



HAL
open science

”Un an de droit de l’environnement (2021)”

Charles-André Dubreuil, Lydia Bouima, Aurélie Fournier, Thayenne Mendonça, Noémie Roche, Clément Thuel

► To cite this version:

Charles-André Dubreuil, Lydia Bouima, Aurélie Fournier, Thayenne Mendonça, Noémie Roche, et al.. ”Un an de droit de l’environnement (2021)”. La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2022, n° 25. hal-03913847

HAL Id: hal-03913847

<https://uca.hal.science/hal-03913847v1>

Submitted on 13 Jan 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.

UN AN DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT (2021)

Les étudiants du Master 2 Droit public approfondi

École de Droit-Université Clermont Auvergne

Charles-André DUBREUIL

Professeur de droit public, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de L'Hospital

UPR 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

I. Action et inaction de l'État

A. Le développement de la commande publique écologiquement responsable

1. La promotion de l'environnement par la commande publique

Le nouvel article L.3-1 est introduit dans le Code de la Commande Publique par la loi « Climat et Résilience » du 22 août 2021. Il fait de l'exigence environnementale un nouveau principe de la commande publique. Il s'agit d'une proclamation de principe permettant de donner une place plus importante aux objectifs de développement durable. Ces objectifs doivent être atteints, selon cet article, dans « ses dimensions économique, sociale et environnementale ». Le législateur impose de nouvelles obligations contraignantes lors de la définition des besoins et lors du choix de l'offre. Ces deux étapes fondamentales doivent respecter l'exigence environnementale et les objectifs de développement durable. Il faut les prendre en compte, il s'agit d'une avancée qui peut apparaître comme importante. Les contrats de la commande publique ne doivent plus seulement respecter les principes consacrés à l'article L. 3 du Code, qui définit des principes essentiellement économiques afin de garantir l'égalité de traitement. Il y a une prise en compte de principe autre que l'égalité et la transparence, désormais au stade de la procédure de passation des contrats.

Ainsi, il peut sembler que ce principe dispose d'un caractère contraignant, le nouvel article L. 2111-2 du même Code le remet en cause. En effet, il prévoit que les

La revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 25, 2022.

DOI : 10.52497/revue-cmh.1100

spécifications techniques doivent « prendre en compte » des objectifs de développement durable. Il n'est pas certain que les juges tirent des obligations de ces articles. Il faut donc être prudent sur leurs portées.

2. La consécration de clause environnementale générale dans les cahiers des clauses administratives générales et techniques

Les cinq cahiers des clauses administratives générales et techniques (CCAG) relatifs aux travaux, marchés intellectuels, fournitures courantes et de services, prestations intellectuelles, techniques de l'information et de la communication et enfin, maîtrise d'œuvre, ont été modifiés et publiés le 1^{er} avril 2021. L'objectif de cette réformation était d'en faire des instruments au service des achats durables. Pour ce faire, il a été introduit dans l'article 7 de chacun de ces cahiers, une clause environnementale générale. Ainsi, il est prévu par ces dernières que les documents particuliers du marché doivent préciser les obligations environnementales du titulaire dans son exécution. Il est également prévu qu'un véritable contrôle par les acheteurs soit exercé pendant l'exécution. Ces clauses donnent un rayonnement plus important à la lutte contre le dérèglement climatique en associant tous les partenaires de la chaîne de production.

Les nouveaux CCAG sont suivis d'un commentaire, listant des exemples d'obligations pouvant être imposées au titulaire et qui rappelle que celles-ci peuvent se rapporter à tous les stades du cycle de vie des produits, des ouvrages ou des services acquis. Néanmoins, les CCAG restent de nature contractuelle, ils n'imposent rien aux acheteurs qui peuvent l'aménager. Ces mesures doivent être adoptées avec prudence, elles consistent en une avancée car elles permettent d'entamer la transition vers une commande publique responsable.

La loi « Climat et Résilience » s'inscrit dans la continuité des révisions des CCAG. Elle prévoit dans son article 35 II, 3^e et III, 2^e, devenu les articles L. 2111-2 al. 2 et L. 3114-2 du Code de la Commande Publique, que les conditions d'exécutions des marchés publics et des concessions devront prendre en compte des considérations relatives à l'environnement. Le lien existant entre les deux permettra aux acheteurs de prendre en compte les objectifs environnementaux listés dans les CCAG pour mettre en place leurs clauses. Ainsi, une avancée commune dans différentes normes, qui se complètent et s'inspirent, permet d'envisager une progression peu contraignante mais qui incite à prendre en compte ces clauses environnementales.

3. L'imposition des préoccupations environnementales, l'exigence environnementale comme nouveau critère de sélection des offres

Dans la lignée des nouveautés de 2021 en matière environnementale dans la commande publique, le nouvel article L. 2152-7 est introduit dans le Code. Il met en place l'exigence environnementale dans la sélection des offres. Cet article s'inscrit dans la lignée de l'article L. 3-1. En effet, il impose lors de la sélection, au moins « un critère qui doit prendre en compte les caractéristiques environnementales de l'offre », il exige un respect minimal du principe du développement durable. Mais ces critères

doivent avoir un lien direct avec l'objet ou les conditions du marché public. Ainsi, cette exigence environnementale se retrouve dans plusieurs étapes de la passation des marchés publics afin d'essayer de la rendre efficace.

Dans le même ordre d'idées, le tribunal administratif de Rennes a rendu le 10 mai 2021, une ordonnance sur les critères de sélection des offres portant sur la « qualité de la politique environnementale et de développement durable ». Cette ordonnance se montre relativement souple sur la mise en œuvre des critères de choix portant sur les aspects environnementaux qui ne représentent pas une réelle obligation. Ainsi, le juge des référés est venu expliquer qu'il était possible de prendre en compte, pour sélectionner la meilleure offre, des aspects environnementaux mais ils doivent être liés au marché ou à ses conditions d'exécutions. Il faut un critère environnemental qui soit ciblé et adapté, et non pas d'ordre général. Ainsi, les conditions pour intégrer un critère environnemental sont en train d'être construites mais elles risquent de venir limiter son emploi.

4. L'existence de l'obligation d'acquisition par la commande publique du réemploi, de la réutilisation et du recyclage

Un autre élément marquant a été l'adoption du décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées. Il s'agit du décret d'application de la loi n° 2020-105 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire du 10 février 2020. Le but de ce décret est de repenser les méthodes d'achat afin d'intégrer des biens réutilisés ou issus du recyclage. Les conséquences de ces deux dispositions sont de faire de l'État et des collectivités territoriales des acteurs du développement durable, en leur faisant valoriser les filières du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage dans la commande publique. Ce décret fixe le taux à prendre en compte lors de l'achat de catégories de fournitures. Il permet, à terme, de conduire à une économie circulaire qui respecte l'environnement.

