intègrent « l'éventuel impact de tout instrument supplémentaire [...] sur la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux »⁷⁰. Cette contrainte est en soi un facteur limitant. Pire encore, « de nombreuses délégations ont fait part de leur difficulté à entrevoir la nécessité de travaux supplémentaires » et certaines ont même affirmé que « le moment n'est pas encore venu d'élaborer un instrument contraignant »⁷¹. Tout cela n'incite pas à l'optimisme, d'autant plus que le choix à court terme d'un instrument non-contraignant a accouché d'un résultat à la plus-value dérisoire.

II. LE CHOIX A COURT TERME D'UN INSTRUMENT JURIDIQUEMENT NON CONTRAIGNANT A LA PLUS-VALUE DERISOIRE

Le 27 septembre 2022, le Comité des Ministres a adopté la Recommandation CM/Rec (2022) 20 sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement. Les travaux de rédaction de ce texte ont été marqués par des flottements au sujet de sa portée. Alors que le CDDH affirmait en décembre 2020 que le texte doit simplement « rappell[er] les normes existantes »⁷², le CDDH-ENV estimait en avril 2021 qu'il « doit apporter une valeur ajoutée »⁷³. Mais en juin 2021, après avoir reçu les premiers commentaires des Etats sur l'avant-projet, le CDDH a jugé nécessaire de souligner qu'il est « important qu[e le texte] n'abaisse pas le niveau d'exigence des normes déjà existantes »⁷⁴. L'objectif a alors été revu à la baisse : selon le

⁶⁵ CDDH (2020) R93, 27 janvier 2021, Rapport de la 93^e réunion du CDDH, Annexe VI, p. 46.

⁶⁶ CDDH (2021) R95, 10 décembre 2021, Rapport de la 95^e réunion du CDDH, § 27.

⁶⁷ Résolution 48/13 du Conseil des droits de l'homme, *précit.* Depuis, ce droit a également été formellement consacré par la Résolution 76/300 de l'Assemblée générale, *précit.*

⁶⁸ APCE, Recommandation 2211 (2021), 29 septembre 2021, Ancrer le droit à un environnement sain : la nécessité d'une action renforcée du Conseil de l'Europe, § 3 et Annexe.

⁶⁹ CM, CM/Del/Dec (2021) 1416/3.1, 3 novembre 2021, § 3.1 (b).

⁷⁰ CDDH (2021) R95, *précit.*, § 31.

⁷¹ CDDH (2021) R94, 9 juillet 2021, Rapport de la 94^e réunion du CDDH, § 24.

⁷² CDDH (2020) R93, *précit.*, p. 13.

⁷³ CDDH-ENV (2021) R1, 3 mai 2021, Rapport de la première réunion du CDDH-ENV, § 9.

⁷⁴ CDDH (2021) R94, *précit.*, § 23.

CDDH, « la valeur ajoutée d'un tel instrument réside dans l'interconnexion entre les droits de l'homme et l'environnement »⁷⁵. Pourtant, « améliorer la compréhension de [cette] interconnexion » constitue déjà l'ambition assignée au *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, qui a été mis à jour en parallèle⁷⁶.

Le texte de la Recommandation transpire de toutes parts ces doutes quant à l'objectif réellement poursuivi. Son adoption par consensus⁷⁷ a permis à quelques Etats réfractaires de le vider d'une très grande partie de la substance du projet initial, à tel point que l'on peine à identifier sa plus-value par rapport au *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*. En effet, il s'est avéré impossible de consacrer un droit autonome à un environnement propre, sain et durable (A) et les différentes versions du texte témoignent d'un assouplissement de tous les éléments relatifs à la mise en œuvre de la Recommandation (B).

A. *L'absence de reconnaissance d'un droit autonome à un environnement propre, sain et durable*

L'avant-projet de recommandation, adopté par le CDDH-ENV en novembre 2021, avait de l'allure. Au premier paragraphe du dispositif, il était recommandé aux Etats membres « de reconnaître que le droit à un environnement propre, sain et durable est un droit de l'homme qui découle des instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, qui leur est inhérent et qui est important pour la jouissance des droits de l'homme »⁷⁸. Même si elle ne visait qu'un droit individuel, la formulation était ambitieuse, peut-être même osée.

