

Le juge administratif entre changement climatique et transition écologique

Réflexions dans la "marge". Limites de la planète et non-régression dans la justice environnementale.

En remerciant les généreux organisateurs de la Conférence pour l'invitation qui m'a offert une précieuse occasion d'enrichissement, je prends le terme "marge" comme point de départ de mon discours.

Par marge, nous entendons, il est vrai, une partie latérale par rapport à ce qui est central ; mais la marge est aussi la limite à ne pas dépasser, et aujourd'hui le concept de limite, de limes, de frontière, a pris un rôle central.

Une véritable révolution copernicienne amène enfin les politiques législatives et économiques à renoncer au fidéisme aveugle d'un développement sans limites typique de l'anthropocène, et à traiter plutôt des limites du développement et des limites planétaires.

De Malthus au modèle IPAT d'Ehrlich et Holdren (i), la science n'a pas tardé à mettre en garde les sociétés humaines contre les effets de l'utilisation prédatrice des ressources de la planète, lue en termes de nourriture dans les leçons des années 1800, et désormais bien comprise comme des services écosystémiques d'une valeur économique inestimable (ii) dont dépendent la vie de l'humanité, son bien-être social et même la possibilité de jouir de droits fondamentaux.

En effet, les limites sont au centre d'une nouvelle vision de la relation entre l'homme et l'écosystème centrée sur les 9 limites de la planète : la biodiversité, le changement climatique, le cycle de l'azote et du phosphore, l'acidification des océans, l'appauvrissement de la couche d'ozone, la pollution atmosphérique, la disponibilité de l'eau douce, les changements dans l'utilisation des sols et la libération de nouvelles substances chimiques. Ce sont des limites à ne pas franchir, sinon nous ne serions plus en mesure de faire face aux changements qui en résulteraient, même avec des stratégies d'atténuation et d'adaptation.

La régulation devient donc centrale, comme la science l'a toujours affirmé comme réponse au prélèvement indiscriminé des ressources naturelles pour les différents besoins anthropiques ; aujourd'hui, cependant, cette même régulation, et avant tout celle opérée par le biais des réglementations, est également invoquée par les nouvelles théories économiques, pour lesquelles l'économie est "encastrée dans la nature" (iii).

Dans le jeu de la transition écologique, les règles du jeu sont donc dictées d'une part, en tant qu'arbitre, par le droit de l'environnement - selon l'approche autoritaire bien connue - et d'autre part par une série de codes de conduite - dits soft law - corroborés par la diffusion d'une nouvelle conscience et de modèles culturels écocentriques, en tant que nouveaux instruments pour respecter et fixer un "plafond" à l'accès indiscriminé aux ressources naturelles. Il s'agit d'un accès qui ne peut certainement pas être universel, dans le sens d'indiscriminé d'un point de vue qualitatif-quantitatif, comme le rappelle la leçon de Rawls, ni encore moins susceptible d'être abandonné à la pure logique du marché libre, si nous voulons éviter la rupture de ces limites, vues non pas comme les piliers d'Hercule, mais comme Samson. (iv)

C'est d'ailleurs précisément le respect de ces limites planétaires (v) qui permet aux sociétés de jouir des droits fondamentaux de l'homme, ce "plancher" minimal qui caractérise, entre autres, les États européens à bien-être public : Si, en effet, les ressources n'étaient pas consacrées à la prévention de l'altération des équilibres environnementaux globaux, pour se rabattre sur une logique plus coûteuse de simple réparation des dommages, les plus grandes ressources publiques nécessaires (5 pour 1, en moyenne) seraient drainées des dépenses d'éducation, du système de santé, du système de sécurité sociale, de l'aide au revenu, du logement social (vi), avec une privatisation de beaucoup de ces services et des conséquences drastiques, surtout pour les classes les plus vulnérables.