Le décret complète la loi, en précisant et en associant pour chaque fourniture ou catégorie de fournitures un taux déterminé. Il y a des catégories qui sont utilisées quotidiennement, renforçant l'intérêt de cette obligation, comme la papeterie ou les bâtiments préfabriqués. Ainsi, en étendant cette obligation à des catégories utilisées quasi-quotidiennement, cela permet de rendre efficace la protection du développement durable par la mise en place d'une économie circulaire. Néanmoins, ce décret n'a pas prévu de sanctions en cas de non-respect de ces taux, ainsi il ne sera pas possible de contester leurs violations. Ce faisant, il s'agit plus d'une incitation pour les collectivités territoriales et l'État à s'engager dans une démarche responsable.

B. Le droit de l'environnement face au défi de la participation citoyenne

1. Une participation citoyenne encouragée

Défini comme « une forme d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative » par Michel Prieur, la participation citoyenne est un défi de plus pour le droit de l'environnement. Longtemps ignorée par les textes juridiques, la participation citoyenne est aujourd'hui un outil privilégié par les pouvoirs publics. Promue en tant que principe général du droit de l'environnement depuis la loi du 2 février 1995 sur le renforcement de la protection de l'environnement, la participation citoyenne s'est vue octroyer une valeur constitutionnelle par l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004 en tant que « droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

Dans les faits, en 2021, les citoyens ont été invités à participer à la concrétisation de la 3^e stratégie nationale pour la biodiversité qui s'inscrit au sein de la Convention sur la diversité biologique. L'engagement des Français permettra d'adopter une orientation des actions menées pour lutter contre l'appauvrissement de la biodiversité pour les dix années futures. Ces axes de réflexions, qui prennent essence dans la participation citoyenne de l'ensemble du territoire, ont été présentés lors du Congrès mondial de la nature de l'UICN. Cette consultation des citoyens a eu lieu du 22 mai au 5 juillet et ce, de manière numérique. Tous les citoyens Français ont pu faire part de leurs avis et idées dans le but de protéger la biodiversité. Un moyen privilégié pour recenser les attentes et faciliter leur réception. Ce sont plus de 2 300 propositions qui ont émergé grâce à la participation de plus de 3 500 citoyens. Les idées principales qui en résultent sont la reconquête et la restauration des écosystèmes, la promotion d'un modèle socio-économique favorable à la biodiversité et un modèle d'aménagement plus respectueux de l'environnement et neutre. Ces idées viennent enrichir les travaux élaborés au niveau national concernant la stratégie pour la biodiversité et se concrétisent de manière mesurable.

Le mercredi 15 décembre 2021, le Conseil économique, social et environnemental (CESE), à la suite d'une saisine du président de l'Assemblée nationale, a fait part de son avis intitulé « Renforcement de la participation aux élections des instances à gouvernance démocratique ». Cet avis intervient à la suite du constat d'une baisse visible et croissante de la participation aux élections et ce, peu importe la portée de ces dernières. Les rendez-vous démocratiques n'attirent plus autant, que ce soit dans le cadre scolaire, professionnel ou citoyen.

Même si les situations sont très diverses, tous les acteurs s'accordent sur le constat d'une baisse continue de la participation à ces rendez-vous démocratiques. Pourtant, ces temps de citoyenneté sont essentiels pour assurer le « *continuum* démocratique » et renforcer la culture de l'engagement auprès des citoyennes et citoyens. De façon très novatrice, le Conseil économique, social et environnemental a mis en place un questionnaire en ligne ouvert à tous les citoyens afin de récolter des propositions

d'action favorisant la participation aux différentes élections qui interviennent tout au long de la vie des citoyens. Le questionnaire était disponible du 20 octobre au 12 novembre 2021 et a permis de récolter plus 1 500 contributions. Elles ont nourri le texte et les préconisations présentées en séance plénière. Bien que les effets ne soient pas immédiats et que ces réponses n'aient aucune force obligatoire, cela permet de recevoir de manière directe l'avis de la société civile.

2. Une participation citoyenne récompensée

Les 26, 27 et 28 février 2021 s'est tenue la huitième et dernière session de travail de la Convention citoyenne pour le climat. Il s'agit d'une expérience démocratique inédite en France. En effet, elle est à l'initiative du président de la République et réunit 150 personnes tirées au sort. Les citoyens, représentants de la société civile, ont pour mission de s'informer, de débattre et de préparer des projets de lois sur l'ensemble des questions relatives à la lutte contre le changement climatique. Cette prise en considération des citoyens se retrouve à l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 2012, qui vient consacrer l'autonomie du principe de participation au sein de l'article L. 110-II du Code de l'environnement dans les termes suivants :

5°) Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente.

Elle a débouché sur l'élaboration d'un avis en réponse aux propositions faites par le Gouvernement pour mettre en œuvre les préconisations citoyennes conformément à ce qui était prévu par la lettre de mission du Premier Ministre, en date du 2 juillet 2019 :

Le Gouvernement répondra publiquement aux propositions émanant de la Convention citoyenne et publiera un calendrier prévisionnel de mise en œuvre de ces propositions. Celle-ci pourra, le cas échéant et si elle le souhaite, exprimer un avis sur les réponses du gouvernement.

Les citoyens ont pu alors, lors de cette session, exprimer leurs avis sur la manière dont le Gouvernement a traduit ou proposé de traduire les propositions qui lui ont été remises le 28 juin 2020, dans la loi « Climat et Résilience », la loi de finances 2021, ou encore le plan de relance. En effet, la loi « Climat et Résilience » du 22 août 2021 a retenu une partie des 146 propositions de la Convention citoyenne pour le climat.

Néanmoins, les acteurs de la société civile ont pu faire part d'un sentiment de désenchantement à la suite du vote de ces mesures. En effet, ils ont dénoncé l'absence de prise en compte des propositions par le gouvernement. Les 150 citoyens élus n'ont attribué la moyenne à aucune des traductions concrètes inscrites dans les six familles de propositions émanant du gouvernement. Les mesures ont été jugées trop éloignées

des propositions de la Convention citoyenne et les objectifs apparaissent comme beaucoup moins ambitieux qu'aux prémices du processus consultatif.

Aussi, en suivant le modèle de la première Convention citoyenne régionale initiée en 2020 par la région Occitane, la participation citoyenne se développe à l'échelle locale. Les Conventions citoyennes en matière environnementale ont « le vent en poupe ». À l'instar de Grenoble Alpes Métropole qui a pu présenter son plan d'action en 2021 pour 2022, nombreuses sont les communes et communautés de communes qui ont mobilisé leurs citoyens. Par exemple, Est Ensemble, communauté de neuf communes de la banlieue Est de Paris, est à l'initiative de la première Convention citoyenne pour le climat local en Ile-de-France. Très largement ouvert à l'interprétation, l'article L. 2141-1 du Code général des collectivités territoriales introduit par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, dispose que :

Le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale. Il s'exerce sans préjudice des dispositions en vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs.

Ainsi, il permet de recourir, de manière privilégiée, au citoyen, par le biais de conventions. Cependant, même au niveau local, les citoyens craignent que leurs voix ne soient pas entendues et de voir leurs implications vaines.