Plusieurs reproches lui ont été adressés par les Etats. La Suisse a fait remarquer que l'objectif de ce paragraphe n'était pas clair, ou plutôt qu'il était double⁷⁹. Il s'agissait de demander aux Etats membres de consacrer un droit autonome à un environnement propre, sain et durable, mais aussi de reconnaître que ce droit « découle » d'instruments internationaux ou régionaux déjà adoptés. Or la Suisse, mais aussi la Fédération de Russie⁸⁰ et dans une moindre mesure la Géorgie et le Royaume-Uni, insistaient sur le fait que ce droit n'est pas formellement consacré dans les textes internationaux de protection des droits de l'homme, y inclus la CEDH, et donc qu'il ne peut pas en découler⁸¹. La Fédération de Russie et la Géorgie demandaient en conséquence de supprimer le paragraphe. S'interrogeant sur la formulation adéquate pour éviter des effets extensifs, la Norvège considérait que la proposition du CDDH-ENV « could be interpreted as a recognition of a right to a healthy environment as an independant human right » et suggérait d'employer plutôt la formule « droit à la protection de la santé » reprise de l'article 11 de la Charte sociale européenne⁸². Avec plus de modération, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni proposaient de s'en tenir à la formulation de la Résolution 48/13 du Conseil des

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Conseil de l'Europe, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*, 3^e éd., 2022, p. 7.

⁷⁷ V. F. BENOIT-ROHMER, H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*, éd. Conseil de l'Europe, 2005, p. 62.

⁷⁸ CDDH-ENV (2021) R2 Addendum, 16 novembre 2021, Avant-projet de recommandation sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement, p. 6.

⁷⁹ CDDH-ENV (2022) 02, 10 January 2022, Revised text of the draft Recommendation on Human rights and the environment including the comments received from member States and Observers, p. 13 (Suisse).

⁸⁰ La Fédération de Russie a été exclue du Conseil de l'Europe le 16 mars 2022, mais a participé aux travaux jusqu'à cette date.

⁸¹ CDDH-ENV (2022) 02, *précit.*, p. 12 (Géorgie) et p. 13 (Suisse, Royaume-Uni et Fédération de Russie).

⁸² CDDH-ENV (2022) 03, 10 janvier 2022, Projet de recommandation sur les droits de l'homme et l'environnement, Compilation des commentaires reçus, p. 13.

droits de l'homme et donc d'effacer toute référence à un lien d'inhérence entre le droit en question et les textes internationaux, auxquels il pourrait tout au plus être « lié »⁸³.

Dans le projet de recommandation qu'il a présenté au CDDH en avril 2022, le CDDH-ENV a maintenu le premier paragraphe, mais il l'a reformulé. Il proposait de recommander aux Etats « de reconnaître que le droit à un environnement propre, sain et durable est un droit de l'homme qui est important pour la jouissance des droits de l'homme et qui est lié à d'autres droits et au droit international existant »⁸⁴. L'essentiel avait été sauvegardé. Mais cette version a été massivement assouplie par le CDDH, après un « examen approfondi »⁸⁵ qui signale des discussions animées. Dans le projet de recommandation qu'il a transmis au Comité des Ministres en juin 2022, le CDDH opte pour une formulation ésotérique : il est demandé aux Etats « de réfléchir à la nature, au contenu et aux implications du droit à un environnement propre, sain et durable, et, sur cette base, d'envisager activement de reconnaître au niveau national ce droit comme un droit de l'homme important pour la jouissance des droits de l'homme et lié à d'autres droits et au droit international existant »⁸⁶. Il ne s'agit donc plus de reconnaître ce droit mais seulement d'« envisager » - certes « activement » - de le faire, qui plus est seulement « au niveau national ». Cette formulation sibylline a été maintenue dans le texte finalement adopté. Autant dire que l'apport de la Recommandation a été sérieusement raboté.

