

# Chronique de droit constitutionnel comparé (juillet à décembre 2021)

## Écrit par

Éleonora BOTTINI



Professeure à l'Université de Caen Normandie

Antoine CORRE-BASSET



Professeur à l'Université de Rouen

## I. Cour constitutionnelle de la République slovaque, décision PL ÚS 7/2021-150 du 7 juillet 2021 (référendum sur la dissolution du Parlement), par A. Corre-Basset

La Cour constitutionnelle slovaque s'est prononcée l'an dernier, à la demande de la présidente de la République (en vertu de l'article 95, al. 2 de la Constitution slovaque - ci-après C), sur un projet de référendum issu d'une pétition populaire (procédure prévue par l'article 95, al. 1 C). Ce projet de référendum portait sur la dissolution du Conseil national slovaque (chambre unique du Parlement), ce qui le rendait particulier à deux titres. D'une part, la question posée impliquait, pour que la réponse fût efficace, de reconnaître une force juridique de rang constitutionnel au référendum, ce qui ne va pas de soi au regard des textes. D'autre part, le résultat de ce référendum ne devait pas être l'adoption d'une norme appelée à durer dans le temps, mais un acte unique : la dissolution du Parlement et l'élection d'une nouvelle Chambre. Or si les articles 93 à 100 de la Constitution prévoient bien un référendum, leur inscription au chapitre V de la Constitution (« Pouvoir législatif ») semble le réserver à un usage législatif (au sens large ; normolateur, si l'on préfère).

La question était d'autant plus sensible que l'initiative avait été lancée par des partis d'opposition, alors même que les élections législatives s'étaient tenues l'année précédente - mais qu'elle avait reçu un écho considérable (plus de 585 000 signatures reçues <sup>(1)</sup>, alors que le nombre à obtenir pour l'organisation du référendum est de 350 000 signatures). On pouvait donc aussi bien y voir un puissant élan populaire, rendu plus légitime par la situation sanitaire particulière à laquelle ont été confrontés les gouvernements depuis 2020, qu'une manœuvre politicienne. Cette question s'inscrivait également dans un contexte constitutionnel particulier, d'abord parce que la présidente elle-même considérait l'état du droit trop incertain pour savoir si ce référendum était ou non conforme à la Constitution, ensuite et surtout parce que la Cour constitutionnelle a élaboré ces dernières années une théorie du contrôle des lois de révision de la Constitution que le Parlement a voulu abattre - précisément par une révision constitutionnelle, laquelle a, comme on peut s'en douter, été contestée devant la Cour (elle est actuellement pendante) <sup>(2)</sup>.

La difficile conciliation entre la démocratie comprise comme pouvoir du peuple et la Constitution comme protection, directe et indirecte, des individus y compris contre le pouvoir majoritaire, n'est pas nouvelle : quand certains font primer l'élément populaire (ainsi du Conseil constitutionnel), d'autres reconnaissent une limitation du pouvoir constituant par la Constitution (en Allemagne, par exemple). La Cour constitutionnelle slovaque, ne laissons pas plus longtemps languir l'auditoire, n'a pas découvert enfin la solution qui échappait jusque-là. En revanche, elle présente un raisonnement mesuré tout entier fondé sur la pondération qui mérite comme tel d'être présenté : tout en se plaçant résolument dans le cadre du constitutionnalisme (tous les pouvoirs ne sont exercés qu'en vertu de la Constitution, le peuple lui-même, lorsqu'il

s'exprime, n'est qu'un pouvoir constitué<sup>(3)</sup>, elle cherche à rendre justice à la fonction de légitimation du peuple. Le premier travail, implicite, de pondération lui permet d'affirmer la validité d'un référendum en matière constitutionnelle, mais à mesure que le pouvoir de révision constitutionnelle, quelle que soit sa forme, est limité par des principes supraconstitutionnels (1). Elle nuance cependant elle-même la portée du principe en introduisant une pondération dans la pondération : le noyau dur de la Constitution ainsi découvert n'est pas protégé lui-même de manière absolue (2).

## 1. La pondération entre démocratie et constitutionnalisme

Considérant le référendum comme un outil de démocratie directe, et la démocratie directe elle-même non pas tant comme l'antagoniste, mais le complément de la démocratie représentative<sup>(4)</sup>, la Cour cherche la position d'équilibre qui permettrait de maintenir la rigidité de la Constitution sans la délier complètement de toute légitimité populaire. Si elle interprète donc l'institution du référendum de la manière la plus conforme à l'idéal démocratique pur<sup>(5)</sup> (A), c'est à condition de ménager des limites procédurales et substantielles permettant d'empêcher que cette institution soit retournée contre le régime démocratique en son sens libéral (B).

### A. Une interprétation favorable au principe démocratique

L'article 93, al. 2 C autorise l'organisation de référendum concernant les « *questions importantes d'intérêt public* »<sup>(6)</sup>, sans préciser si ces questions peuvent aussi être de celles qui requièrent l'adoption d'une norme de révision de la Constitution. On trouve des arguments dans les deux sens : si l'exclusion explicite de certains domaines du champ ouvert au référendum (droits de l'homme, questions budgétaires) peut, *a contrario*, laisser penser que les autres matières, y compris constitutionnelles, peuvent être soumises au peuple, l'article 72 C réserve tout de même les pouvoirs législatif et constituant au Conseil national. Surtout, l'article 84, al. 4 C prévoit une procédure spécifique de révision de la Constitution, ce qu'on peut interpréter, d'après l'adage *lex specialis*, comme excluant le recours à d'autres voies.

La question n'a pu se poser à la Cour constitutionnelle qu'à partir de la révision en 2001 de l'article 95 C, qui a donné au président de la République le pouvoir de saisir la Cour constitutionnelle d'une demande populaire de référendum afin de vérifier la constitutionnalité de la question envisagée. Saisie en 2014 pour la première fois, elle avait reconnu que la modification de la Constitution pouvait faire l'objet d'un référendum. Cependant, il n'était pas question alors de réviser directement la Constitution : le projet de référendum invitait la population à se prononcer sur des décisions de principe, non pas sur l'édiction de normes à proprement parler. C'est qu'en effet la Constitution ne confère pas aux référendums de portée normative directe (sauf le cas particulier des référendums portant sur l'entrée dans une Union d'États, ou le retrait de celle-ci, prévu à l'article 93, al. 1), et la manière dont les questions étaient posées en 2014 - très générales -, ne pouvait pas valoir modification directe du texte constitutionnel<sup>(7)</sup>.

Quoique la Cour se fût déjà prononcée alors pour la reconnaissance d'un effet juridique des référendums, y compris au niveau constitutionnel, les enjeux paraissaient suffisamment différents dans l'espèce commentée pour nécessiter une confirmation. La présidente de la République, dans sa saisine, se fondait d'ailleurs sur une décision plus ancienne (ILÜS 31/97), dans laquelle la possibilité d'une modification directe de la Constitution par référendum avait été rejetée. Or l'objet du référendum réclamé en 2021, puisqu'il touchait à la durée de la législature, laquelle est déterminée à l'article 73 al. 1 C, impliquait de suspendre, voire de modifier la Constitution.