C. L'inaction environnementale de la puissance publique condamnée par le juge administratif

Le 28 février dernier, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) rendait un nouveau rapport d'évaluation alarmant sur les changements climatiques à l'échelle du monde. Les auteurs dénonçaient alors un « manque de volonté politique », ainsi qu'une inadéquation entre les mesures décidées et la rapidité des bouleversements qui surviennent. En France, l'année 2021 marque un tournant en matière de responsabilité de l'État quant à ses politiques publiques de lutte contre le dérèglement climatique : les juridictions administratives ont notamment connu trois affaires au retentissement médiatique qui semble révéler l'urgence de la mise en œuvre de mesures propres à freiner l'aggravation du préjudice écologique.

1. Le temps de l'inaction est révolu : liquidation de l'astreinte de 10 millions d'euros prononcée en matière de qualité de l'air

Source : CE, 4 août 2021, n° 428409 (Association Les Amis de la Terre France).

Attrait en justice dès 2015 par l'association Les Amis de la Terre pour répondre de ces actions quant à la qualité de l'air sur le territoire national, l'État français est finalement, six années plus tard, condamné à verser une astreinte sans précédent et gage de sa responsabilité en matière environnementale. C'est tout d'abord par une

décision du 12 juillet 2017 que la Haute juridiction demandait au Gouvernement de répondre à la demande de l'association requérante et donc prendre toutes les mesures nécessaires pour améliorer la qualité de l'air dans treize zones urbaines de France. Mais, par une deuxième décision en date du 10 juillet 2020, le Conseil d'État constatait que les taux limites de concentration en dioxyde d'azote et de particules fines PM₁₀ demeuraient dépassés dans huit de ces zones, et ainsi que l'État n'avait pas pris toutes les mesures permettant d'assurer l'exécution de la précédente décision. Le Conseil d'État laissait alors un délai de six mois au Gouvernement pour remédier à cette situation, sous peine de se voir infliger une astreinte à hauteur de 10 millions d'euros par semestre de retard.

Ce délai emporté, il revenait désormais au Conseil d'État d'apprécier l'évolution des concentrations en polluants dans lesdites zones. Si les données pour l'année 2020 laissaient apercevoir une progression majeure, en ce que seulement deux zones persistaient en dépassement, ce résultat doit cependant être replacé dans le contexte des multiples mesures de gestion de la crise sanitaire de la Covid-19, marqué par une forte réduction de la circulation routière durant les périodes de restrictions de déplacements au sein du territoire français. Le Gouvernement est alors invité à exposer les mesures engagées pour l'amélioration de la situation dans le délai le plus court possible. Mais si les diverses actions invoquées – s'organisant alors tant autour de la conversion du parc automobile national vers des véhicules moins polluants que l'interdiction à compter du 1^{er} janvier 2022 de nouvelles chaudières à fioul ou à charbon – sont reconnues comme pouvant effectivement contribuer à l'amélioration de la qualité de l'air en France, autant l'ampleur de leurs effets que leur calendrier ne sont pas à la hauteur de l'action imminemment attendue de la part de l'État.

Au terme de son examen, le Conseil d'État n'est alors pas en mesure de regarder l'État français comme ayant pris les mesures permettant d'assurer l'exécution complète des décisions des 12 juillet 2017 et 10 juillet 2020. Il y a donc lieu pour le Conseil d'État de procéder à la liquidation de l'astreinte record de 10 millions d'euros au titre de la période du 11 janvier au 11 juillet 2021. Un réexamen de la situation est également prévu pour la période de juillet 2021 à janvier 2022 ; une nouvelle condamnation, ainsi qu'une astreinte semblable, restent donc possibles si la juridiction juge une nouvelle fois que les mesures décidées par l'État en matière de qualité de l'air ne sont toujours pas suffisantes.

2. Poursuite de la chronique Commune de Grande-Synthe : des efforts supplémentaires attendus pour parvenir aux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre

Source : CE, 1^{er} juillet 2021, n° 427301 (Commune de Grande-Synthe).

La commune de Grande-Synthe, située sur le littoral du département du Nord et à ce titre particulièrement exposée aux effets des changements climatiques, saisissait en 2019 le Conseil d'État afin de confronter l'État français aux carences de ses politiques publiques en matière d'émissions de gaz à effet de serre (GES). La juridiction, par un

arrêt du 19 novembre 2020, ordonnait alors un supplément d’instruction et laissait un délai de trois mois au Gouvernement pour justifier que les moyens mis en œuvre permettent réellement d’atteindre les objectifs prévus à l’horizon 2030. C’est en effet l’article L. 100-4 du Code l’énergie qui reprend les engagements internationaux de l’État français en la matière et fixe alors l’objectif d’une réduction de 40 % des émissions de GES en 2030 par rapport à leur niveau de 1990.

Pour la doctrine institutionnelle, cette décision marque la naissance d’un nouveau contrôle opéré par le juge administratif : le « contrôle de la trajectoire ». En effet, la juridiction est d’une part amenée à confronter les résultats observables en matière de réduction des GES à la Stratégie Nationale Bas-Carbone (SNBC) déterminée par le Gouvernement. À ce titre, le Conseil d’État constate tout d’abord l’absence de respect des objectifs fixés pour la période 2015-2018 : les mesures mises en œuvre ne parviennent en effet qu’à réaliser une baisse de l’ordre de 1 % par an, alors que le budget imposait une réduction à hauteur de 2,2 %. Par ailleurs, s’agissant de l’année 2020, si les données relevées font preuve d’une baisse considérable de 9 % des émissions de GES, ce résultat est là encore à attribuer aux mesures de gestion de la crise sanitaire causée par la pandémie de Covid-19 qui ont largement contraint les activités anthropiques.

D’autre part, les juges du Palais royal sont appelés à évaluer la compatibilité des mesures décidées par l’État avec les objectifs définis pour les périodes 2019-2023 et 2024-2028. L’examen de la juridiction conduit finalement à l’annulation de la décision implicite de rejet qui faisait naître l’affaire contentieuse : la commune requérante demandait en effet à l’État de « prendre toutes les mesures utiles permettant d’infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national » ; or, face à l’insuffisance des efforts et mesures invoqués par la ministre en charge de la transition écologique, le Conseil d’État ne peut qu’admettre que « les objectifs de diminution des émissions de gaz à effet de serre fixés pour 2030 ne pourraient être atteints ». Le juge administratif fait alors usage de son pouvoir d’injonction et demande au Gouvernement de prendre toutes les mesures attendues avant le 31 mars 2022. Ce sursis étant désormais révolu et au regard de la faiblesse des actions entreprises en matière de réduction des GES depuis cette décision, nous pouvons assurément penser que la chronique contentieuse Commune de Grande-Synthe n’a pas encore connu son épilogue.

3. « L’Affaire du siècle » : l’État français reconnu responsable et condamné à réparer le préjudice écologique découlant du changement climatique

Sources : TA Paris, 3 février 2021, n^{os} 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 (Association Oxfam France et autres) ; TA Paris, 14 octobre 2021, n^{os} 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 (Association Oxfam France et autres).