Sur ce point, la vacuité du dispositif est en partie compensée par le préambule de la Recommandation, qui donne le sentiment que le Comité des Ministres jette les bases d'une éventuelle reconnaissance d'un droit autonome à un environnement sain, mais se garde bien de le faire. Dans cette partie du texte, le Comité se dit « [c]onvaincu que toute personne a le droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie adéquates, ainsi qu'à un environnement d'une qualité suffisante pour permettre une vie de dignité et de bien-être, dans lequel ces droits et libertés peuvent être pleinement réalisés ». La portée de ce paragraphe est ambiguë. Bien qu'il soit placé dans le préambule, qui a une valeur juridique inférieure au dispositif, sa formulation ressemble à celle d'une déclaration consacrant un droit à un environnement sain, dont le caractère autonome est délibérément incertain. Cette impression est confortée par d'autres parties du préambule, au moyen desquelles le Comité des Ministres se dit « soucieux de prendre en compte l'équité intergénérationnelle » et « not[e] la reconnaissance accrue d'une certaine forme du droit à un environnement propre, sain et durable » à la fois dans l'ordre juridique international et les réglementations nationales.

Ces attermoissements tranchent avec la reconnaissance explicite d'un droit autonome à un environnement propre, sain et durable à l'échelle des Nations Unies⁸⁷. Cet écart interroge. Comment se fait-il qu'au sein du Conseil de l'Europe il ne soit pas possible de consacrer, dans une simple recommandation, un droit qui a pourtant été reconnu par le Conseil des droits de l'homme et l'Assemblée générale avec l'assentiment de la quasi-totalité des Etats européens⁸⁸ ? L'explication réside dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est assez fréquent que celle-ci se réfère à des textes de *soft law* adoptés par le Comité des Ministres pour établir l'existence d'un consensus européen favorable à une interprétation évolutive de la

⁸³ CDDH-ENV (2022) 02, *précit*, p. 12.

⁸⁴ CDDH-ENV (2022) R4 Addendum, 20 avril 2022, Projet de recommandation sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement préparé par le CDDH-ENV, p. 4.

⁸⁵ CDDH (2022) R96, 11 juillet 2022, Rapport de la 96^e réunion du CDDH, § 19.

⁸⁶ CDDH (2022) R96 Addendum 4, 11 juillet 2022, Projet de Recommandation CM/Rec(2022) ... du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement, p. 4.

⁸⁷ Résolution 48/13 du Conseil des droits de l'homme, *précit* ; Résolution 76/300 de l'Assemblée générale, *précit*.

⁸⁸ Parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, seule la Fédération de Russie s'est abstenue lors du vote des deux Résolutions.

CEDH⁸⁹. La formulation du texte, de même que l'accumulation d'instruments de *soft law* aux énoncés convergents, peuvent servir à déterminer le poids à accorder aux normes souples identifiées⁹⁰. Dans ce contexte, les précautions prises par certains Etats dans le processus de rédaction de la Recommandation de 2022 peuvent signaler qu'ils ont cherché à empêcher la Cour de consacrer, par voie prétorienne, un droit autonome à un environnement sain déduit de la CEDH et ayant de ce fait une portée juridiquement contraignante à l'égard de tous les Etats membres⁹¹. Autrement dit, ils ne souhaitaient pas que la Recommandation produise en définitive des effets encore plus amples que ceux d'un Protocole additionnel à la CEDH, qui ne lierait que les Etats qui l'auraient ratifié.

Certains Etats se sont montrés tout aussi réservés sur le terrain de la mise en œuvre de la Recommandation, dont la consistance a été progressivement tempérée.

B. *L'assouplissement des éléments relatifs à la mise en œuvre de la Recommandation*

L'existence de mécanismes de surveillance efficaces est un enjeu important dans le domaine de l'environnement, où la quantité des normes rivalise avec leur manque d'effectivité. Les dispositions relatives à la mise en œuvre de la Recommandation étaient d'autant plus essentielles que l'objectif d'énoncer des normes nouvelles ou de consacrer un droit autonome à un environnement sain a été écarté. Dès lors que le *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement* présente déjà les principales obligations existantes, la valeur ajoutée de la Recommandation ne pouvait résider que dans la consolidation de leur mise en œuvre.