La Cour se fonde sur deux arguments pour prolonger la jurisprudence de 2014 et reconnaître donc la possibilité d'un référendum constituant d'initiative populaire. Elle s'appuie tout d'abord précisément sur ce que nous présentions à l'instant comme un argument en sens inverse, l'article 84, al. 4 C qui prévoit la procédure parlementaire de révision constitutionnelle. Cet article, rappelle la Cour, se trouve dans le chapitre général relatif au pouvoir législatif, ce qui implique de comprendre le syntagme au sens large de pouvoir d'édiction des normes légales, que celles-ci relèvent du niveau de la loi au sens strict ou de la Constitution. Dès lors, si le Conseil national, auquel est consacrée la première section du chapitre, y est décrit comme organe législatif et constituant, le peuple s'exprimant par le référendum, dont l'intervention est prévue par la seconde section du même chapitre, doit se voir reconnaître le même pouvoir à la fois législatif au sens strict et constituant ; c'est donc précisément parce que l'article 84, al. 4 C attribue le pouvoir de révision constitutionnelle au Parlement qu'on doit le reconnaître également au peuple s'exprimant par référendum<sup>(8)</sup>. Dans cette interprétation, l'article 72 qui fait du Conseil national le seul organe législatif et constituant doit être lu d'une manière restreinte : il faut entendre « organe » par opposition aux autres organes institués comme tels, mais non par opposition au peuple qui, s'il se prononce comme pouvoir institué, n'est pas pour autant un organe au sens de l'article 72.

Il y a ici, plus que ne le laisse penser l'apparent naturel du raisonnement de la Cour, une décision en faveur du peuple. D'une part, en effet, ce parallélisme ne va pas de soi alors que l'article 84, al. 4 C prévoit une majorité qualifiée pour réviser la Constitution : il introduit ce faisant une distinction entre pouvoir législatif et pouvoir de révision constitutionnelle que ne permet pas de reproduire le recours au référendum. En ce sens donc, la priorité donnée à la perspective constitutionnaliste sur la perspective démocratique aurait pu justifier un refus du référendum constitutionnel. D'autre part, la formulation de l'article 72 pourrait alors être comprise de manière plus rigoureuse : si le peuple est un pouvoir institué, il n'y a pas de raison de ne pas le considérer lui aussi comme un organe. On pourrait envisager dès lors le référendum comme un moyen d'ordonner au

Parlement une direction à suivre, mais sans portée normative directe<sup>(9)</sup>. La Cour elle-même signale que, en l'état du droit, les référendums peuvent donner lieu soit à des normes directement applicables (normes d'obligation ou de permission), soit à des normes seulement téléologiques<sup>(10)</sup>.

Des deux voies qui s'offraient à elles, et deux voies toutes les deux permises par sa jurisprudence (les romans à la chaîne ne sont pas toujours si directives qu'on le croit), la Cour a donc choisi celle qui est la plus favorable à l'intervention du peuple dans la législation constitutionnelle. La possibilité d'encadrer ce référendum permet de l'inscrire dans le cadre d'un régime constitutionnaliste : la Cour ne s'est pas contentée des limites prévues par le texte constitutionnel, mais en a ajouté à raison du pouvoir constitutionnel qu'elle lui reconnaît.

## B. Une limitation renforcée du pouvoir constituant

L'argument décisif en faveur de la portée constitutionnelle des référendums est, selon la Cour constitutionnelle, la réforme de 2001 qui a permis le contrôle préalable des questions soumises à référendum. Cette nouvelle disposition a du même coup permis d'écartier le risque inhérent à ce genre de consultation : que le peuple, sous prétexte d'être constituant, en vienne à renverser le régime constitutionnel. Au contraire, l'article 95, al. 2, puisqu'il laisse la possibilité au président de saisir la Cour de la conformité à la Constitution de la proposition de référendum qui lui est soumise, met en place un cadre constitutionnel qui limite l'expression populaire, protège le régime constitutionnel sinon les dispositions constitutionnelles elles-mêmes, et permet donc de reconnaître au référendum une force juridique directe<sup>(11)</sup>.

La Cour, pour fonder une telle interprétation, se base en premier lieu sur les dispositions constitutionnelles elles-mêmes : outre la procédure prévue par l'article 95, des limitations matérielles, procédurales et temporelles sont prévues. Ainsi, un référendum ne peut pas porter sur les droits et libertés fondamentales, sur les impôts ni le budget de l'État (article 93, al. 3). Son résultat ne peut être reconnu, ensuite, qu'à la condition d'avoir obtenu une double majorité : majorité des suffrages exprimés, et participation de la majorité des électeurs inscrits (article 98, al. 1). Enfin, il ne peut être organisé ni dans les quatre-vingt-dix jours précédant les élections législatives ni dans les trois ans suivant un référendum portant sur le même sujet (articles 97, al. 1 et 99, al. 2).

Ainsi, le texte constitutionnel offre un support permettant d'envisager une intervention encadrée du peuple, regardé donc par la Constitution elle-même comme un pouvoir constitué. Surtout, le contrôle *a priori* prévu permet de garantir la mise en œuvre effective de ces limitations.

La décision commentée, cependant, de manière remarquable, s'inscrit également dans une autre lignée jurisprudentielle, qui a étendu les limites imposées par la Cour au pouvoir de révision constitutionnelle.

Dans la décision portant, entre autres, sur l'interdiction constitutionnelle du mariage homosexuel (la première qui lui a permis d'affirmer que les référendums peuvent avoir un effet en matière constitutionnelle), la Cour avait déjà affirmé le caractère intangible des articles 12, al. 1 et 93, al. 3 C, ceux donc qui d'une part protègent les droits fondamentaux en général, et d'autre part restreignent le champ du référendum<sup>(12)</sup>. Cette jurisprudence a connu une évolution d'importance en 2017 : la Cour a étendu ce caractère d'intangibilité, y compris à l'encontre du législateur constitutionnel, à des dispositions implicites, et non au seul texte constitutionnel. Ce sont d'abord des principes qui trouvent un ancrage textuel : les principes de démocratie et d'État de droit qui caractérisent la République slovaque selon l'article 1, al. 1 C<sup>(13)</sup>. Surtout, deux ans plus tard, la Cour a ajouté au nombre de ces normes intangibles des principes dégagés de la Constitution, mais sans nécessairement de fondement constitutionnel précis : elle a reconnu l'existence d'un noyau fonctionnel implicite et intangible de la Constitution slovaque, dont font partie par exemple la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice, la sécurité juridique et la non-rétroactivité des lois<sup>(14)</sup>.

Par conséquent, les lois de révision constitutionnelle peuvent désormais être contrôlées au même titre que les autres lois par la Cour constitutionnelle. C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre, me semble-t-il, la décision commentée : si la compétence du peuple s'exprimant par référendum est élargie à la révision constitutionnelle, c'est parce que la compétence de révision a d'abord été restreinte, et l'est de manière plus explicite encore par cette décision.

Tout en se donnant l'apparence peu contestable d'un progrès démocratique, la Cour parvient ainsi à soumettre plus étroitement l'ensemble des acteurs législatifs, peuple ou représentants, au contrôle de l'instance non élue chargée de déterminer le sens du texte constitutionnel. Cela dit, et s'il est vrai qu'elle peut trouver à se prononcer ainsi un intérêt stratégique<sup>(15)</sup>, il n'en reste pas moins que l'édifice ainsi bâti cherche tant que la chose est possible à concilier la démocratie comme pouvoir du peuple et la démocratie comme équilibre des pouvoirs. La perspective, ouverte par la Cour elle-même, d'une révision constitutionnelle rendant le référendum envisagé constitutionnel la conduit même à reconnaître les limites de ses pouvoirs.

## 2. Une pondération dans la pondération : la possibilité de modifier une disposition touchant au noyau dur de la Constitution

L'intérêt de cette décision est précisément qu'elle n'est pas une caricature de captation par une juridiction constitutionnelle de toute décision sur la Constitution au nom de la protection à la fois de l'État de droit et de la démocratie. Au contraire, si la Cour constitutionnelle slovaque contrôle la

proposition de référendum et la déclare contraire à la Constitution (A), elle n'en reconnaît pas moins la possibilité pour le pouvoir de révision constitutionnelle d'adopter un fondement constitutionnel qui permettrait à une initiative populaire de prononcer la dissolution du Conseil national, en dépit de la protection supra-constitutionnelle accordée au principe d'État de droit (B).

