

26

NATIVE VILLAGE OF KIVALINA C. EXXON MOBIL CORP. (2012)

Pierre SPIELEWOY¹

Le Nord Est de l'Alaska est connu depuis plusieurs années pour être une des zones du monde les plus impactées par le réchauffement climatique. Région proche d'un pôle, elle est sensible plus que les autres à la fonte du permafrost qui provoque érosion des sols et montée des eaux. C'est précisément dans ce contexte que la communauté villageoise autochtone de *Kivalina* a été mise sous les feux des projecteurs à la fin des années 2000. Communauté de nomades Inuits originaire des toundras des Grands Nord, elle s'est sédentarisée suite à la domination territoriale américaine². Cette communauté est désormais obligée de se délocaliser en raison de la disparition de ses terres dû au changement climatique. Les services américains estiment à plusieurs centaines de millions de dollars³ le coût du déplacement de la communauté. Sans parler du coût culturel ; les pratiques traditionnelles et le lien particulier au territoire qu'a pu développer la communauté risquent également de disparaître. Cette affaire s'inscrit donc dans le contexte d'une réalité climatique particulièrement dramatique et tangible. C'est ce qui constitue une de ses particularités notables.

En février 2008, un groupement représentant le village de *Kivalina* introduisit devant la District Court une requête indemnitaires⁴ contre *Exxon Mobil Corporation* et 23 autres sociétés pétrolières. Victime des conséquences du réchauffement climatique, alors même que leur contribution au réchauffement climatique est minimale, les villageois accusent les 24 sociétés d'en être parmi les principales responsables. Au fondement de leur argumentaire, les villageois invoquèrent dans leur requête en premier et deuxième moyen⁵ la notion de *Public Nuisance*. Classique en *Common law* (au niveau fédéral et étatique), la *Public Nuisance* est définie par la jurisprudence américaine comme une « *unreasonable interference with a right common to the general public* »⁶. En l'espèce, le réchauf-

1 Doctorant en droit international de l'environnement, Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques (EA 4703), Université de Rouen et Unité Eco-anthropologie (UMR 7206), Muséum National d'Histoire Naturelle, CNRS, Université Paris Diderot.

2 Christine SHEARER le raconte dans un ouvrage à succès, *Kivalina: a climate change history*, Haymarket Books, 2011.

3 Entre 95 et 400 millions de dollars, évaluation à retrouver dans le rapport : U.S. Army Corps Of Engineers Alaska District, *Alaska Baseline Erosion Assessment A Veta Report Summary-Kivalina*, Alaska 2 (2009).

4 Requête consultable en ligne via la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2008/20080226_docket-408-cv-01138-SBA_complaint.pdf (consulté le 1er avril 2020).

5 D'autres moyens sont invoqués, notamment le « *civil conspiracy* », mais ils ne seront pas traités par les Cours en raison de l'irrecevabilité de la requête. Nous nous concentrerons dans ce commentaire sur une analyse et une description de l'argument structuré autour de la *Public Nuisance Doctrine* dans son acception fédérale.

6 Une interférence irraisonnable avec la réalisation d'un droit commun au plus grand nombre (traduction libre).

fement climatique causerait au village un préjudice important sur la réalisation de son droit de propriété puisque le village est obligé d'être déplacé ; les villageois se retrouvant dans l'impossibilité de jouir de leurs biens et de leurs terres. En conséquence, les villageois demandent le paiement de dommages et intérêts liés aux nuisances climatiques générées par les compagnies et ceci pour les dommages actuels et futurs.

En contradiction, les sociétés défenderesses avancèrent trois arguments clés⁷. Elles estimèrent premièrement que le demandeur ne peut démontrer, par aucun moyen, le lien de causalité entre réchauffement climatique et les conséquences subies par lui, car il n'est pas « *fairly traceable* ». Deuxièmement, elles considérèrent qu'en vertu de la « *Political Question doctrine* » la recevabilité du recours n'était pas établie, estimant que l'évaluation de la quantité d'émission de gaz à effet de serre (GES) autorisée ne relève pas de la compétence du juge et que seul le Congrès peut le faire dans le cadre de son rôle de législateur. Enfin, et en conséquence, elles estimèrent que la « *Public Nuisance Doctrine* » ne peut pas être invoquée et à tout le moins, que cette affaire doit tomber dans le champ d'application de la loi sur le *Clean Air Act*. Datant de l'année 1970 et plusieurs fois amendée depuis dont pour la dernière en 1990, cette loi a pour champ d'application le contrôle de la qualité de l'air. Le Congrès en a confié le mandat à l'Agence environnementale américaine (EPA). Outre les deux questions de recevabilité, plus classiques en contentieux climatique, une des questions de l'affaire est donc de savoir si, en effet ou non, le contrôle des émissions de GES et le contrôle de la qualité de l'air sont une seule et même mission.