Vivre bien dans les limites d'une seule planète était le slogan du Programme général d'action pour l'environnement de l'UE jusqu'en 2020, presque une revendication commerciale qui traduit le concept d'espace juste et sûr de l'économie du donjon (vii), une théorie qui place le bien-être des communautés précisément dans la capacité à rester en équilibre dans cet anneau intermédiaire entre les droits fondamentaux et les limites de la planète. Les Anglais l'appellent "doughnut", mais en Italie, on parle plutôt de "bouée de sauvetage", un terme plus évocateur.

La tâche de garantir cet équilibre incombe à un ensemble d'instruments et de pouvoirs, qui fonctionnent comme des démultiplicateurs d'impacts. Certes, il y a la science, mais à côté de la science, le droit joue un rôle de plus en plus crucial, tant dans sa forme positive que dans les nouvelles formes de soft law et de droit privé de l'environnement, et surtout dans sa forme vivante, le processus administratif.

Cela est particulièrement vrai dans le contexte européen, où la construction d'un cadre juridique harmonisé en matière d'environnement a produit des résultats évidents : dans un contexte mondial où le taux de déclin des écosystèmes et de la biodiversité a atteint une moyenne de 68%, la différence (viii) entre l'effondrement de l'Amérique latine (-94%) et la résilience de l'Europe (-24%) est frappante.

La dimension de l'Union est la plus proche pour opérer en tension continue pour la construction de cet espace juste et sûr, et les juges appelés à donner voix au droit administratif européen, au droit européen de l'environnement, sont précisément les institutions justes et fortes identifiées comme objectif 16 de l'Agenda 2030 de l'ONU, mais qui en réalité sont en même temps le principal instrument vers le Green Deal.

À côté de la science et de la technologie, qui sont également fondamentales pour orienter la dimension productive vers la neutralité environnementale et climatique, la justice environnementale entre dans la cabine du conducteur du train du futur, en tant que processus humaniste et culturel qui - comme le démontrent les neurosciences et les biais cognitifs - s'avère décisif, dans sa formulation et son application, de veiller à ce que l'approche scientifique, de précaution et de prévention soit prise en compte dans le processus décisionnel (législatif et administratif), ainsi que de donner voix, avec une fonction heuristique, aux grands principes du droit de l'environnement dont il assure l'efficacité et la diffusion ; principes qui voient aujourd'hui, aux côtés du critère de précaution, l'apparition sur la scène du nouveau principe de "non-régression" (ix).

Le fait qu'il s'agisse éminemment d'une question de justice administrative est évident : ce sont les juges administratifs qui sont les protagonistes du contrôle de l'action administrative : tant dans le cadre du jugement de légitimité visant à annuler l'acte, que dans le cadre de la compétence exclusive, où l'appréciation entre, par exemple, dans la réglementation du service intégré de l'eau (droit à l'eau à des prix abordables, mais aussi garantie du coût de recouvrement intégral pour assurer la pleine protection d'un bien commun) ; que, enfin, dans le cadre du rite du silence ou du recours en carence, pour le dire en termes de l'Union, par lequel les juges administratifs orientent les actions de l'A. P. non seulement dans le contexte du nouveau principe de "non régression" ou de "non-régression", mais aussi dans le contexte du nouveau principe de "non régression" ou de "non-régression". A. non seulement dans le cadre des procédures de point unique, mais aussi dans la planification. (x)

Maintenant, en ce qui concerne le chemin qui évolue de la réification de la nature vers sa subjectivation, en en faisant un sujet de droit (droits de la nature, DdN) afin d'élever le niveau de protection - on pourrait dire que la limite existe là où l'un rencontre l'autre ou le divin - une étude récentexi commandée par le Comité JURi de l'Union européenne approfondit une série de propositions pour la réforme du droit européen qui touche, outre la mise en œuvre de certains secteurs réglementaires (231, dommages environnementaux, directives sur l'habitat, permis), la justice administrative, à laquelle la Convention d'Aarhus confie la tâche d'assurer l'information, la participation et le contrôle de l'action publique en matière d'environnement. (xi)