## A. Les fondements de la déclaration d'inconstitutionnalité

La question envisagée par la proposition de référendum, qui vise à mettre un terme à la législature en cours, relève formellement des pouvoirs du peuple s'exprimant par cette voie, mais se heurte, matériellement, au noyau dur de la Constitution dont l'existence a été dans le même temps réaffirmée par la Cour.

Tout d'abord parce que le référendum prévu ne respecte pas le principe de généralité de la loi, principe constitutif de l'État de droit. En effet, la question posée revient à prononcer la dissolution d'une législature précise, sans pour autant modifier le texte de la Constitution. Ce n'est donc pas, à proprement parler, une révision, mais une suspension de la disposition constitutionnelle établissant la durée de toute législature. Or, la Cour slovaque cite à cet égard son homologue tchèque, qui a rendu en 2009 une décision semblable<sup>(16)</sup>, cela revient à méconnaître l'un des caractères essentiels de la loi (ordinaire comme constitutionnelle) dans un État de droit, qui est d'être générale<sup>(17)</sup>. Dans un raisonnement que Rousseau ne renierait pas<sup>(18)</sup>, elle relie cette exigence à la séparation des pouvoirs : il existe une différence de nature plus qu'une simple relation hiérarchique entre les normes générales prises par le pouvoir législatif, et celles individuelles qui sont le fait des pouvoirs exécutif et judiciaire<sup>(19)</sup>. Surtout, au-delà, si ce n'est au fondement de la séparation des pouvoirs, le maintien du caractère général de la loi découle de l'idée même de Constitution : celle-ci étant, comme on l'a déjà dit, en soi séparation des pouvoirs afin de garantir la liberté des individus, tolérer des atteintes ponctuelles sous la forme de décisions constitutionnelles *ad hoc* fondées sur une prétendue souveraineté du peuple reviendrait à nier l'idée même de Constitution - pourvu que l'on comprenne bien une Constitution comme le texte qui, du même coup, garantit les droits et détermine la séparation des pouvoirs<sup>(20)</sup>. Dans la mesure où le référendum recherche une dissolution ponctuelle, et non l'établissement d'une règle générale, il est donc contraire au noyau substantiel implicite de la Constitution<sup>(21)</sup>.

Ensuite parce que, de manière plus générale, une telle utilisation du référendum méconnaît le principe de séparation des pouvoirs, déjà inclus en 2019 dans ce même noyau dur. L'argumentation se rapproche de celle relative à la généralité de la loi, voire la recoupe en partie : puisque le pouvoir législatif est un pouvoir constitué, et constitué de manière à être abstrait, l'exercer en vue d'accomplir un acte individuel, tel que sont les actes par lesquels les organes agissent entre eux, contreviendrait au principe de séparation des pouvoirs (ainsi, d'après la Constitution slovaque, c'est au président que revient le pouvoir de prononcer la dissolution du Conseil national). Pas plus que le Parlement ne peut trancher un litige soumis au juge, le peuple s'exprimant, comme législateur, par voie de référendum, ne peut donc raccourcir la durée d'une législature<sup>(22)</sup>.

## B. La perspective d'une révision constitutionnelle

L'intérêt de cette décision est cependant que le même raisonnement qui permet de déclarer la proposition de référendum contraire au noyau dur de la Constitution ouvre au pouvoir constituant, parlementaire ou référendaire, une voie pour le contourner. La Cour constitutionnelle le signale elle-même, manière assez rare pour une telle juridiction de fragiliser le pouvoir qu'elle s'est pourtant elle-même reconnu sur le texte constitutionnel en recourant au discours de la supraconstitutionnalité.

La Cour termine en effet son raisonnement en constatant que le constituant pourrait toujours modifier la Constitution de manière à rendre possible une dissolution référendaire du Parlement. Certes, l'équilibre actuel entre les pouvoirs, qui l'exclut, lui semble plus conforme à la théorie de la démocratie représentative, mais rien n'interdit au constituant de se détourner de la théorie. Ce rappel me paraît tout à fait bienvenu, et une manière de limiter les conséquences des théories supraconstitutionnelles qui me paraissent les plus discutables (quoi qu'on pense du principe même de limitation matérielle du pouvoir constituant), particulièrement lorsque ces normes intangibles ou ces noyaux durs sont tirés plutôt de l'analyse d'un texte constitutionnel que de ses dispositions expresses. En reconnaissant comme des normes intangibles des concepts de droit constitutionnel tels que la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique ou la hiérarchie des normes, le juge s'offre en effet la possibilité de moduler la Constitution selon le sens qu'il reconnaît à ce qu'il présente comme des concepts scientifiques, et par là même incontestables. Au contraire, la Cour constitutionnelle slovaque laisse au constituant le pouvoir de méconnaître une construction théorique, la démocratie représentative, qu'elle regarde pourtant comme le paradigme permettant de rendre compte de la Constitution slovaque<sup>(23)</sup>.

De ce fait, la décision n'est pas sans laisser subsister une certaine ambiguïté : tout en établissant l'existence d'un noyau dur de la Constitution pouvant résister au pouvoir de révision constitutionnelle, la Cour reconnaît à ce même pouvoir de révision la capacité de modifier des règles relevant pourtant de ce noyau dur. C'est en effet, comme elle l'affirmait déjà dans la décision sur la procédure d'habilitation des juges, que la constitutionnalité de ces atteintes portées au noyau dur dépend de leur intensité : c'est seulement si elles sont assez fortes pour renverser l'ordre démocratique et légal instauré de manière globale qu'elles peuvent être déclarées contraires à la Constitution<sup>(24)</sup>. Dans le cas de la dissolution référendaire, les choses se présentent donc ainsi : si une telle dissolution porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs en ce que le pouvoir législatif n'est pas normalement appelé à

prendre des actes individuels, l'existence d'une norme générale prévoyant ce pouvoir le rendrait *ipso facto* conforme à la Constitution <sup>(25)</sup>. La question de la généralité de la loi écartée, le principe, sans doute trop vague, de séparation des pouvoirs ne suffirait pas à s'opposer à la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle. Il y a là de la part de la Cour constitutionnelle slovaque une autolimitation remarquable.

Cette autolimitation se traduit par la pondération effectuée par le juge entre les deux pôles de la démocratie représentative que sont la souveraineté du peuple et l'État de droit. La Cour relève ainsi qu'admettre la question proposée au référendum reviendrait à nier l'un de ces deux pôles au profit de l'autre : si des atteintes peuvent être admises, si des conciliations peuvent être faites, ce ne peut être au prix de la disparition entière de l'un des deux principes. Le caractère général de la norme, ainsi, peut être en partie méconnu au sens où le référendum, en s'appuyant notamment sur la souveraineté du peuple, pourrait adopter une norme moins générale que les lois ordinaires (et que le législateur parlementaire, plus tenu par les règles constitutionnelles, car moins directement légitime au regard du principe démocratique), mais pas au point d'être entièrement ignoré par l'adoption référendaire d'une norme purement particulière <sup>(26)</sup>.

Cette mesure de la Cour doit sans doute également être mise en rapport avec un constat qu'elle partage avec la présidente, d'après sa saisine : la Constitution slovaque, sur la question du référendum en général et de son statut constitutionnel en particulier, serait insatisfaisante, car peu claire <sup>(27)</sup>. Au lieu d'en prendre prétexte pour s'arroger un droit de regard permanent sur la révision référendaire, et sans pour autant abandonner toute possibilité de contrôle en cette matière (ce qui derrière le paravent de la vertu démocratique n'est qu'une manière de jeter aux orties ce qui fait les démocraties modernes, cette articulation entre fondement populaire et encadrement de tous les pouvoirs par la Constitution), la Cour constitutionnelle propose donc aux initiateurs du référendum une voie constitutionnelle pour arriver à leurs fins - tout en leur rappelant que la généralité du droit impliquera alors que la même procédure puisse être utilisée plus tard contre eux, s'ils venaient à accéder au pouvoir.