En octobre 2009, en réponse à ces différents arguments, la *District Court*⁸ rejeta la demande des représentants du village considérant en effet que la requête présentait des questions politiques qui n'étaient pas justiciables et qu'en conséquence de cela, elle ne pouvait pas répondre sur le fond. Elle évalua également la question de l'argumentaire scientifique qui fonde la causalité entre la faute supposée des sociétés défenderesses et le préjudice subi par la communauté. La district Court l'estima « *non-fairly traceable* ».

Dans le même temps, et parallèlement à cette procédure, la Cour suprême des États-Unis se prononça dans une autre affaire pendante depuis 2005, l'affaire *Connecticut c. American Electric Power* dite *AEP*⁹. À l'instar de Kivalina, cette affaire opposait plusieurs collectivités publiques à cinq compagnies pétrolières sur le sujet de la régulation des émissions de gaz à effet de serre. Les plaignants fondaient également leur requête sur la théorie de la *Public Nuisance*. Dans cette affaire, la Cour suprême trancha en faveur du *Clean Air Act* et rejeta l'application de la théorie de la *Public Nuisance*. Cet élément est important, car il influe directement sur le résultat de l'appel. Ainsi, après que l'appel fut interjeté par les représentants du village, les sociétés défenderesses ne manquèrent pas de soulever ce nouvel argument de poids devant la Cour d'appel du 9^e circuit. Les demandeurs

7 Mémoire en réponse consultable en ligne via la base de données business-humanrights.org, <https://turtletalk.files.wordpress.com/2008/12/shell-reply-brief.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2020).

8 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, C 08-1138 SBA (N.D. Miss., 2009) consultable en ligne via la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2009/20090930_docket-408-cv-01138-SBA_order.pdf (consulté le 1^{er} avril 2020).

9 *Connecticut c. American Electric Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009) (V. le commentaire dans cet ouvrage de P. ABADIE).

avancèrent quant à eux une différence, selon eux suffisamment caractérisée, entre les deux cas qui justifiait un traitement différencié. En effet, contrairement à *Kivalina* où la demande est indemnitaire – par rapport aux conséquences du réchauffement climatique – les juges devaient se prononcer dans *AEP* sur une injonction de réduire les émissions de GES. Or, pour les demandeurs, il y a là une différence suffisante pour ne pas conclure au rejet complet de la *Public Nuisance Doctrine*, et ils demandèrent ainsi clarification sur ce point.

Fin 2011, le panel de juges de la Cour d'appel du 9^e circuit¹⁰ confirma unanimement la décision de la District Court, avec une argumentation néanmoins beaucoup moins détaillée. Le Panel concéda tout d'abord que les requêtes vis-à-vis du réchauffement climatique étaient potentiellement recevables en première instance. La Cour considéra que même si l'affaire pouvait potentiellement être viable sur ce fondement, les questions de GES étaient désormais traitées par le *Clean Air Act* ce qui suffisait à rendre irrecevable la requête. Elle a ainsi évité d'entrer dans le détail de l'examen des conditions de recevabilité liées à l'article III¹¹ de la Constitution. Elle rejeta l'argument des demandeurs qui avait fait la distinction entre injonctions et demandes monétaires, en indiquant que la Cour Suprême s'était déjà prononcée sur cette question dans d'autres affaires, et qu'elle ne faisait pas la différence. Le panel de juges semble donc confirmer l'application d'une nouvelle interprétation de la problématique des émissions de GES qui semble devoir demeurer stable : le *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le *Clean Air Act*. (V. *infra*)