Si le maire de Grande-Synthe a choisi la voie du recours en annulation pour faire reconnaître les carences de la puissance publique en matière de lutte contre le dérèglement climatique, les quatre associations à l’origine de « l’Affaire du siècle » ont elles opté pour la voie contentieuse aux fins de voir condamner l’État français pour son

inaction, ainsi passible d'engager sa responsabilité, ainsi que demander la réparation des préjudices moral et écologique qui en procèdent. Plus considérablement, ces deux affaires contentieuses semblent afficher l'entrée de la problématique du dérèglement climatique au sein du prétoire du juge administratif.

En effet, la décision d'avant-dire droit du Tribunal administratif de Paris du 3 février 2021 est pionnière en ce que c'est la première fois qu'un juge de l'ordre administratif accepte d'admettre le préjudice écologique en matière de responsabilité administrative. Celui-ci est défini depuis une loi du 8 août 2016 à l'article 1247 du Code civil comme « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Appuyée par les productions scientifiques des organismes spécialisés tels que le GIEC ou l'Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique, la juridiction établit tout d'abord l'existence de ce préjudice écologique que la France s'est engagée à enrayer en participant à l'objectif global de limitation de réchauffement de la planète à 1,5° C au-dessus de son niveau de l'ère préindustrielle. Ensuite, l'examen par le juge des différentes politiques sectorielles mises en œuvre dans cette perspective permet à la juridiction de relever les diverses carences de l'État et donc le non-respect du budget carbone déterminé pour la période 2015-2018. Finalement, ces manquements de la puissance publique conduisent le Tribunal à juger que « l'État doit être regardé comme responsable, au sens des dispositions précitées de l'article 1246 du Code civil, d'une partie du préjudice écologique ».

Par une décision du 14 octobre 2021, l'Affaire du siècle se poursuit devant les juges du TA de Paris qui sont appelés à se prononcer sur la réparation de ce préjudice écologique perdurant à la date du jugement à hauteur de 15 Mt de CO₂ éq. En effet, aux termes des dispositions de l'article 1246 du Code civil :

Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.

Cette réparation est en outre précisée par l'article 1249 du Code civil, qui prévoit que celle-ci s'effectue « par priorité en nature » ; ce n'est donc « [qu'] en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, [que] le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur [...] ». En l'espèce, le Tribunal administratif de Paris laisse finalement au Premier ministre et aux ministres compétents jusqu'au 31 décembre 2022 pour prendre toutes les mesures utiles de nature à réparer ce préjudice écologique pour lequel la responsabilité de l'État français a précédemment été reconnue.

II. L'objet de l'action environnementale de l'État

A. Lutte contre les pollutions : déchets et préjudice écologique

1. La confirmation de l'extension de la notion de déchets

Source : CE, 2021, n° 437105, Société Ahouandjinou.

Au cours de l'année 2016, les services de l'inspection des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ont réalisé un contrôle de l'entrepôt de stockage de pneus, appartenant à la société Ahouandjinou. Cette dernière a pour activité l'achat et la revente de pneus neufs ou d'occasion. Ce contrôle a mis en lumière que la société Ahouandjinou ne disposait pas des autorisations préalables pour réaliser une telle activité. Compte tenu du contrôle réalisé, la Préfecture de la Côte d'Or a mis en demeure la société de se conformer à la réglementation applicable.

Si la légalité de l'arrêté préfectoral ne fut pas contestée par le juge de première instance, la Cour administrative d'appel de Lyon a, quant à elle, estimé que les pneumatiques en cause ne pouvaient pas être qualifiés de déchets. La juridiction d'appel a reproduit le raisonnement développé par le Conseil d'État dans sa jurisprudence antérieure (CE, 2011, n° 324728, Lanvin) définissant le « déchet » comme « toute substance qui n'a pas été recherchée comme telle dans le processus de production dont elle est issue ». Ainsi, elle a conclu que les pneumatiques ne pouvaient revêtir la qualité de déchets puisque leur usure n'était pas établie et que la société avait l'intention de les revendre.

Or, eu égard à la directive 2008/98/CE du 19 novembre 2008 sur les déchets et à sa transposition dans le droit national, la notion de déchets s'est élargie. Elle est inscrite à l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement. Les juges du Palais Royal l'ont reprise *in extenso* et, par voie de conséquence, ont estimé que la Cour administrative d'appel de Lyon avait commis une erreur de droit. Les pneumatiques en cause sont qualifiables de « déchets » en ce qu'ils constituent un bien « dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire ». Ils ajoutent que « la circonstance qu'ils aient une valeur commerciale et soient susceptibles de donner lieu à une réutilisation économique [est] à cet égard inopérante ». En outre, la société Ahouandjinou n'ayant pas procédé à un marquage des pneumatiques, pour les exploiter économiquement conformément à la réglementation en vigueur, leur réutilisation ne peut être établie comme certaine. C'est donc à bon droit que la Préfecture de Côte d'Or a conclu que la société Ahouandjinou stockait des déchets et devait régulariser sa situation, en tant qu'ICPE, pour les vendre.

De sorte que le Conseil d'État vient entériner l'élargissement de notion de « déchets », adopté par le Législateur, reposant sur l'abandon de son détenteur ainsi que sur l'absence certaine de réutilisation ultérieure.

2. L'indécision du Conseil d'État en matière de qualification des résidus de produits phytosanitaires

Sources : TA de Nantes, ord, 9 avril 2021, n° 2102877 ; TA de Melun, ord, 12 mai 2021, n° 2103408 ; CE, 26 juillet 2021, n° 439902, Association Santé environnement Combe de Savoie.

Si les produits phytosanitaires soulèvent de nombreuses questions quant aux éventuels risques sanitaires et environnementaux qu'ils peuvent susciter, la qualification juridique de leurs résidus constitue un enjeu contemporain majeur. Lors des épandages des produits phytosanitaires sur les cultures agricoles, inévitablement, se dispersent des résidus hors de la zone agricole visée. Il s'agit de savoir si ces résidus constituent des déchets au sens de l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement.

Les juridictions de première instance se sont penchées sur cette question. Elles ont été saisies, dans le cadre de procédures en référé, afin d'apprécier la légalité d'arrêtés municipaux imposant aux utilisateurs de produits phytosanitaires l'obligation d'éliminer les résidus issus de l'épandage lorsque ceux-ci se dispersent au-delà de la zone visée. Le Tribunal administratif de Nantes a jugé que l'arrêté municipal était illégal en rappelant l'exclusivité de la compétence de l'État, en matière de police administrative spéciale relative aux produits phytosanitaires et a précisé qu'un tel produit « n'est pas par nature qualifiable de déchet ». *A contrario*, le juge des référés du Tribunal administratif de Melun a estimé que les résidus de produits phytosanitaires, dispersés hors de la zone agricole visée, constituaient des déchets. Il a fait application de l'ancienne définition de la notion de « déchets » dégagée par le Conseil d'État en 2011 (CE, 2011, n° 324728, Lanvin) en considérant ces résidus dispersés comme des « substances à base de produits phytosanitaires non utilisées à leurs fins initiales, c'est-à-dire des déchets générés par cette utilisation ».