Les dispositions relatives à l'application de la Recommandation ont pourtant été assouplies au cours du processus de rédaction. Dans les premiers projets présentés par le CDDH-ENV, le dispositif contenait une multiplicité de paragraphes visant à conforter la mise en œuvre de normes susceptibles de favoriser la protection de l'environnement. Dans le texte finalement adopté, ces éléments sont tout à la fois moins nombreux et plus mesurés.

Les projets initiaux cherchaient à étendre l'opposabilité de différentes obligations à l'ensemble des Etats membres. Ils demandaient aux Etats parties à la Charte sociale européenne « d'envisager de signer et de ratifier le Protocole additionnel de 1995 [...] prévoyant un système de réclamation collective (STE n° 158) ». Ils recommandaient aussi, à tous les Etats membres, « d'envisager de signer et/ou de ratifier » d'autres conventions pertinentes du Conseil de l'Europe ainsi que la Convention d'Aarhus et son protocole⁹². Alors que la Conférence des organisations internationales non gouvernementales proposait d'exiger purement et simplement la ratification de ces textes, dont elle suggérait au demeurant de gonfler la liste⁹³, les représentants des Etats ont préféré supprimer ces paragraphes. La Recommandation n'a définitivement pas pour objectif d'accroître le volume des obligations pesant sur les Etats.

Dans la version finale du dispositif, il ne reste que trois paragraphes relatifs à la mise en œuvre des obligations existantes. Le paragraphe 3 encourage simplement la traduction et la diffusion de la recommandation. Alors que d'autres recommandations récentes assignent à de tels efforts de dissémination l'objectif de sensibiliser davantage les autorités nationales aux

⁸⁹ V. not. L. R. GLAS, « The European Court of Human Rights' Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents », *Human Rights Law Review*, 2017, pp. 97-125, spéc. p. 111.

⁹⁰ Ch. PHILIPPE (PIVETEAU), « Le juge de Strasbourg, la lettre de la *soft law* et l'interprétation », *RTDH*, 2019/3, n° 119, spéc. pp. 583 et 595.

⁹¹ Voir les explications en ce sens fournies par la délégation norvégienne, CDDH-ENV (2022) 02, *précit*, p. 13.

⁹² CDDH-ENV (2021) 03, 26 April 2021, Drafting proposals for a preliminary text of a non-binding instrument on the existing principles of human rights and the protection of the environment, dispositif § 4-6.

⁹³ CDDH-ENV (2022) 02, *précit*, pp. 14-15.

obligations qui leur incombent et de contribuer ainsi à leur réalisation⁹⁴, toute finalité de ce type a été gommée de la version finale dudit paragraphe 3. Ainsi formulé, ce paragraphe devient relativement insignifiant puisque les autorités nationales sont déjà censées connaître les obligations existantes grâce au *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement*.

Les deux autres paragraphes du dispositif pourraient avoir plus d'envergure, mais leur portée est incertaine. Il en va ainsi du paragraphe 2, dont la consistance varie entre les versions française et anglaise du texte. Selon la version, le texte recommande aux Etats de « revoir leur législation et leurs pratiques nationales » afin de s'assurer qu'elles sont tantôt « consistent with », tantôt « conformes à » l'annexe. Il n'est pas impossible que ces divergences d'objectif s'expliquent par une remarque de la délégation suisse. Selon elle, l'expression « comply with », initialement choisie par le CDDH-ENV, « a un caractère contraignant qui n'est pas idéal avec un instrument de soft law ». Elle proposait plutôt l'usage de « consistent with »⁹⁵, qui affiche une ambition de cohérence, ou de compatibilité, plus que de conformité. De surcroît, à la demande du représentant suisse qui souhaitait « nuancer » la formulation initiale jugée « très 'prescripti[ve]' », toute référence à une évaluation régulière de l'effectivité des mesures prises a été gommée du paragraphe 2⁹⁶.