## II. Cour constitutionnelle d'Équateur, arrêt n° 1149-19-JP/21 du 10 novembre 2021 (Reconnaissance des droits de la nature), par E. Bottini

Le droit de l'environnement est par définition transnational. Pour autant, le droit international de l'environnement, composé des différentes conventions signées à Rio (1992), à Kyoto (1997) et à Paris (2015), ne brille pas par son efficacité, notamment en termes de contrôle et de sanctions. Ainsi, certaines constitutions nationales ont également commencé à inclure les préoccupations environnementales à travers des amendements : l'ajout à la Constitution française de la Charte de l'environnement de 2004 par la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 en est un exemple. Dans d'autres, d'adoption plus récente, les éléments relatifs à la protection de l'environnement ont été intégrés dans le texte dès le travail constituant. La plupart des constitutions, cependant, protègent l'environnement comme espace de vie des personnes et identifient, dans une perspective largement anthropocentrique, les êtres humains comme seuls sujets des droits environnementaux, tels le droit (de l'homme) de vivre dans un environnement sain ou le droit (des populations) de participer aux décisions ayant un impact sur l'environnement. Peu de chartes constitutionnelles et législations dans le monde attribuent des droits à la nature ou à ses éléments (fleuves, animaux, glaciers, arbres, ensembles naturels ...). La Constitution d'Équateur de 2008 représente la première de ces exceptions, ayant introduit à son article 10 les droits de la terre (de la nature, de la Mère-Terre ou *Pacha Mama*), et proposant dès le préambule une vision non anthropocentrique des droits et plus généralement du constitutionnalisme <sup>(28)</sup>. Ce changement a représenté pour beaucoup une véritable révolution et identifie selon certains la Constitution équatorienne comme l'une des plus progressistes au monde. Une loi organique en Bolivie de 2010 <sup>(29)</sup> et des lois ordinaires en Nouvelle-Zélande <sup>(30)</sup> et en Australie <sup>(31)</sup> ont rapidement suivi un tel changement de perspective, ainsi que certaines interprétations jurisprudentielles en Colombie comme celle de la Cour constitutionnelle qui en 2016 conférait la personnalité juridique au fleuve Atrato <sup>(32)</sup> et de la Cour suprême de justice qui l'a conférée en 2018 à la forêt amazonienne colombienne <sup>(33)</sup>.

La présence importante, dans cette liste, de pays d'Amérique latine n'est pas un hasard : le changement de perspective est fondé sur une critique de l'anthropocène, identifié avec une vision occidentale du constitutionnalisme libéral <sup>(34)</sup>. De ce point de vue, le passage du droit de l'environnement aux droits de la nature est une révolution que les pays mentionnés ont opérée alors que, par exemple, l'Union européenne est encore loin de l'avoir accomplie <sup>(35)</sup>. La différence d'approche s'explique en grande partie par le contexte politique et juridique de ce qui a été défini comme le « *nouveau constitutionnalisme latino-américain* », une vague de constitutionnalisation ayant eu lieu à la fin du XX<sup>e</sup> et au début du XXI<sup>e</sup> siècle en Colombie, au Venezuela, en Équateur et en Bolivie et qui est caractérisée, entre autres choses, par l'inclusion des populations autochtones dans le processus constituant <sup>(36)</sup>. Cette inclusion est directement liée à la consécration des droits de la nature, dans une logique de pluralisme et multiculturalisme s'instaurant dans des pays où les populations ont subi la colonisation.

Il est également important de rappeler le contexte spécifique - naturel et politique - propre à l'Équateur : il s'agit du pays natal d'au moins huit groupes indigènes, avec plus de treize millions d'hectares de forêt pluviale tropicale dans le bassin amazonien, et qui abrite le célèbre archipel des Galápagos. L'Équateur est également depuis plusieurs décennies l'objet d'une importante exploitation (sinon d'une véritable invasion) par l'industrie du pétrole qui a causé une vague de déforestation en Amazonie, pollué l'eau et contribué à la diffusion de maladies <sup>(37)</sup>. Il est donc compréhensible que le

changement politique qui a porté à l'élection du socialiste Rafael Correa à la présidence en 2006 ait aussi conduit à l'adoption d'une nouvelle Constitution deux ans plus tard, fondée sur les droits des populations autochtones, des droits économiques et sociaux et les droits de la nature, en réaction à cette situation. La Cour constitutionnelle équatorienne d'ailleurs insiste sur la spécificité constitutionnelle dans l'arrêt commenté, en affirmant que « *cette déclaration constitutive du peuple équatorien, tissant une convergence interculturelle des connaissances des peuples indigènes et de la science occidentale moderne, s'appuie sur l'archétype universel de la mère et rappelle ainsi la relation essentielle entre l'être humain et la nature* » (§ 29 de l'arrêt commenté).

La nouvelle Constitution n'a pas uniquement représenté pour l'Équateur l'extension des droits fondamentaux au-delà des êtres humains, mais également la recherche d'une nouvelle effectivité des normes constitutionnelles dans l'ensemble de l'ordre juridique. Pour ce faire, le constituant de 2008 a introduit, entre autres mécanismes, l'action extraordinaire de protection, régie par l'article 94 de la Constitution équatorienne : « *L'action extraordinaire de protection est recevable contre les jugements ou ordonnances définitifs dans lesquels ont été violés, par action ou par omission, des droits reconnus dans la Constitution, et sera présentée devant la Cour constitutionnelle. Le recours sera recevable après épuisement des voies de recours ordinaires et extraordinaires dans le délai légal, à moins que l'absence d'exercice de ces recours ne puisse être imputée à la personne titulaire du droit constitutionnel méconnu* »<sup>(38)</sup>. Ce nouveau mécanisme donne un rôle de premier plan à la Cour constitutionnelle équatorienne, qui peut être saisie par toute personne qui considère que ses droits ont été violés. Ainsi, l'interprétation des droits constitutionnels par les juges constitutionnels d'Équateur devient « *systémique* » et « *extensive* »<sup>(39)</sup>, et inclut les droits attribués à la nature. Une telle interprétation n'est pas sans poser des problèmes théoriques importants, à commencer par l'application concrète de ces droits : comment déterminer l'intérêt à agir de la nature ou de ses éléments ? Quelle hiérarchie peut-on identifier entre droits de l'homme et droits de la nature ? La « *nature* » définit-elle l'ensemble de ses éléments matériels ou « *un ordre préexistant de valeurs* »<sup>(40)</sup> ?

L'adoption des droits de la nature de niveau constitutionnel en Équateur a représenté une source d'enthousiasme y compris au niveau international, du côté des défenseurs de l'environnement. Cet enthousiasme n'a pas toujours été justifié, car lorsque cinq États ont voulu déposer plainte auprès des juridictions équatoriennes à la suite de la catastrophe pétrolière de la plate-forme *Deepwater Horizon* en 2010 dans le golfe du Mexique, se fondant sur la protection unique que la Constitution d'Équateur offrait à la nature en tant que sujet de droit, le résultat a été décevant. Les juges équatoriens ne se sont pas considérés comme compétents pour juger des dommages naturels hors des frontières nationales.

La Cour constitutionnelle d'Équateur n'a pas eu depuis beaucoup d'occasions de se prononcer dans des affaires concernant les droits de la nature ; c'est pour cela que l'arrêt *Los Cedros*, plus de dix ans après l'entrée en vigueur de la Constitution nouvelle, revêt une importance fondamentale pour le contentieux climatique comparé.