Comme le permet le système procédural américain, le Juge Pro adressa une opinion séparée sur deux points supplémentaires. Il considéra que la position de la Cour Suprême n'était pas aussi tranchée que ce que prétendaient ses collègues concernant l'application du *Clean Air Act*. Il fit ainsi référence à d'autres affaires dont les affaires *Milwaukee II*¹² et *Exxon Shipping*¹³ dans lesquelles la Cour Suprême était amenée à se prononcer de manière similaire sur la question de l'éventuel *displacement* de la *Public Doctrine Nuisance* par la législation en vigueur – en l'occurrence le *Clean Water Act* –, et que la Cour suprême n'avait pas tranché dans le même sens démontrant en cela le caractère fluctuant de la jurisprudence de la Cour sur ce point. Concernant l'espèce, il considéra néanmoins que les conditions démontrant la causalité entre réchauffement climatique et émission de GES des compagnies n'étaient pas réunies, ce qui justifiait de ce seul fait l'irrecevabilité du recours.

Une pétition de « *writ of certiorari* »¹⁴ fut enfin déposée en 2013, en dernier ressort, auprès de la Cour Suprême. Dans cette dernière, la communauté de villageois argumenta en particulier de la

10 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, 4: 08-cv-01138-SBA (9th Cir. 2011) consultable en ligne via la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2012/20120921_docket-09-17490_opinion.pdf (consulté le 1^{er} avril 2020).

11 Article III, section 2, §1 et 2 (extraits): « §1 The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority [...]. §2 In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make ».

12 *City of Milwaukee c. Illinois* (« *Milwaukee II* »), 451 U.S. 304, 315 (1981).

13 *Exxon Shipping Co. c. Baker*, 554 U.S. 471 (2008)

14 Consultable en ligne sur la base de données du Sabin Center for Climate Change, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2013/20130225_docket-12-1072_petition-for-writ-of-certiorari-1.pdf (consulté le 1^{er} avril 2020).

nécessité de lever l'incertitude liée à l'accueil de la doctrine de la *Public Nuisance* sur les questions environnementales ; incertitude soulignée par le Juge Pro dans son opinion séparée à l'arrêt de la *Court of Appeal*. La Cour Suprême rejeta la demande sans commentaire particulier.

Cette affaire est emblématique puisque c'est la première aux États-Unis à articuler dans une requête judiciaire la responsabilité de compagnies émettrices de GES avec la fonte du permafrost qui menace une communauté de déplacement. Elle fait par ailleurs partie de la première vague de recours climatique déposé par des personnes privées¹⁵, élément qui a son importance pour la procédure. L'historique de la procédure et le contexte étant posé, sera alors détaillé comment l'affaire apporte plusieurs informations essentielles tant au niveau de l'examen des conditions classiques de la recevabilité en matière environnementale (I) que sur les conséquences à plus long terme de l'affirmation du *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le *Clean Air Act* pour le contentieux climatique américain (II).

I. Sur les conditions classiques de la recevabilité en matière environnementale : une sévérité exceptionnelle des tribunaux dans un contexte d'assouplissement de ces conditions

L'affaire *Kivalina* apporte plusieurs éléments d'information sur la recevabilité d'un recours climatique aux États-Unis. Une notion a particulièrement intéressé les juges : celle de « *non-justiciable political question* » (A), mais l'on peut également mentionner la notion de « *fairly traceable* » (B). Elles découlent toutes les deux de l'interprétation de l'article III de la Constitution des États-Unis et sont des outils classiques de l'attelage de « *justiciability* » utilisé par les tribunaux dans le contentieux américain¹⁶. Enfin, nous mentionnerons également les conditions d'accueil par les juges de la notion de « *parens patriae* » que la communauté autochtone de Kivalina a tenté de mobiliser (C).

A. Sur la doctrine de la « *non-justiciable political question* » et la question de l'indétermination politique préalable des émissions de GES

Cette doctrine fait partie de l'arsenal des éléments de recevabilité classiquement évalué dans le contentieux environnemental depuis l'affaire *Connecticut c. American Electric Power* de 2005¹⁷. À l'origine elle naît de l'interprétation de l'article III de la Constitution des États-Unis qui limite le pouvoir judiciaire à l'examen des « *cases and controversies* ». Son utilité est de vérifier si oui ou non, le juge a le droit de s'inscrire dans une logique de création de droit par la jurisprudence, une des particularités du système de *Common Law*. Il en va donc d'une question d'équilibre des pouvoirs, en particulier bien ancré et encadré depuis le célèbre arrêt *Marbury contre Madison*¹⁸ qui à l'exception

15 Geetanjali GANGULY, Joana SETZER and Veerle HEYVAERT, « If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, No. 4 (2018), p. 841-868.