Pour sa part, le paragraphe 4 du dispositif adopté prévoit que les Etats « examiner[ont], au sein du Comité des Ministres, la mise en œuvre de la présente recommandation au plus tard cinq ans après son adoption ». La formulation n'a pas évolué dans le temps, alors que plusieurs représentants nationaux se sont à juste titre interrogés sur la nature précise de l'examen envisagé. Ainsi, la Suisse demandait quels seraient « the indicators for measuring progress made »⁹⁷. Le Royaume-Uni présumait que « there is no reporting obligation », mais a également fait savoir qu'il « would not wish to support a mandatory review of national law to consider if it is consistent with a 'right to a clean environment' »⁹⁸. Plus radicalement, la Fédération de Russie proposait d'effacer ce paragraphe, estimant que « such a mechanism would contradict the very nature of the Recommendation as a non-legally binding document »⁹⁹. Cette dernière suggestion n'a pas été suivie, mais aucune précision supplémentaire n'a pour autant été apportée sur les modalités concrètes du suivi établi.

Cela crée une zone d'ombre d'autant plus épaisse que l'objet du suivi n'est pas non plus limpide. Le paragraphe 2 du dispositif évoque la mise en cohérence, ou en conformité, avec l'annexe, qui fait partie intégrante de la Recommandation. Cela pouvait avoir un sens au début du processus de rédaction, lorsque, à l'instar d'autres recommandations¹⁰⁰, l'annexe était composée d'une cinquantaine de paragraphes. Cette annexe étoffée présentait un large éventail de normes et principes, sans tenir compte du statut juridique des instruments dont ils sont issus et sans se limiter aux normes exclusivement élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe. Outre des normes relatives à la protection de l'environnement par le biais des droits de l'homme, le projet initial d'annexe incluait une ébauche de codification des grands principes du droit international de l'environnement, dans l'esprit du projet de Pacte mondial pour l'environnement. Mais le risque de régression, les divergences exprimées quant à la teneur

⁹⁴ V. par ex. la Recommandation CM/Rec (2016) 3 du Comité des Ministres sur les droits de l'homme et les entreprises, 2 mars 2016, dispositif § 2.

⁹⁵ CDDH-ENV (2021) 08, 4 juin 2021, Rédaction de propositions pour un texte préliminaire d'un instrument non contraignant sur les droits de l'homme et l'environnement, Compilation des contributions reçues, p. 9.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 9 en lien avec CDDH-ENV (2021) 03, *précit.*, p. 11, dispositif § 1.

⁹⁷ CDDH-ENV (2021) 08, *ibid.*, p. 10.

⁹⁸ CDDH-ENV (2022) 02, *précit.*, p. 16.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁰ V. par ex. Recommandation CM/Rec (2022) 17 du Comité des Ministres sur la protection des droits des femmes et des filles migrantes, réfugiées et demandeuses d'asile, 20 mai 2022.

exacte de ces principes et plus largement la crainte de faire naître de nouvelles obligations¹⁰¹, ont conduit à une annexe anémiée. Sa version finale se résume à six courts paragraphes, à la formulation recommandatoire. Elle se contente de lister les principes généraux du droit international de l'environnement, sans les codifier et sans prétention à l'exhaustivité, et d'énoncer à grands traits quelques autres catégories d'obligations déduites pour l'essentiel des travaux menés au Conseil de l'Europe. La partie substantielle de l'annexe initiale a été déplacée vers un exposé des motifs. Celui-ci n'étant pas intégré dans la Recommandation, son contenu n'est pas soumis au mécanisme de suivi, même s'il peut éclairer le sens précis de l'annexe. Or, à la lecture de cette annexe, il est difficile de déterminer quelles sont les mesures concrètes que les Etats doivent prendre. Faute d'identification claire des mesures de mise en œuvre attendues, il semble hasardeux de prédire ce qui sera effectivement surveillé, mais aussi comment cette surveillance sera articulée avec les autres mécanismes de contrôle et de suivi déjà établis au sein du Conseil de l'Europe pour la majeure partie des normes listées.