Quant au Conseil d'État, il adopte une position ambiguë en usant seulement de la formule « à supposer que les dérivés de produits phytopharmaceutiques constituent des déchets ». Il ne tranche pas la question. Les prédictions juridiques sont toujours difficiles et imparfaites, mais à la lumière de la jurisprudence évoquée précédemment (1.), prenant acte de la nouvelle définition de la notion de « déchets » où l'intention du détenteur de se défaire de la substance prime, il semble peu probable que les résidus de produits phytosanitaires soient à l'avenir qualifiés de « déchets » par le juge.

3. Une responsabilité pour préjudice écologique limitée, mais pas figée

Source : QPC, 5 février 2021, n° 2020-881, Association Réseau sortir du nucléaire.

La question des déchets et de leur traitement occupe une place importante au sein des enjeux climatiques et environnementaux, mais elle sous-tend, en réalité, une volonté de prévenir toute atteinte à l'environnement. Ainsi, elle traduit en creux un souhait d'éviter toute pollution dommageable pour l'environnement, tout préjudice écologique.

La notion de préjudice écologique a constitué une révolution juridique, comme suite à son entrée dans le Code civil à l'issue de l'adoption de la loi du 8 août 2016

pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Désormais, les atteintes portées à l'environnement sont réparables, même en l'absence d'atteintes personnelles à des sujets de droit. L'article 1247 du Code civil est le fruit d'un compromis parlementaire ayant pour dessein de mettre en œuvre l'obligation constitutionnelle de réparer un préjudice écologique, inscrite à l'article 4 de la Charte de l'environnement.

La lecture de cet article a suscité de vives réactions émanant des associations ayant pour objet la protection de l'environnement, qui ont considéré qu'il s'agissait d'une consécration partielle du principe de réparation du préjudice écologique. L'article 1247 du Code civil dispose que seul « le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable » de l'environnement est réparable. C'est donc, à l'occasion d'une affaire portée devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation, que l'association « Réseau Sortir du Nucléaire » a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité afin de savoir si la délimitation de la réparation du préjudice écologique à la seule « atteinte non négligeable » à l'environnement était conforme à la Charte de l'environnement et à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme.

Les neuf sages ont rejeté les griefs tirés de la méconnaissance du bloc de constitutionnalité. Ils ont admis la conformité des dispositions de l'article 1247 du Code civil à l'article 4 de la Charte de l'environnement. Implicitement, c'est l'instauration d'un seuil de gravité dans la réparation des préjudices écologiques qu'a admis le juge constitutionnel. Il respecte la volonté du législateur souhaitant conférer un caractère raisonnable et réaliste à la réparation des préjudices écologiques, en la limitant aux seules atteintes qui ne seraient pas négligeables. Par ailleurs, cette disposition législative fait écho à un adage propre à l'office du juge de droit commun, qui est le premier juge du droit de l'environnement, *de minimis non curat preator*.

Toutefois, l'instauration d'un seuil de gravité n'est pas exclusivement tournée vers la restriction de la réparation du préjudice écologique. À l'avenir, ce seuil de gravité pourrait revêtir un caractère fonctionnel dont le juge userait pour réparer des préjudices écologiques considérés, naguère, comme négligeables. Par conséquent, le verre n'est pas forcément à moitié vide...

B. La protection des espèces animales

1. Les contours de la protection des espèces animales : un bilan mitigé

- a. Réglementation des méthodes de chasse : le guide 2021 pour faire la différence entre le bon et le mauvais chasseur ?

Sources : CE, 4 février 2021, n° 434058 ; CJUE, 17 mars 2021, n° C-900/19.

Cette année 2021 aura été riche en informations pour les chasseurs.

En effet, par un arrêté du 27 juin 2019, afin de prévenir des dommages causés aux troupeaux domestiques, le ministre de la transition écologique et solidaire et le ministre de l'Agriculture et de l'alimentation ont fixé des dérogations à l'interdiction de

perturbation des ours bruns. Cet arrêté vient prévoir deux possibles effarouchements : l'effarouchement simple par l'utilisation de moyens olfactifs, lumineux et sonores, mais aussi un « effarouchement renforcé à l'aide de tirs non létaux ».

De nature attentive quant à la recherche d'un équilibre entre la protection des espèces animales et les dommages importants à la propriété, le Conseil d'État est resté dans cette démarche protectrice le 4 février 2021. Se basant sur le nombre peu important des ours bruns dans la région, le juge administratif annule l'effarouchement renforcé trop peu encadré par les ministres.

Au niveau européen cette fois ci, la CJUE est venue le 17 mars 2021 se positionner sur les questions préjudicielles du CE (CE 29 novembre 2019, n° 425519, Association One Voice). La Cour, sans y laisser des plumes, déclare que les méthodes de chasses à la glu consistant à attirer de nombreux oiseaux avec des tiges collantes sont incompatibles avec la Directive Oiseaux (directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 novembre 2009).

Cette réponse de la CJUE va venir servir de point de repère au CE qui, dans la même lignée, va avoir le bec fin en suspendant plusieurs arrêtés ministériels autorisant les méthodes de chasses traditionnelles aux oiseaux avec emploi des gluaux (CE, 28 juin 2021, n° 443849 ; CE, réf., 25 octobre 2021, n° 457353). C'est alors, petit à petit que la protection des oiseaux sauvages fait son nid en droit européen et français.

· b. Le renforcement de la protection des espèces animales

Sources : CE 15 avril 2021, n° 432158 ; CE 7 juillet 2021, Oiseaux-Nature et a., n° 432485, 434091, 434307, 434316, 434342, 434357.

Le CE ne se limite pas uniquement à règlementer la chasse, il vient aussi renforcer de manière concrète la protection des espèces animales. Ainsi, c'est le 15 avril 2021 que le CE est venu renforcer la protection des espèces animales face à l'installation humaine, en estimant que la construction d'une centrale hydroélectrique ne peut être désignée d'intérêt public majeur justifiant la destruction d'espèces protégées (CE, 15 avril 2021, n° 432158).

Pour autant, cette décision du Conseil n'est pas nouvelle et se classe dans le raisonnement des jurisprudences précédentes attentives à l'impact que peut avoir l'homme sur l'environnement. En effet, la CJUE l'avait rappelé par un arrêt du 24 mars 2011 (CJUE, 24 mars 2011, Commission contre Belgique, C-435/09) estimant qu'un projet « de dimension même réduite » peut avoir des incidences notables sur l'environnement.

Preuve d'une continuité jurisprudentielle, dix années plus tard, et quelques mois après l'arrêt du CE précité, la CAA de Lyon le 16 septembre 2021 fait de même, considérant qu'au regard des atteintes portées aux espèces animales protégées, le projet de centre commercial ne peut pas être autorisé (CAA Lyon, 16 septembre 2021, n° 19LY00268).