En 2017, deux concessions minières ont été attribuées par le Gouvernement d'Équateur dans la province de Imbabura, dans le nord-ouest du pays, à la société minière nationale Enami EP, représentant des droits d'extraction sur les deux tiers d'une forêt protégée appelée *Los Cedros*. Un changement de politique a rendu possibles de telles concessions dans un espace protégé et immédiatement les associations environnementales se sont jointes aux communautés locales pour s'y opposer. Le Gouvernement autonome cantonal de Cotacachi, où se trouve la forêt, a présenté un recours devant le juge local de première instance (*Unidad Judicial Multicompetente de Cotacachi*), qui a rejeté la demande de protection de la forêt en affirmant qu'aucun droit constitutionnel n'avait été lésé en ce qu'aucune preuve de dommage environnemental n'avait été présentée au juge et qu'aucune consultation préalable ne pouvait être effectuée, car il n'existe pas de communauté (humaine) à l'intérieur de *Los Cedros*. Le Gouvernement local a interjeté appel devant le Tribunal provincial (*Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura*), qui a seulement partiellement accueilli la demande d'action de protection, par un arrêt du 19 juin 2019, en suspendant les concessions minières du ministère et en obligeant la société minière à s'excuser publiquement auprès des populations locales affectées par le projet, mais uniquement en raison du défaut de consultation préalable. D'ailleurs, l'exploitation minière a continué malgré tout et le ministère et la société Enami EP ont présenté un nouveau recours contre cet arrêt, en déposant une action extraordinaire de protection devant la Cour constitutionnelle, alléguant la violation du droit à la sécurité juridique, à la protection judiciaire effective, à la défense et à la motivation des décisions de justice. Ce recours a été accueilli et la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'affaire le 10 novembre 2021, en révisant l'arrêt du Tribunal provincial<sup>(41)</sup>. La Cour a déclaré la violation des droits de la nature de la forêt protégée de *Los Cedros*, en tant que droits subjectifs, en plus du droit à un environnement sain, du droit à l'eau et à la consultation environnementale. En effet, même si l'arrêt de 2019 faisait droit à l'action en protection en déclarant la violation de certains droits, d'autres charges alléguées par les gouvernements locaux n'ont pas été analysées et par conséquent les mesures de réparation n'ont pas été considérées par les juges constitutionnels comme adéquates.

Dans cet arrêt retentissant, la Cour constitutionnelle a confirmé, par des éléments scientifiques, la biodiversité de la forêt de *Los Cedros* et a déclaré que cet écosystème est le détenteur des droits à l'existence des espèces animales et végétales, ainsi qu'au maintien de leurs cycles, structure, fonctions et processus évolutifs.

Le passage d'un droit de l'environnement aux droits de la nature soulève des interrogations majeures en théorie du droit et en droit constitutionnel, à

commencer par un glissement conceptuel qui parfois ne dit pas son nom<sup>(42)</sup>, et le cas de l'Équateur est représentatif de ces questionnements.

Empruntant au discours du constitutionnalisme contemporain qui transforme le statut des droits de l'homme de valeurs morales en normes juridiques, les juges équatoriens font entrer les droits de la nature dans le droit positif (1). L'apport de cet arrêt est sans doute d'avoir répondu pour la première fois à la question de l'efficacité de ces droits en appliquant un test de constitutionnalité nouveau à un écosystème concret, mais ce test ouvre au moins autant de questions qu'il en clôt (2). Enfin, la Cour de Quito se pose la question de la réparation des dommages, une autre particularité de cette Constitution nouvelle, marque de la recherche d'effectivité des droits fondamentaux par le constituant équatorien (3).

## 1. Valeurs morales et normes juridiques dans les droits de la nature

La Constitution équatorienne est novatrice quant aux droits qui sont attribués à la nature et à ses composantes ; les articles concernés méritent d'être reproduits intégralement.

L'article 71 de la Constitution équatorienne est formulé de la manière suivante : « *La Nature ou Pacha Mama, où se reproduit et se réalise la vie, a le droit à ce que l'on respecte intégralement son existence et le maintien et régénération de ses cycles vitaux, sa structure, ses fonctions et ses processus évolutifs* ». L'article 72 est plus précis : « *La nature a droit à la restauration. Cette restauration sera indépendante de l'obligation faite à toute personne d'indemniser les individus et les collectifs qui dépendent des systèmes affectés.* » Enfin, l'article 73 précise les obligations de l'État qui « *devra prendre toute mesure de précaution et d'interdiction à l'égard des activités pouvant conduire à l'extinction d'espèces, à la destruction d'écosystèmes ou à l'altération permanente des cycles naturels. L'introduction d'organismes vivants ou inertes pouvant affecter de manière définitive le patrimoine génétique national est interdite* ».

La rhétorique constitutionnelle des droits de la nature est tout d'abord fondée sur le discours du droit naturel : c'est parce que la « *nature* » est vivante qu'elle a des droits, comme les droits de l'homme se fondent sur la « *nature humaine* » inhérente à tout être humain. Ainsi, « *ces valeurs préexistantes imposent dans la logique du droit naturel le respect de principes éthiques et moraux qui devraient être réceptionnés par le droit positif* »<sup>(43)</sup>. De ce point de vue, le discours des droits de la nature est en rupture avec le constitutionnalisme contemporain, non seulement car « *une approche naturaliste fondée sur la seule considération du vivant pourrait conduire à renoncer au primat de l'individu* »<sup>(44)</sup>, mais aussi en raison de son fondement axiologique. Un tel discours semble revenir à une vision prémoderne<sup>(45)</sup> du droit, un retour au droit naturel s'éloignant du positivisme contemporain. Ce fondement axiologique, en revanche, ne signifie point que ces droits se limitent à la sphère des valeurs voire des « *idéaux* », au contraire : et c'est en cela que la Cour constitutionnelle d'Équateur fonde son discours sur les acquis du constitutionnalisme traduit dans des termes normatifs.

En 2015, dans le premier arrêt où la Cour constitutionnelle avait été appelée à interpréter les droits de la nature contenus dans la nouvelle Constitution et surtout leur interaction avec les autres droits, elle avait affirmé que les droits de la nature et le *buen vivir* (ou *sumak kawsay* en ancien Quechua) son au cœur de la Constitution et qu'ils affectent tous les autres droits. L'Équateur a selon la Cour adopté « *une vision biocentrique qui donne la priorité à la nature, par opposition à la conception anthropocentrique classique dans laquelle l'être humain est le centre et la mesure de toutes choses, et où la nature est considérée comme un simple fournisseur de ressources* »<sup>(46)</sup>. Il s'agissait d'une affaire où le droit de propriété était en conflit avec les droits de la nature (dans le cadre d'un élevage de crevettes dans une exploitation privée), et la Cour devait déterminer si, comme affirmé par le juge inférieur, l'intérêt économique d'un individu et son droit de propriété avaient la priorité sur les droits de la nature. La Cour a précisé qu'avec un tel raisonnement le tribunal inférieur avait refusé à la nature son droit constitutionnel à un procès équitable en ne tenant pas compte de ses droits, ce qui justifiait d'ordonner un nouveau procès. Cet arrêt marque la première interprétation normative de la double dimension de la nature comme objet de droit traditionnel, mais aussi comme sujet de droit. La Cour constitutionnelle casse l'arrêt inférieur en ce qu'il n'examine pas du tout la question du point de vue des droits de la nature et effectue partant une étude des droits constitutionnels « *non systématique* ». Cependant, en 2015, s'il est question d'interprétation systématique de tous les droits contenus dans la Constitution, il n'est pas fait explicitement mention du caractère normatif ou non des droits de la nature, alors que la question se posait.