Maintenant, en ce qui concerne le chemin qui évolue de la réification de la nature vers sa subjectivation, en faisant d'elle un sujet de droit (droits de la nature, DdN) afin d'élever le niveau de protection - on pourrait dire que la limite existe là où l'on rencontre l'autre ou le divin - une étude récente (xi) commandée par le Comité JURi de l'Union européenne entre dans une série de propositions pour la réforme du droit européen qui touche, outre la mise en œuvre de certains secteurs réglementaires (231, dommages environnementaux, directives habitat, permis), la justice administrative, à laquelle la Convention d'Aarhus confie la tâche d'assurer l'information, la participation et le contrôle de l'action publique en matière d'environnement. (xii)

L'étude arrive à la conclusion que (i) la légitimité procédurale, (ii) la méthode et l'expertise scientifiques, (iii) l'ancrage aux grands principes du droit de l'environnement, (iv) la tertiarité et (v) le contrôle de l'administration publique sont les pierres angulaires actuelles par lesquelles la justice environnementale prend soin des "droits de la nature", en assurant le respect des "frontières planétaires".

Ainsi, une brève promenade à travers les prises de position les plus significatives en la matière offre de précieux aperçus de la manière dont les juges administratifs ont depuis longtemps fait usage de leur munus heuristique dans cette direction, même si ce n'est parfois pas consciemment.

Ainsi, en ce qui concerne la légitimité procédurale, il est clair qu'à travers son extension à des sujets aux intérêts étendus (Cittadini per l'aria Onlus v. Regione Lombardia, Piano per l'aria, TAR Milano 220/2012 au-delà de l'écrémage de l'identification ministérielle) appartenant également à des systèmes juridiques étrangers, une voix est donnée aux droits de la nature dont les ONG sont une sorte de "curateur spécial".

En outre, grâce à l'utilisation de conseils et de vérifications techniques, les canons d'évaluation scientifiques et naturalistes sont incorporés dans le jugement, ce qui permet aux juges administratifs d'avoir une approche consciente, scientifique, naturaliste et avisée de la complexité. Cette élévation cognitive continue est encore renforcée par des initiatives de formation ciblées, comme celle dispensée par Life SWIPE, par exemple, ainsi que par des conférences de haut niveau, qui abordent de plus en plus les questions environnementales et climatiques.

Le paradigme de la tertiarité et de l'indépendance que l'étude identifie comme ingrédients fondamentaux d'une réforme européenne des droits environnementaux émerge surtout, dans cet examen centré sur la transition écologique et sur la limite, à travers la modulation des effets de l'annulation auxquels le juge administratif en matière environnementale recourt de plus en plus : déroger à la rétroactivité ex tunc de la portée caducatoire du jugement donne voix et corps aux nécessités d'efficacité de la protection de l'environnement, de non-régression, qui seraient autrement préjudiciées par un vide planificateur. Il est possible d'entrevoir la reconnaissance de l'existence de véritables "droits de la nature" auxquels est accordée une protection qui va au-delà des demandes des requérants eux-mêmes (Conseil d'État, I, avis 1233/2020, WWF c. Région Toscane, plan de prévention des incendies de forêt ; TRGA Sicile 1620/2020, Raffineria di Milazzo c. Région Sicile, plan aérien et révision du plan de protection de l'environnement A.P.S.). Région de Sicile, plan aérien et révision de l'AIA ; Ad. Plen., 13/2017).

Enfin, grâce à la relation de collaboration avec d'autres autorités indépendantes (Commission technique EIA SEA, entre autres), la transition écologique est renforcée, où le terme écologique et non anthropique se réfère au bénéficiaire de cette reconstruction, l'écosystème, donc dans la perspective des "droits de la nature". De ce point de vue, on peut lire un certain nombre d'arrêts, tant dans la phase de mérite (Conseil d'État 3597/2021, Commune de San Donato di Lecce c. Ministère de l'Environnement, émissions dans l'atmosphère) que dans la phase de précaution (Conseil d'État, ord. 2397/2021, ITW c. Regione Lazio, Regione Umbria, Présidence du Conseil d'État, ordonnance 2397/2021). Région Lazio, Région Ombrie, Présidence du Conseil des ministres, MITE et MISE, installation géothermique, à propos de laquelle il est indiqué, par exemple, que "l'intérêt particulier de ces installations est donné par le fait qu'elles fonctionnent essentiellement à zéro émission et permettent donc de produire de l'énergie sans contribuer à l'effet de serre".