Cependant, le CE ne s'arrête pas là dans la protection de la faune durant cette année 2021. Le juge administratif, le 7 juillet (CE, 7 juillet 2021, Oiseaux-Nature et a., n° 432485, 434091, 434307, 434316, 434342, 434357), vient annuler partiellement l'arrêté ministériel du 3 juillet 2019 qui fixait la liste, les périodes et les modalités de destruction

des espèces susceptibles d'occasionner des dégâts sur la faune. Le CE prend alors le taureau par les cornes, en retirant de la liste des espèces dites nuisibles :

- le putois sur tout le territoire,
- la martre dans l'Ain, la Moselle et les Hautes-Pyrénées,
- la pie bavarde dans le Loiret et le Val-d'Oise,
- l'étourneau sansonnet dans la Marne,
- le renard roux dans les Yvelines.

2. Une protection nuancée des espèces

Sources : CE, 30 décembre 2021, n° 439766, Société Sablière de Millières ; CE, 3 août 2021, n° 439854.

Néanmoins, l'année 2021 aura aussi été synonyme de destructions d'espèces protégées. En effet, à plusieurs reprises, le juge administratif a eu l'occasion d'illustrer la notion de raison impérative d'intérêt public majeur justifiant une dérogation aux interdictions de destruction de la faune sauvage protégée. Celui-ci est venu rappeler le 30 décembre 2021 (n° 439766, Société Sablière de Millières) les conditions requises pour que le préfet puisse légalement accorder une dérogation à l'interdiction de détruire ou perturber des espèces protégées. Ainsi, c'est dans cette logique que la CAA de Marseille (22 janvier 2021, n° 18MA04438) a pu décider que la réalisation de travaux de rénovation du réseau électrique peut constituer une raison impérative d'intérêt public majeur justifiant la destruction d'espèces protégées.

De plus, cette année a aussi été marquée par le manque de clarté de la réglementation de la chasse. Le CE a pu valider le 3 août 2021 (CE, 3 août 2021, n° 439854) la prolongation d'un mois de la durée de la chasse au sanglier prononcée par la 1^{re} Ministre. Pourtant, au regard de cette prolongation assez floue, ne donnant aucune indication supplémentaire aux chasseurs, il n'aurait pas été étonnant d'espérer une position différente du Conseil qui aurait alors laissé une marge de liberté moindre au chasseur durant cette prolongation.

Ainsi, en reprenant les mots de la Ligue pour la protection des oiseaux, le statut de la protection animale durant cette année 2021 est à l'image de la décision du 7 juillet 2021 précitée : « une victoire à demi-teinte ».

III. Étude de droit étranger. Territoires autochtones au Brésil et l'affaire du « cadre temporel »

Les peuples autochtones ont été mis en évidence lors de la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques qui s'est tenue à Glasgow en 2021. Pour la première fois dans l'histoire de l'UNCCC, vingt-huit peuples autochtones ont été nommés pour s'engager directement en tant que détenteurs de connaissances et pour partager

leurs expériences connexes avec les gouvernements. Les peuples autochtones ont des connaissances et des valeurs orientées vers la nature, accumulées au fil des générations. Ils gèrent plus de 80 % de la biodiversité restante de la planète. Dans leur décision clé adoptée à la fin de la réunion, les gouvernements ont reconnu le rôle important de la société civile, y compris les peuples autochtones, dans la lutte contre le changement climatique, soulignant le besoin urgent d'agir. La jeune autochtone Txai Suruí a été la seule brésilienne à prendre la parole lors de la session inaugurale de la conférence, puisque le président Bolsonaro a préféré ne pas assister à l'événement. Dans le pays qui possède la plus grosse partie de la forêt amazonienne (environ 60 %), les peuples indigènes sont constamment menacés et, avec eux, l'équilibre écologique de l'environnement.

La Constitution fédérale brésilienne de 1988 a été une étape majeure pour les droits des peuples autochtones. L'article 231 reconnaît l'organisation sociale, les coutumes, la langue, les croyances, les traditions et les droits des autochtones sur les terres qu'ils occupent traditionnellement. La Constitution brésilienne a adopté le paradigme du multiculturalisme, reconnaissant les droits territoriaux, culturels et environnementaux des peuples autochtones. En outre, elle a établi un droit socio-environnemental, caractérisé par la nécessité de protéger l'homme et l'environnement. Dans son article 225, la Constitution prévoit le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré pour les générations présentes et futures. Ce droit s'applique particulièrement aux peuples autochtones. Dans le cadre de la Convention 169 de l'OIT, ratifiée par le Brésil, l'article 4 prévoit des mesures spéciales pour sauvegarder la culture et l'environnement des peuples autochtones, et l'article 7 prévoit la coopération avec les peuples intéressés en ce qui concerne les plans de développement pour les zones qu'ils habitent. Dans le cadre de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones, adoptée en 2007, l'article 19 prévoit une consultation préalable et une coopération de bonne foi avec les peuples autochtones touchés par des mesures législatives et administratives. Dans le cadre de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'article 22 reconnaît que les peuples autochtones jouent un rôle vital dans la gestion et le développement de l'environnement, compte tenu de leurs connaissances et pratiques traditionnelles. Les États doivent reconnaître et soutenir de manière adéquate leur identité, leur culture et leurs intérêts, et créer les conditions de leur participation effective à la réalisation du développement durable.

À son tour, la Constitution brésilienne, dans son chapitre VIII (intitulé « sur les indigènes »), prévoit la protection de la culture et des terres indigènes. Le droit à la terre indigène peut être considéré comme une garantie de protection de l'environnement. Au Brésil, la reconnaissance du caractère traditionnel des terres indigènes se retrouve dans l'article 231, § 1, de la Constitution fédérale. La jurisprudence reconnaît ce droit comme un droit humain. Les peuples autochtones en général ont un lien étroit avec leur territoire, nécessitant une protection spéciale des droits de propriété pour assurer leur survie physique et culturelle. De plus, le droit d'utiliser et de jouir du territoire comprend la protection des ressources naturelles existantes sur le territoire pour garantir la continuité de l'utilisation des ressources naturelles, ce qui leur permet de

maintenir leur mode de vie traditionnel et leur identité culturelle distincte. La culture autochtone, fortement liée au territoire, nécessite une attention particulière, afin de protéger la transmission des traditions aux générations futures et de perpétuer la diversité culturelle. De la même manière que les dommages environnementaux affectent les peuples autochtones, la présence des peuples autochtones sur les terres offre de plus grandes chances de protéger l'environnement et la biodiversité¹. Environ 20 % de la forêt amazonienne a déjà été déboisée et plus de 80 % de cette superficie se trouve en dehors des zones protégées².