16 Isaak DORE, « Access to justice: an overview of the doctrines of justiciability under the Constitution of the United States », in Virginie Donier, Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, 2013.

17 *Connecticut c. American Power and co*, 406 F. Sup. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005).

18 Pour un aperçu complet de cette question, V. James MAY, « The Political Question Doctrine », *Principles Of Constitutional Environmental Law*, James MAY, ed., American Bar Association, 2011, p. 217 ainsi que J. P. COLE, Legislative Attorney, *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*, Congressional Research Service, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf> (Consulté le 23 février 2020).

des cas où des droits individuels seraient mis en danger, limite le rôle de création de droit de la Cour à ce qui n'est pas déjà décidé par les branches législatives et exécutives. Cette doctrine est en pratique assez peu utilisée dans les autres contentieux, mais semble être un élément barrière apprécié par les juridictions dans le cas spécifique du contentieux climatique¹⁹. En l'espèce, les juges de première instance s'y réfèrent, donnant suite à un argument qui avait été soulevé par les sociétés défenderesses.

À la lumière des critères précisés par la Cour Suprême dans l'affaire *Baker c. Carr* de 1962, la *District Court* tente une analyse précise et factuelle des caractéristiques de la demande. Elle se penche en particulier sur les trois premiers critères : « [1] *a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion* »²⁰. Les deux premiers critères sont rapidement éliminés par la Cour qui a reconnu que la demande était textuellement fondée (1^{er} critère) et qu'il existait des standards judiciaires suffisamment précis (2^e critère) pour fonder la demande sur la base de la *Public Nuisance Doctrine*. Les juges vont s'arrêter plus longuement sur l'examen du troisième critère, dont l'application pose selon eux question en l'espèce. Les juges estiment en effet, que du fait d'une indétermination même des limites d'émission de GES (*a lack of initial policy determination*) imposées notamment aux sociétés pétrolières, il n'était pas possible de conclure à une quelconque responsabilité de ces dernières vis-à-vis du préjudice subi par le village. Selon les juges, reprenant en cela un argument présenté par les sociétés défenderesses et déjà entendu dans d'autres affaires en lien avec la question des émissions de GES, le réchauffement climatique est une question globale ce qui rend de ce seul fait les responsabilités individuelles difficiles à démontrer. Ainsi, une demande sur des éléments non définis par le Congrès ou par l'*EPA* qui était mandatée sur ce point par le Congrès ne pouvait pas être recevable, car la Cour serait dans ce cas obligée de prendre une décision politique, qui devrait être prise normalement par d'autres pouvoirs constitutionnellement institués.

L'utilisation de la *political question doctrine* dans *Kivalina* doit être lue dans le contexte particulier où sa pratique par les juridictions évolue et où son existence même est de plus en plus contestée par la doctrine, en particulier en matière environnementale. Alors que depuis 2005 et l'affaire *Connecticut c. American Electric Power*, il était acquis que le contentieux environnemental ne pouvait perdurer devant les juridictions américaines en raison de l'application du troisième critère de *Baker*, plusieurs affaires battent en brèche cette fatalité²¹. Ainsi, la même année une autre application de la *political question doctrine* a pu être observée dans l'affaire *Comer*²². Dans cette affaire, les requérants souhaitent voir engager la responsabilité de certaines compagnies pétrolières pour leur impact dans le renforcement des ouragans côtiers. Sur la même base argumentaire que dans notre cas

19 James MAY, « The Political Question Doctrine », *op. cit.*, p. 231.

20 [1] un engagement constitutionnel démontrable par écrit du problème à un département politique coordonné; ou [2] l'absence de standards gérables et communiqués judiciairement pour le résoudre; ou [3] l'impossibilité de trancher sans politique spécifique clairement prévue pour une décision/appréciation non judiciaire. (traduction libre)

21 A. THORPE, « Tort-based climate litigation and the political question doctrine », *Journal of Land Use and Environmental Law*, 79, 2008 24.