Et encore une fois, le juge administratif contribue à assurer un équilibre dans la balance de la protection entre différentes frontières, depuis les cas où la protection de la biodiversité impose des refus de localisation ou de construction d'installations SER qui contribuent également à la transition énergétique et à la lutte contre le changement climatique (Conseil d'État 6775/2015, WPP Uno c. WWF, OAV, Province de Bolzano), jusqu'aux cas de régulation des émissions (TAR Lazio 1422/2010, Ferriere Nord c. Ministère de l'environnement et Ministère des activités productives, rel. Sestini, au sujet de la première attribution des quotas de CO2, qui aborde le conflit entre entrant et sortant, le concept de responsabilités communes mais différenciées et, à l'état embryonnaire, le principe de non-régression) des questions qui reviennent également dans des arrêts importants récents qui légitiment la possibilité de refuser l'autorisation d'installations ayant d'importantes émissions atmosphériques lorsque le contexte de référence est déjà caractérisé par une situation de pollution généralisée avec dépassement des limites (Conseil d'État 2964/2020, Commune de Rovigo c. Aurora s.p.a. et autres).

Dans ces cas, on observe que le principe de précaution invoqué à plusieurs reprises pourrait être plus efficacement remplacé, ou du moins flanqué, par le principe de non-régression, dont la portée semble capable de mettre à mal les différents arguments et positions critiques de la doctrine et de la jurisprudence réfractaires à la primauté du "solde zéro" et enclins au concept de BATNEEC (TAR Brescia 543/2019, Comune di Castelleone c. Province de Brescia et Codega vivent s.n.c.).

Enfin, l'instrument de l'établissement de l'obligation de fournir - ou du recours en carence, comme on dit dans le contexte européen - avec la conformité et la figure du Commissaire ad acta, se présente comme le levier le plus efficace et pénétrant dont dispose la justice environnementale aux fins d'un contrôle indépendant et efficace de l'A.P., comme l'a récemment reconnu précisément l'étude JURI mentionnée ci-dessus.

En particulier, le séquestre s'est avéré capable de faire face à l'inertie des autorités en ce qui concerne le respect des préceptes de la protection de l'environnement découlant de l'inexécution du jugement ou dans les cas de la soi-disant justice silencieuse, non seulement dans le cas d'activités administratives uniques liées à la délivrance de mesures ou à l'exercice de devoirs/pouvoirs de contrôle (TAR Lazio, 4579/2021 Da Rio c. Comune Marino et ARPA, de la République italienne). Municipalité de Marino et ARPA, déplacement de l'usine et contrôle des niveaux d'émission), mais aussi dans le cas de la réédition de plans annulés pour violation de la réglementation environnementale sur l'évaluation stratégique des incidences : c'est le cas du plan des carrières de la province de Bergame, où les commissaires ad acta, désignés comme autorité de procédure, ont créé une nouvelle planification, approuvée par le Conseil régional. Ce résultat a été défini par les juges comme un acte formellement administratif, mais substantiellement juridictionnel, avec la conséquence que son contenu ne peut être censuré qu'à l'intérieur du jugement d'exécution, qui est un jugement de formation progressive conclu seulement lorsque la subsistance de l'intérêt constaté dans le jugement de fond trouve une pleine mise en œuvre, tandis qu'il ne peut pas être censuré avec un recours en annulation formé contre la résolution (Conseil d'État 1184/2010 et TAR Brescia, 611/2013 WWF et autres c. Province de Bergame et Région Lombardie ; Conseil d'État, avis 389/2019).