C'est seulement dans l'arrêt *Los Cedros* que la Cour a déclaré avec insistance la pleine force normative des droits de la nature, dépassant la rhétorique purement axiologique qu'on prêtait à ce nouvel aspect de la Constitution équatorienne. Elle affirme ainsi que « *les droits de la nature, comme tous les droits établis dans la Constitution équatorienne, ont une pleine force normative. Il ne s'agit pas seulement d'idéaux ou des déclarations rhétoriques, mais d'obligations juridiques. Ainsi, selon l'article 11 alinéa 9, respecter et faire respecter ces droits dans leur intégralité ainsi que les autres droits constitutionnels est le plus grand devoir de l'État* » (§ 35 de l'arrêt commenté).

Ce faisant, la Cour se place dans un double registre, à la fois celui des valeurs, car les droits de la nature sont les valeurs fondamentales sur lesquelles s fonde le pacte constitutionnel (le « *compromis historique* » au § 31 de l'arrêt) et celui de la normativité, car le respect de ces droits s'impose à tous les organes dotés de pouvoir normatif et donc il incombe aux juges inférieurs d'interpréter toutes les normes à la lumière des droits de la nature (« *de les adapter* » à ces droits, § 36).

C'est en raison de la normativité des droits de la nature que la Cour peut ensuite examiner le respect du principe de précaution dans cette affaire, ce qui lui donne l'occasion de créer un test de constitutionnalité pour les droits de la nature, qui n'existait pas auparavant.

## 2. Un test de constitutionnalité en quête de clarté

En affirmant, au paragraphe 70, que la forêt protégée de *Los Cedros* est une entité spécifique qui a des droits subjectifs qui méritent protection, la Cour équatorienne applique pour la première fois à un cas concret le principe selon lequel les écosystèmes sont détenteurs de droits. Cette idée était déjà apparue dans une affaire en septembre 2021 sur l'écosystème des mangroves en général <sup>(47)</sup>, mais sans avoir été appliquée à un écosystème identifiable.

Dans l'affaire *Los Cedros*, la Cour équatorienne applique pour la première fois ces standards à une entité naturelle en particulier, précisant un test qui permet de déterminer la violation des droits de la nature. Pour savoir si une activité économique constitue une violation des droits de la nature, la Cour décide de procéder en deux étapes : tout d'abord, il s'agit de demander s'il existe un risque potentiel de dommage grave et irréversible pour la nature ; ensuite, de savoir s'il y a absence de certitude scientifique sur les conséquences négatives d'un tel impact. La Cour se base sur le principe de précaution, tel que prévu par la Convention de Rio de 1992 (principe 15 <sup>(48)</sup>), pour établir ce double test. Par rapport à la Convention internationale cependant, la Cour équatorienne est plus stricte, car elle exige une *certitude scientifique* de l'absence de conséquences négatives que le principe international de précaution n'implique pas. Cette exigence semble presque impossible à remplir par une activité économique quelconque, car la certitude scientifique dans des tels champs paraît très improbable à obtenir <sup>(49)</sup>.

En appliquant le test au cas d'espèce, la Cour conclut que les conditions de la concession minière ne remplissent aucun des deux standards du test de constitutionnalité : premièrement, l'activité minière aura bien, sur la base des informations disponibles pour la Cour, des conséquences graves et irréversibles sur la forêt de *Los Cedros* ; deuxièmement, la société demandeuse n'a pas fourni d'informations scientifiques suffisantes sur l'impact des activités envisagées sur la nature, et aucune étude indépendante n'a été effectuée au préalable.

Le nouveau test laisse néanmoins en suspens un certain nombre de questions, que la Cour devra clarifier au fil des nouvelles jurisprudences <sup>(50)</sup>. Tout d'abord, la question classique, pour les droits de la nature, du détenteur de tels droits se pose encore à la lumière de ce partiel revirement de jurisprudence : s'agit-il de la forêt de *Los Cedros* uniquement (ce qui laisse entendre que la Cour pourra se prononcer uniquement au cas par cas sur les sujets portés à son attention lors de contentieux climatiques à venir) ou s'agit-il de toutes les forêts avec les mêmes caractéristiques dans le pays ? Ensuite, quelle est l'autorité chargée d'évaluer la certitude scientifique des dommages environnementaux ? Le niveau de technicité de ces données implique un travail considérable de la part de la Cour, qui ne semble pas prête à déléguer cette évaluation à d'autres autorités publiques plus spécialisées en matière d'environnement. Enfin, ce revirement pose la question de la rétroactivité des nouveaux principes posés par la Cour : comment s'appliquent-ils à des activités économiques qui ont déjà commencé dans le pays avant l'arrêt de 2021 et qui par conséquent ne respectent potentiellement pas les nouveaux standards, mais étaient bien compatibles avec les exigences posées précédemment par les autorités équatoriennes ?

Si le test de constitutionnalité pour l'application des droits de la Terre est l'apport principal de cet arrêt, il convient d'évoquer que la Cour identifie deux autres violations de droits environnementaux plus classiques par la société d'exploitation minière : d'une part, le droit à l'eau et plus largement le droit à vivre dans un environnement sain (§ 165 et s.), et d'autre part le droit des communautés à une consultation environnementale préalable (§ 255 et s.).

## 3. La réparation des dommages ou comment éviter des droits « de papier »

<sup>(51)</sup>

L'arrêt de la Cour constitutionnelle consacre un titre entier à la réparation du dommage causé (VII), en application de l'article 11 alinéa 9 de la Constitution, qui prévoit une obligation de réparation intégrale des violations des droits fondamentaux en tant que droit constitutionnel à part entière. Selon ce texte, « *Le premier devoir de l'État est de respecter et de faire respecter les droits garantis par la Constitution. L'État, ses délégués, ses concessionnaires et toute personne agissant dans l'exercice de l'autorité publique sont tenus de réparer les violations des droits des particuliers commis par l'absence ou l'insuffisance des services publics, ou par les actions et omissions de ses fonctionnaires et agents publics dans l'exercice de leurs fonctions. L'État doit immédiatement exercer l'action récursoire contre les personnes responsables des dommages causés, sans préjudice des responsabilités civile, pénale et administrative qu'elles peuvent encourir* ». Ainsi, dans l'interprétation de la Cour, « *la réparation du préjudice causé par la violation d'un droit constitutionnel exige, chaque fois que cela est possible, une restitution intégrale (restitutio in integrum), c'est-à-dire le rétablissement de la situation antérieure* » (§ 342 de l'arrêt commenté).

La Cour énonce donc les formes concrètes de réparation intégrale qu'elle envisage, en sachant qu'elle considère également que, compte tenu des violations des droits en question, l'arrêt constitue en lui-même une forme de réparation. Il ne saurait cependant se suffire à lui-même sans encourir

dans la critique typique du manque de justiciabilité des droits de la nature.

Les mesures de réparation ordonnées sont les suivantes :

- Les activités d'exploitation minière ainsi que toute autre activité menaçant les droits de la nature sont suspendues dans l'écosystème de la forêt protégée de *Los Cedros*. Les permis d'exploitation et les concessions minières sont annulés.
- La société ENAMI EP doit supprimer les infrastructures qui ont été construites entre-temps et reboiser les zones qui ont été affectées par ces mêmes infrastructures.
- Le ministère de l'Environnement, de l'eau et de la transition écologique est enjoint d'adopter toutes les mesures nécessaires pour garantir la préservation des droits de *Los Cedros*. À titre d'exemple, le ministère devra organiser un plan participatif pour la gestion et l'entretien de la zone protégée de *Los Cedros* qui doit inclure les communautés locales, les autorités publiques et les chercheurs qui ont mené des recherches dans la forêt. Ce processus participatif devra être accompagné et supervisé par le bureau du Médiateur (*Defensoría del Pueblo*).