Actuellement, la démarcation des terres autochtones dans le pays est précédée d'un processus administratif composé de plusieurs phases déterminées par le décret 1.775 de 1996. Dans ce processus, plusieurs études de nature ethno-historique, anthropologique, sociologique, juridique, cartographique et environnementale sont nécessaires pour prouver que la zone à démarquer constitue des terres traditionnellement occupées par les autochtones. Cependant, il y a de nombreux litiges résultants de conflits sur les territoires autochtones. Cela parce que la Constitution a prévu dans ses articles 20, XI, et 231, que les terres indigènes constituent la propriété de l'Union fédérale, avec droit de possession et d'usufruit permanents en faveur des peuples autochtones, ainsi que les richesses du sol, des rivières et des lacs qui s'y trouvent. Selon la compréhension de la Cour supérieure de justice (compétence suprême sur l'interprétation des normes fédérales), les « terres traditionnellement occupées par les autochtones ne perdent pas cette caractéristique parce qu'elles n'ont pas encore été démarquées, dans la mesure où la démarcation n'a qu'un effet déclaratoire ». Beaucoup de ces terres ont été perdues au profit des colons, qui à leur tour ont vu leurs titres jugés nuls par la nouvelle Constitution.

La plupart des conflits entre autochtones et non-autochtones se trouve dans l'État du Mato Grosso do Sul, qui est le deuxième État avec le plus grand nombre de concentration foncière, suivi par l'État du Mato Grosso, le deuxième plus grand producteur de matières premières du pays. Ainsi, ces conflits sont étroitement liés à l'avancée de la production agropéculaire brésilienne, puisque les terres autochtones ne peuvent être économiquement exploitées par l'industrie. Il est important de mentionner un autre type de conflit avec les communautés autochtones, qui s'est développé ces

-
1. La recherche menée par la société brésilienne pour le progrès de la science, sur la place des terres indigènes dans la protection de la biodiversité dans le territoire brésilien, démontre l'effectivité des terres indigènes à maintenir la couverture végétale native en renforçant leur rôle de défenseurs de l'environnement et suggère la nécessité de politiques publiques pour renforcer la protection de ces territoires, ainsi que la restauration environnementale.
 2. Les zones protégées au Brésil peuvent être classées en territoires autochtones, unités de conservation durables, unités de conservation de protection intégrale et zone de protection environnementale. 43,9 % de l'Amazonie se trouve en zones protégées. La plupart de ces dernières constituent des zones de développement durable, c'est-à-dire, habitées par l'homme de manière soutenable. Donc, le déboisement est inévitable, principalement dû au fait de l'inexistence, dans la majorité des zones protégées, d'une gestion efficace du territoire. Malgré tout, ces zones obtiennent toujours les meilleurs taux de protection.

derniers temps, en particulier en Amazonie, qui est celui qui résulte de l'exploitation illégale des minéraux, de l'or et des diamants. Cette activité a augmenté de 495 % ces dix dernières années, générant un véritable effondrement environnemental.

Un conflit important entre une agence étatique de protection de l'environnement et les peuples autochtones a généré au Tribunal fédéral suprême (STF), en 2021, l'affectation du thème de la répercussion générale n° 1.031³. Le jugement de ce recours extraordinaire sera un précédent obligatoire pour l'ensemble du pouvoir judiciaire, et c'est pourquoi il est si décisif. Il s'agit de la reprise de possession du territoire autochtone Ibirama-Laklãnõ, déposée par le gouvernement de l'État de Santa Catarina contre le peuple Xokleng, territoire où vivent également les peuples Guarani et Kaingang. Ainsi, nous étudierons brièvement les deux thèses en litige devant la plus haute juridiction brésilienne et leur constitutionnalité : la théorie de l'indigénat (A), qui défend le droit originel à la terre indigène, et la thèse du cadre temporel (B), qui défend que les peuples autochtones auraient seulement le droit de démarcation des terres qui étaient en leur possession le 5 octobre 1988, date de la promulgation de la Constitution brésilienne.

A. Un droit originaire à la terre : la théorie de l'indigénat

La théorie de l'indigénat, développée par João Mendes Júnior au début du xx^e siècle, a influencé les constitutionnalistes à consolider les droits territoriaux autochtones au Brésil. Cette théorie prend en compte les siècles d'exploitation, d'exclusion et de génocide pratiqués contre les peuples autochtones, depuis le début de la colonisation portugaise. Le droit des autochtones à leurs territoires traditionnellement occupés est considéré comme étant un droit inné, et donc antérieur à la création de l'État brésilien. Ce dernier doit seulement démarquer et déclarer les limites géographiques de ce territoire. La Constitution elle-même donne la définition de territoires « traditionnellement occupés » : ceux habités par les autochtones de manière permanente, ceux utilisés pour leurs activités productives, ceux indispensables à la préservation des ressources naturelles nécessaires à leur bien-être, et ceux nécessaires à leur reproduction physique et culturelle.

Ainsi, les défenseurs de cette théorie allèguent que la Constitution fédérale de 1988 a incorporé cette idée de droit inné, c'est-à-dire le droit de permanence des peuples autochtones dans leurs territoires, et qu'elle est donc une source juridique primaire de la possession territoriale.

Le juge du STF Edson Fachin, lors de la délibération dans le recours extraordinaire (RE) 1.017.365, utilise la théorie de l'indigénat pour proférer son vote. Pour lui, la Constitution de 1988 a inauguré un nouveau type de possession, différente de celle du Code civil. La possession indigène ne relève ni du droit de propriété, ni du droit patrimonial, elle n'a pas une finalité économique, elle n'est pas individuelle et trans-

3. Les décisions en recours extraordinaire avec « répercussion générale » proférées par le STF ont efficacité *erga omnes* et effet obligatoire en ce qui concerne les organes du pouvoir judiciaire.

missible. La possession indigène sert à maintenir leur existence, leur culture et leurs traditions. Il n'y a pas de peuple indigène sans la terre, c'est-à-dire sans la nature, elle est intrinsèque à son identité. Le juge rappelle que l'on ne peut ignorer l'histoire de la lutte des peuples autochtones au Brésil et le système juridique qui a évolué selon leurs luttes, dans le sens de mieux les protéger. Par exemple, la Constitution de 1988 adopte le concept de nation multiculturelle et encourage le pluralisme socio-culturel. Pour Fachin, il faut appliquer le principe de l'effectivité maximale des normes constitutionnelles, c'est-à-dire préférer l'interprétation qui va conférer plus d'efficacité aux droits posés par la norme, spécialement les droits fondamentaux. Ainsi, l'on ne peut supposer qu'à cause d'un verbe conjugué au présent de l'indicatif, il existerait un cadre temporel à respecter pour l'effectivité de la norme constitutionnelle.

Il y a des arguments pour défendre que le droit constitutionnel à l'environnement sain (article 225) doit primer sur les droits des peuples autochtones (article 231). Ainsi, il serait préférable de conserver la forêt sans une interférence humaine. Pourtant, la double affectation des territoires, comme « autochtones » et comme « de protection environnementale » n'est pas inviable, en considérant qu'un environnement équilibré est essentiel pour l'existence et le développement des peuples autochtones⁴.

B. L'inconstitutionnalité de la thèse du cadre temporel

À la deuxième session des délibérations du RE 1.017.365 le 15 septembre 2021, le juge Kassio Nunes Marques, le deuxième juge à se prononcer, a présenté un vote qui nie les droits dits originaires des peuples autochtones. Son vote présentait des hypothèses divergentes du vote du rapporteur, qui prévoyait la possession des terres par les peuples autochtones comme un droit originaire, inaliénable et compatible avec le droit à la préservation de l'environnement. Pour ce juge, la thèse du cadre temporel, développée dans l'arrêt de l'Action Populaire n° 3.388 en 2009 (affaire Raposa Serra do Sol), offre une sécurité juridique et doit ainsi être suivie par tous les tribunaux brésiliens.