* *
*

Les Etats sont généralement frileux à l'idée d'accepter de nouvelles obligations internationales, qui plus est dans le contexte du Conseil de l'Europe. Dans cette enceinte, la Cour européenne des droits de l'homme peut faire figure d'épouvantail à l'égard de tous ceux qui, dans d'autres lieux, pourraient être tentés de prendre des engagements sans lendemain. De plus, il arrive que l'action de l'Union européenne s'invite dans les débats sous la forme d'une concurrence larvée. Malgré ces contraintes qui auraient pu le condamner à l'immobilisme, le Conseil de l'Europe ne s'est pas détourné des problématiques environnementales. Les travaux engagés à ce stade n'incitent pas pour autant à l'optimisme. Un bond en avant reste malgré tout possible. A l'occasion du quatrième Sommet du Conseil de l'Europe, qui s'est tenu à Reykjavik les 16 et 17 mai 2023, les chefs d'État et de gouvernement des États membres se sont en effet engagés « à renforcer [les] travaux sur les aspects de l'environnement liés aux droits de l'homme et à lancer le processus de Reykjavik visant à cibler et à renforcer les travaux du Conseil de l'Europe dans ce domaine »¹⁰².

En attendant d'éventuels progrès de la coopération intergouvernementale, la présidence géorgienne du Comité des Ministres encourageait en février 2020 la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux « à étayer davantage leur jurisprudence et à accorder la priorité aux requêtes concernant des questions de protection de l'environnement »¹⁰³. Pour sa part, le préambule de la Recommandation du 27 septembre 2022 se contente plus sobrement de « [r]éaffirm[er] que la Convention et la Charte sont des instruments vivants qui doivent être interprétés à la lumière des conditions actuelles ». Au regard des réserves exprimées au cours des travaux intergouvernementaux, un soutien politique si discret ne suffira sans doute pas pour inciter ces organes, et en particulier la Cour européenne, à révolutionner leur jurisprudence à la hauteur des enjeux environnementaux. Dans un tel contexte, consacrer, par voie prétorienne, un droit individuel et autonome à un environnement sain paraît déjà être un (trop) grand défi pour la Cour ; s'attendre à ce qu'elle s'aligne sur l'avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de 2017 pour énoncer un droit à connotation collective et transgénérationnelle est (totalement) illusoire. Mais avant même d'envisager

¹⁰¹ CDDH-ENV (2021) 08, *précit*, pp. 8, 10 et 13 (Suisse) ; CDDH-ENV (2021) 10, 27 octobre 2021, Rédaction de propositions pour un texte préliminaire d'un instrument non contraignant sur les droits de l'homme et l'environnement, Contributions reçues, pp. 4-6 (Belgique).

¹⁰² Déclaration de Reykjavik, Unis autour de nos valeurs, 4e Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe, 16-17 mai 2023, p. 7 et annexe V.

¹⁰³ Déclaration finale de la Présidence géorgienne du Comité des Ministres, *précit*.

quelle pourrait être la réaction de la Cour au fond, notamment dans les affaires climatiques qui sont actuellement pendantes devant elle¹⁰⁴, la toute première question qui se pose est de l'ordre de la stratégie judiciaire et politique. Elle a été formulée par Robert Spano, ancien président de la Cour : « would it be clever, would it be better, for the Court to take a backwards stance for the time being and allow this issue to percolate in the European legal and political sphere ? »¹⁰⁵.

Sans même connaître l'impact des échanges intergouvernementaux sur la jurisprudence de la Cour, on ne peut pas dire que les choses stagnent. Il y a au contraire une certaine effervescence au Conseil de l'Europe autour de la problématique environnementale. Mais une réponse crédible à l'urgence environnementale nécessite une volonté politique de haute intensité, qui fait pour l'instant défaut.

¹⁰⁴ V. not. Req. n° 39371/20, *Claudia Duarte Agostinho et al. c. le Portugal et 32 autres Etats* ; Req. n° 53600/2, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Suisse* ; Req. n° 34068/21, *Greenpeace Nordic and Others v. Norway*, que la Cour a décidé de traiter en priorité.

¹⁰⁵ « Interview : P Sands in conversation with R Spano – 8 July 2021 », *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, vol. 13, p. 10.