Il n'est pas certain que toutes ces mesures seront effectivement mises en œuvre et l'attention portée par la Cour constitutionnelle à l'exécution de son arrêt n'élimine pas la nécessité d'une collaboration entre les pouvoirs pour que l'affaire suive le cours indiqué. La Cour seule ne peut assurer l'exécution de ses décisions, mais le rapport de force entre organes juridictionnels et politiques permet au moins d'expliquer les stratégies en œuvre dans ce contentieux très délicat qu'est le contentieux climatique.

En effet, la Cour constitutionnelle d'Équateur a largement été renouvelée en 2019, après l'élection à la présidence de Lenín Moreno, qui a succédé à Rafael Correa en voulant réagir à l'instabilité gouvernementale des dernières années de sa présidence. Un conseil de participation citoyenne a été chargé de nommer neuf nouveaux juges à la Cour et ces juges ont fait des affaires concernant les droits de la nature une priorité explicite<sup>(52)</sup>. Cette volonté affichée par la Cour l'a conduite à agir en définitive comme un pouvoir contre-majoritaire : en 2021, la majorité présidentielle a changé et le président actuel Guillermo Lasso, libéral-conservateur, apparaît bien plus enclin à favoriser le développement économique au détriment de l'environnement. Depuis son élection, des milliers d'hectares de concessions minières ont été attribués dans tout le pays, y compris dans des zones protégées. La Cour constitutionnelle, dont la composition est encore largement due à la majorité précédente, est intervenue pour établir un précédent qui a vocation à modifier la façon dont le gouvernement accèdera dorénavant aux demandes de concession et d'une manière générale la façon dont la préservation de l'environnement est pensée en amont par les pouvoirs publics. Ce faisant, la Cour équatorienne s'inscrit dans une forme d'activisme judiciaire<sup>(53)</sup> émergeant dans le « Sud global » au sujet de la protection de l'environnement, qui attire de plus en plus l'attention des comparatistes<sup>(54)</sup> mais aussi, potentiellement, des cours du « Nord », traditionnellement plus prudentes sur le sujet.

(1) Š. Drugda, « *The People v Their Representatives : The Slovak Constitutional Court Blocks Referendum on Early Election* », *VerfBlog*, 14 sept. 2021. Disponible sur : <https://verfassungsblog.de/the-people-v-their-representatives/>, DOI : [10.17176/20210914-173356-0](https://doi.org/10.17176/20210914-173356-0).

(2) Sur cet épisode, Š. Drugda, « On Collision Course with the Material Core of the Slovak Constitution : Disabling Judicial Review of Constitutional Amendment », *VerfBlog*, 3 déc. 2020. Disponible sur : <https://verfassungsblog.de/on-collision-course-with-the-material-core-of-the-slovak-constitution/>, DOI : [10.17176/20201203-220021-0](https://doi.org/10.17176/20201203-220021-0).

(3) Cf. not. point 102 de la décision : lorsqu'il exerce directement le pouvoir d'État par référendum, le peuple agit en « *pouvoir constitué, non en pouvoir constituant* » (« *Pri priamom výkone štátnej moci občanmi v referende preto ide o výkon moci ustanovenej, nie o výkon moci ustanovujúcej* »).

(4) Cf. point 69 de la décision.

(5) L'adjectif « pur » ne revêt ici aucune valeur laudative ; il est le reflet de la conception courante quoique très simpliste selon laquelle la démocratie demeure, fondamentalement, le pouvoir du peuple, même si les contraintes des États modernes empêchent d'y recourir. On parlera donc ici de démocratie ou de paradigme démocratique en utilisant ce sens restreint, ce qui permettra de marquer plus aisément l'opposition avec le deuxième élément caractérisant aujourd'hui les États regardés comme démocratiques : la protection constitutionnelle contre le pouvoir de l'État, qu'elle soit directe ou indirecte - l'article 16 de la DDHC, en somme.

(6) Les citations françaises de la Constitution slovaque sont tirées de la traduction mise en ligne sur la DigiThèque de matériaux juridiques et politiques (<http://mjp.univ-perp.fr>), vérifiées sur la version anglaise de la Constitution slovaque publiée par la Cour constitutionnelle slovaque sur son propre site Internet : <https://www.ustavnysud.sk/en/ustava-slovenskej-republiky>.

(7) Ces questions étaient les suivantes :

1. Partagez-vous l'avis selon lequel le terme « mariage » ne peut pas être employé pour désigner une autre forme de cohabitation que l'union entre un homme et une femme ? 2. Partagez-vous l'avis selon lequel des couples ou des groupes de personnes de même sexe ne peuvent pas être autorisés à adopter des enfants puis à les élever ? 3. Partagez-vous l'avis selon lequel aucune autre forme de cohabitation que le mariage ne devrait bénéficier de la protection et des droits et obligations spécifiques que le système juridique accorde exclusivement au mariage et aux conjoints à la date du 1<sup>er</sup> mars 2014 (en particulier, la reconnaissance, l'enregistrement et la certification d'une communauté de vie par une autorité publique, ou la possibilité d'adoption d'un enfant par le conjoint du parent de cet enfant) ? 4. Partagez-vous l'avis selon lequel les établissements scolaires ne peuvent pas obliger des enfants à suivre des cours dans le domaine du comportement sexuel ou de l'euthanasie si leurs parents et les enfants eux-mêmes ne sont pas d'accord avec le contenu de l'enseignement ? Notons cependant que la Cour elle-même renvoie à cette décision comme ayant établi la possibilité pour un référendum d'avoir un effet direct en matière constitutionnelle.

(8) Points 73-75 de la décision.

(9) Plusieurs Constitutions connaissent ces référendums d'orientation, qui nécessitent une forme de transposition par le Parlement : ainsi en Espagne et au Portugal, notamment (art. 92 de la Constitution espagnole, art. 115). Sur les référendums d'orientation, voir P. Taillon, *Le référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, p. 269 sq.

On peut signaler d'autres manières de limiter le pouvoir référendaire, par exemple en le limitant à une réaction au pouvoir parlementaire : en Italie, le référendum législatif ne peut être qu'abrogatif (art. 75 de la Constitution italienne ; le peuple, par pétition, peut bien être à l'origine des lois, mais elles doivent alors être adoptées par le Parlement, sans même que la Constitution prévoie la possibilité d'un référendum consultatif : art. 71 de la Constitution).

(10) Points 88-91.

(11) Point 85.

(12) Décision PL. ÚS 24/2014 précitée

(13) Décision PL. ÚS 7/2017 du 25 mai 2017 (*abrogation des amnisties de Mečiar*).

(14) Décision I. ÚS 21/2014 du 30 janvier 2019 (*procédure d'habilitation pour les juges*).

(15) Šimon Drugda signale ainsi qu'on peut lire cette décision comme l'un des fondements de la décision à venir sur l'amendement constitutionnel adopté en 2020 précisément pour interdire à la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité à la Constitution d'une révision constitutionnelle (« The People v Their Representatives... », *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/the-people-v-their-representatives/>).

(16) Cour constitutionnelle tchèque, décision Pl. ÚS 27/09 du 10 septembre 2009 (*Melčák*).

(17) Points 115-124.

(18) Voir à cet égard la distinction de nature établie entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif tout comme entre loi et décret au livre 2, ch. 3 du *Contrat social*.

(19) Voir not. le point 124.

(20) Selon la lecture proposée par M. Troper de l'art. 16 DDHC (M. Troper, « Actualité de la séparation des pouvoirs », in *Pour une théorie juridique de l'État*, p. 228-230).

(21) Points 125-136.

(22) Points 144-154.

(23) Cf. point 157.

(24) PL. ÚS 21/2014, point 65 (cité au point 114 de la décision commentée).

(25) Comme résumé dans le dispositif de la décision, au point 183.1.