Selon cette interprétation, depuis la date de la promulgation de la Constitution, le peuple autochtone doit être présent sur le territoire à démarquer ou il doit y avoir au moins un litige sur la possession. Le juge Nunes Marques soutient que de graves problèmes juridiques découlent de la théorie de l'indigénat, puisqu'elle est contraire à la notion de propriété privée et de souveraineté nationale. Pourtant, comme vu auparavant dans ce texte, le texte constitutionnel brésilien promeut la multiculturalité de sa population et promeut également la protection de la culture autochtone qui est intrinsèquement liée à la terre qu'elle occupe. Dans la culture autochtone, cette dernière n'est pas un simple droit ; avec les peuples autochtones, elle gagne la dimension d'un être qui résume en soi toute leur ancestralité. D'où l'obligatorité d'un rapport anthropologique qui sert à prouver l'importance de la terre du peuple

4. Cf. G. Blanc, *L'invention du colonialisme vert. Pour en finir avec le mythe de l'Éden africain*, Paris, Flammarion, coll. « Essais », 2020, 352 p. ; et M. Ferdinand, *Une écologie décoloniale. Penser l'écologie depuis le monde caribéen*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 2019, 464 p.

autochtone en question pour sa reproduction physique et culturelle. La possession indigène, reconnue dans l'article 231 de la Constitution, est visiblement différente de la propriété ou de la possession privée, puisque les peuples autochtones ont sa possession permanente et l'usage exclusif des richesses du sol ou des rivières qui s'y trouvent, à condition que ce territoire soit confirmé comme indispensable à leur développement traditionnel.

Donc, il n'y a qu'une seule condition et ajouter de nouvelles conditions qui ne furent pas prévues par le texte, c'est nier les droits fondamentaux des peuples autochtones, encourir une inconstitutionnalité et aussi une inconventionnalité. L'interprétation de la Constitution ne peut nier le contexte historique brésilien : les peuples autochtones ont été expulsés de leurs territoires depuis le début de la colonisation et cela perdure jusqu'à nos jours. Ils n'avaient pas la capacité à agir dans un litige jusqu'en 1988, ainsi il est impossible de leur imposer la saisine du pouvoir judiciaire pour protéger leurs droits. Il convient de souligner que l'article 231 prévoit que les actes qui ont pour objet l'occupation, l'appropriation ou la possession des terres autochtones, telles que décrites dans le *caput* de l'article, sont nuls et n'ont aucun effet juridique. De cette façon, la thèse du cadre temporel ne suit pas la logique constitutionnelle de protection des peuples autochtones qui furent obligés de partir de leurs territoires ancestraux.

La délibération du RE 1.017.365 sera reprise en juin 2022 et une décision favorable à la thèse du cadre temporel enfreindrait non seulement les droits humains reconnus par le Brésil dans sa Constitution, ainsi que dans d'autres traités internationaux, comme favoriserait la déforestation des biomes du pays, puisque la lutte des peuples autochtones est manifestement contre ceux qui veulent déforester pour l'élevage du bœuf ou pour l'orpaillage des métaux précieux⁵.

Références bibliographiques

AMADO (Luiz Henrique Eloy), SANTOS (Anderson de Souza) et PASCA (Dan), « *“É muita terra pra pouco índio”? Ou muita terra na mão de poucos? Conflitos fundiários no Mato Grosso do Sul* », Instituto socioambiental, 2021, 17 p. [En ligne] URL : <https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/e-muita-terra-pra-pouco-indio-ou-muita-terra-na-mao-de-poucos-conflitos> [consulté le 20/04/2022].

BOKOS (Ana Vitória Muniz), « *The protection of indigenous peoples' land as environmental law* », *Cadernos eletrônicos direito internacional sem fronteiras*, vol. 3, n° 1, 2021, 15 p. [En ligne] URL : <https://doi.org/10.5281/zenodo.4453373> [consulté le 20/04/2022].

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *Manual de jurisprudência dos direitos indígenas. Câmara de Coordenação e Revisão, 6, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais*, Brasília, MPF, 2019, 920 p. [En ligne] URL : <https://www.secic.ms.gov.br/wp-content/>

5. Par Lydia Bouima, Aurélie Fournier, Thayenne Mendonça, Noémie Roche, Clément Thuel, étudiants du Master 2 Droit public approfondi, École de Droit-UCA.

- uploads/2019/07/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf [consulté le 20/04/2022].
- CUPSINSKI (Adelar) *et al.*, « *Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal ante a proeminência do art. 231 e 232 da constituição de 1988* », *Revista Eletrônica OABRJ*, 2019. [En ligne] URL : <https://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?artigo=terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal-ante-a-proeminencia-do-art-231-e-232-da-constituicao-de-1988> [consulté le 20/04/2022].
- DA SILVA (José Afonso), *Parecer*, 2016. [En ligne] URL : http://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf [consulté le 20/04/2022].
- DE SOUSA (Cassio Noronha Inglez), DE ALMEIDA (Fábio Vaz Ribeiro), *Gestão territorial em terras indígenas no Brasil*, Brasília, Ministério da educação, Secretaria de educação continuada, alfabetização, diversidade e inclusão et Unesco, 2013, 268 p.
- IMAZON, *Áreas protegidas na Amazônia brasileira: avanços e desafios*. [En ligne] URL : <https://imazon.org.br/areas-protegidas-na-amazonia-brasileira-avancos-e-desafios-2/> [consulté le 27/04/2022].
- RIOS (Marco Túlio Costa), « *O processo de demarcação das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro e seu impacto na preservação ambiental: uma análise do caso Awá Guajá* », *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 27, n° 7111, 20 dez. 2022. [En ligne] URL : <https://jus.com.br/artigos/61079> [consulté le 20/04/2022].
- STF, *Pleno – Marco temporal sobre demarcação de áreas indígenas (1/2)*, YouTube, 9 septembre 2021, vidéo (1h 43m 57s). [En ligne] URL : <https://youtu.be/uCooaVWHe9E> [consulté le 15/09/2021].
- STF, *Pleno – Marco temporal sobre demarcação de áreas indígenas (2/2)*, YouTube, 9 septembre 2021, vidéo (55m 37s). [En ligne] URL : <https://youtu.be/EjBllhm2HkY> [consulté le 15/09/2021].
- STF, *Pleno (AD) – Marco temporal sobre demarcação de áreas indígenas*, YouTube, 15 septembre 2021, vidéo (1h 20m 06s). [En ligne] URL : https://youtu.be/85vEMSUe_WY [consulté le 15/09/2021].
- UNFCCC, *COP26 Strengthens Role of Indigenous Experts and Stewardship of Nature*. [En ligne] URL : <https://unfccc.int/fr/node/322511> [consulté le 20/04/2022].