Et c'est encore la "règle de droit" pour fermer le cercle de l'énucléation de l'efficacité de la justice, également dans le domaine de l'environnement. La récente Assemblée plénière 8/2021 valide en fait cet objectif de "contrôle judiciaire" de l'activité de l'A.P. effectué par le juge par l'intermédiaire du Commissaire.

Cette figure ne remplace pas l'organe, ni n'est considérée comme un transfert de ses pouvoirs : l'arrêt exclut en effet que le moment fonctionnel de l'activité du commissaire ad acta soit le soin de l'intérêt public de l'AP inerte qui est typiquement attribué par la législation, ancrant plutôt le moment génétique de l'activité du commissaire au jugement, à l'efficacité de la protection judiciaire et donc au résultat du droit subjectif ou de l'intérêt général invoqué, ou le "droit de la nature" soigné par l'accès à la justice environnementale par ses curateurs.

En effet, nous lisons que c'est l'instrument "pour conférer à la partie victorieuse en justice l'attribution satisfaisante de sa propre situation juridique pour la protection de laquelle elle a agi", et nous pourrions dire, en complétant l'hypothèse, également de la situation juridique d'autres biens et valeurs pour la protection desquels la partie a la qualité pour agir.

La nature et le contenu des actes spécifiques adoptés par le commissaire ad acta (et qui ne diffèrent pas de ceux que l'administration aurait dû adopter) dépendent du contenu prescriptif de la décision du juge, auquel ils assurent la mise en œuvre (conformité, exécution) selon cette polysémie propre à une activité de contrôle sur la conformité de l'activité administrative visant à garantir le respect de l'efficacité de la protection juridictionnelle.

C'est donc ce dernier qui est aux mains des juges administratifs, qui doivent déjà esquisser dans le jugement les frontières et les limites à respecter dans le réexamen des mesures à caractère discrétionnaire, afin que le commissaire puisse trouver dans le jugement " les raisons et les limites de l'appréciation et du choix que le commissaire doit faire au nom de l'administration " ; et c'est également au juge que le commissaire doit s'adresser en cas de doutes sur la portée juridique de ses fonctions, en excluant la possibilité de recourir à la désignation d'un avocat expert, compte tenu du caractère public de sa fonction (TAR Lazio 291272021, R. I.D.A. Ambiente s.r.l. contre Regione Lazio).

Loin d'opérer une cannibalisation procédurale de l'action administrative, l'administration de la justice devient un outil pour assurer un contrôle généralisé et un instrument de gestion adaptative, capable de corriger les antinomies et les apories des modules de décision administrative souvent inadéquats pour gérer les nouveaux scénarios liquides des nouveaux facteurs de temps et d'impact, cruciaux dans la lutte contre le changement climatique et dans la préservation effective des limites planétaires.

Paola Brambilla Pievani

---

1 Ehrlich, Holdren, Impact de la croissance démographique, 1971.

2 Costanza, The value of the world's ecosystem services and natural capital, 1997.

3 Le Dasgupta Rewiev, 2020.

4 Li, Rawls, Klimawandel und wesentliche Güter, 2019.

5 Rockström, Bounding the planetary future : why we need a Great transition, 2015.

6 Ecofys - WWF, The Energy Report 2011.

7 Raworth, Doughnut Economy 2017.

8 WWF, Rapport Planète vivante 2019.

9 Scovazzi, Le principe de non-régression en droit international de l'environnement, in La contribution du droit international et européen à l'établissement de la sensibilité environnementale, édité par Marrani, 2017.

10 Kramer, Umweltgerechtigkeit und das Recht der Europäischen Union, 2020.

11 Darpö, Kann die Natur es richtig machen ? 2021.

12 Kramer, Rechte der Bürger und Pflichten der Verwaltungen in Umweltangelegenheiten : 20 Jahre Aarhus-Konvention, 2018.

13 Manfredi, Actualité et limites de la méthode acquisitive dans le processus administratif, 2020.

14 Hasselman, Adaptive management ; adaptive co-management ; adaptive governance : what's difference? 2017 ; Fröhlich u. a., Das Verhältnis von adaptivem Management sozial-ökologischer Systeme und Recht, 2018.