(26) Points 131-132.

(28) M. E. Whittenmore, « *The Problem of Enforcing Nature's Rights under Ecuador's Constitution : Why the 2008 Environmental Amendments Have No Bite* », *Pacific Rim Law and Policy Journal*, n° 20, 2011, p. 659-691, consulté le 28 mars 2022. Disponible sur :

[\[https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1581&context=wilj\]](https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1581&context=wilj).

(29) Loi n° 71 du 21 décembre 2010, Loi sur les droits de la Terre Mère. L'article 7 dispose que la Terre Mère a droit à la vie (le maintien de son intégrité) à la diversité (c'est-à-dire à ne pas être uniformisée par modification génétique), à l'accès à l'eau, à l'air pur, à l'équilibre, à la restauration et à une existence sans pollution. La loi n° 300 du 15 octobre 2012, Loi-cadre de la Terre Mère et du développement du « *bien vivre* » a suivi dans la même mouvance.

(30) Cf. le *Te Urewera Act 2014* concernant une région de l'île du nord de la Nouvelle-Zélande. L'article 14, conformément à l'engagement pris en 2012, dispose : « *Te Urewera est une entité juridique, et possède tous les droits, pouvoirs, devoirs et responsabilités d'une personne juridique* ».

(31) Dans l'État de Victoria en Australie, le *Victorian Environmental Water Holder 2013* a créé une entité juridique pour gérer l'eau étatique, cette entité ayant des droits, y compris le pouvoir d'ester en justice, le pouvoir de conclure des contrats et le pouvoir d'acquérir, de détenir et de disposer de biens immobiliers et personnels au nom de l'environnement. Pour un commentaire comparé, voir L. O'Donnell et J. Talbot-Jones, « Creating Legal Rights for Rivers : Lessons from Australia, New Zealand, and India », in *Ecology and Society*, vol. 23, n° 1, 2018, p. 7.

(32) Cour constitutionnelle colombienne, arrêt T-622 du 10 novembre 2016, Centro de Estudios para la Justicia Social « Tierra Digna », disponible en espagnol : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

(33) Cour suprême de justice colombienne, arrêt n° STC4360 - 2018, du 5 avril 2018, disponible en espagnol [\[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf\]](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf).

(34) « *Ne plus considérer la nature comme un objet de protection, mais comme une personne juridique s'oppose à la tradition de l'humanisme juridique occidental* », O. Clerc, « L'Union européenne face au défi de l'anthropocène : du droit du développement durable aux droits de la nature ? », *Revue québécoise de droit international*, vol. 2-1, 2018. Hors-série novembre 2018 - L'Union européenne et les 60 ans du Traité de Rome : Enjeux et défis contemporains, p. 55-73, p. 57. La Cour constitutionnelle colombienne l'affirme explicitement dans son arrêt du 10 novembre 2016 (v. note 32), en opposant à l'anthropocentrisme occidental une approche « *écocentrique* » propre au constitutionnalisme colombien.

(35) O. Clerc, « L'Union européenne face au défi de l'anthropocène : du droit du développement durable aux droits de la nature », *op. cit.*

(36) J. Colon-Rios, « The Rights of Nature and the New Latin American Constitutionalism », *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2015 ; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 119/2017, disponible sur SSRN : [\[https://ssrn.com/abstract=2871584\]](https://ssrn.com/abstract=2871584). Pour une critique, v. É. Millard, « Sur le caractère pré-moderne du néo-constitutionnalisme latino-américain », in O. Cayla et J.-L. Halpérin (dir.), *Néo ou rétro-constitutionnalismes, Mise en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine*, Mare & Martin, Paris, 2018, p. 211-228.

(37) M. E. Whittenmore, « *The Problem of Enforcing Nature's Rights under Ecuador's Constitution : Why the 2008 Environmental Amendments Have No Bite* », *op.cit.*

(38) Pour un autre exemple de ce type d'action, voir G. Tusseau, « Chronique de jurisprudence. Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2017, p. 182, § 2.

(39) G. Tusseau, *ibid.*, § 3, 4.

(40) M. Altwegg-Boussac, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], n° 17 | 2020, mis en ligne le 30 janvier 2020, consulté le 28 mars 2022. URL : [\[http://journals.openedition.org/revdh/8321\]](http://journals.openedition.org/revdh/8321), § 11.

(41) Le texte intégral de l'arrêt est disponible en espagnol à l'adresse suivante : [\[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec\]](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec). Pour un commentaire, voir G. Prieto, « The Los Cedros Forest has Rights : The Ecuadorian Constitutional Court Affirms the Rights of Nature », *VerfBlog*, 10 déc. 2021, [\[https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/\]](https://verfassungsblog.de/the-los-cedros-forest-has-rights/).

(42) M. Altwegg-Boussac, « Les droits de la nature, des droits sans l'homme ? Quelques observations sur des emprunts au langage du constitutionnalisme », *op.cit.*

(43) M. Altwegg-Boussac, *ibid.*, § 12.

(44) M. Altwegg-Boussac, *ibid.*, § 13.

(45) É. Millard, « Sur le caractère prémoderne du néo-constitutionnalisme latino-américain », in O. Cayla et J.-L. Halpérin (dir.), *Néo ou rétro-constitutionnalismes, Mise en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine*, Mare & Martin, Paris, 2018, p. 211-228.

(46) Cour constitutionnelle d'Équateur, arrêt n° 166-15-SEP-CC du 20 mai 2015, disponible en espagnol : [<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=166-15-SEP-CC>].

(47) Cour constitutionnelle d'Équateur, arrêt n° 22-18-IN du 8 septembre 2021.

(48) « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ».

(49) G. Prieto, « The Los Cedros Forest has Rights : The Ecuadorian Constitutional Court Affirms the Rights of Nature », *op. cit.*

(50) *Ibid.*

(51) P. Brunet pose la question de la justiciabilité parfois douteuse des droits de la nature en soulignant cependant que cette objection ne se limite pas à cette nouvelle catégorie de droits, mais peut tout à fait être opposée aux droits constitutionnellement garantis en général. P. Brunet, « Les Droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles en Nouvelle-Zélande : un commun qui s'ignore ? », *Storia costituzionale*, n. 38, II semestre, 2019, p. 39-53.

(52) Pour une explication du contexte politique de l'affaire *Los Cedros*, nous conseillons vivement l'écoute d'un podcast intitulé « Damages », qui consacre un épisode à l'affaire équatorienne : [<https://www.drilledpodcast.com/damages/>], épisode 3, 10 mars 2022.

(53) Sur l'activisme assumé de la Cour constitutionnelle d'Équateur, voir G. Tusseau, « Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, § 3., qui cite un arrêt plus ancien de la Cour affirmant que « *la nouvelle vague du constitutionnalisme, dans laquelle l'Équateur est immergé, remet en cause la position du juge comme simple « directeur du procès » ou simple spectateur, puisqu'elle considère le juge en impliquant un activisme juridictionnel visant à protéger les droits constitutionnels, remplissant ainsi un rôle proactif au cours de l'administration des garanties juridictionnelles des droits, s'engageant à réaliser une véritable justice, sur le fondement de l'ordre juridique et de la réalité sociale* ».

(54) Voir une série d'articles publiés récemment dans un « Symposium on Comparative Climate Litigation in North-South Perspective », *Volkerrechtsblog*, à partir du 21 mars 2022 : [<https://voelkerrechtsblog.org/introducing-the-symposium-on-comparative-climate-litigation-in-north-south-perspective/>].

## Citer cet article

Éleonora BOTTINI ; Antoine CORRE-BASSET. « Chronique de droit constitutionnel comparé (juillet à décembre 2021) », Titre VII [en ligne], n° 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, avril 2022. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-juillet-a-decembre-2021>