22 *Comer c. Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009), décision qui ne fait néanmoins plus droit depuis *Comer c. Murphy Oil USA*, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010) pour des raisons propres à la procédure américaine.

d'espèce, ils estimèrent que le réchauffement climatique a entraîné des effets météorologiques tels que les ouragans ont été accentués, avec leurs conséquences dramatiques. Les sociétés défendresses invoquent alors la *political question doctrine* comme motif d'irrecevabilité du recours. En réponse les juges du 5^e circuit, rappelèrent tout d'abord que la *political question doctrine* ne doit être utilisée que comme une exception et qu'il était rare qu'elle s'applique dans le cas de l'examen de la recevabilité d'une demande indemnitaire. Ils concédèrent néanmoins son examen et conclurent que la base textuelle de la demande était pleinement valide, car non contestée par d'autres dispositions législatives ou constitutionnelles²³. Ainsi, ils rejetèrent ce moyen d'irrecevabilité. C'est le cas également dans l'affaire *AEP*²⁴ de 2009 où plusieurs États américains, dont le Connecticut portèrent devant le juge 5 compagnies exploitantes de centrales à charbon dans le contexte de l'inaction de l'État fédéral. Là encore, la *public nuisance doctrine*, est utilisée par les plaignants comme argument clef. Le troisième critère de *Baker* fut fatal à la demande au niveau de la District Court mais les juges d'appel du 5^e circuit, *a contrario* de ce que les principaux observateurs anticipaient, revinrent sur cet aspect du jugement. Pour les juges du 5^e circuit, il n'était pas nécessaire d'avoir une détermination politique initiale dans le cadre de l'application de la *Public Nuisance Doctrine*, et dont l'application est jugée autonome en tant que *Tort Law* en l'absence de toute autre possibilité législative. Même si la Cour suprême ne reprendra pas cet argumentaire, il s'agissait là d'un motif d'espoir certain pour l'avenir du contentieux climatique américain.

Dans ce contexte de fluctuations jurisprudentielles, la *Court of Appeal* ne reprend pas au bond l'examen de la *Political Question* déployée par la *District Court*. Elle s'en affranchit plutôt en considérant, donnant suite en cela à la décision de la Cour suprême dans *AEP* que, s'il n'est pas contesté la viabilité potentielle de la *Public Nuisance Doctrine*, la question des émissions de GES est désormais soumise à l'application du *Clean Air Act* qui devient l'acte législatif de référence en la matière. Il est donc permis de s'interroger à la suite de *Kivalina* sur l'avenir de la *Political Question Doctrine* dans le contexte des affaires climatiques. Les universitaires sont quasiment unanimes sur le fait que son usage fut largement excessif²⁵, et ont accueilli plutôt chaudement l'assouplissement amené par les affaires *Comer* et *AEP*²⁶. *Kivalina* semblait en ce sens amener une forme de régression. Les récents développements jurisprudentiels initiés par la Cour Suprême, qui préfère désormais à la suite de *AEP* parler de *displacement* semblent néanmoins donner un coup d'arrêt à l'application de la doctrine dans ce contentieux²⁷. Pour autant, le blocage qui découle de l'application d'un *Clean Air Act* clairement inadapté aux contentieux climatiques indemnitaires²⁸ ferait presque regretter la situation antérieure.

23 J. JAFFE, « *The Political Question Doctrine: An Update in Response to Climate* », *Change Case Law*, 2011, p. 12 et 13.

24 *Connecticut c. American Electric Power Co.*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009).

25 J. JAFFE, *op. cit.*, démontre que la *political question doctrine* a été mal utilisée depuis Baker. Voir également H. LININGER, *Is climate litigation too 'political'?*, Yale Climate Connections, <https://www.yaleclimateconnections.org/2017/06/is-climate-litigation-too-political/> (consulté le 1^{er} avril 2020).

26 A. THORPE, *op. cit.*; J. JAFFE, *op. cit.*

27 Un auteur s'est posé la question après la décision *AEP* (2011): James R. MAY, *AEP c. Connecticut and the Future of the Political Question Doctrine*, 121 Yale L.J. Online 127 (2011), <http://yalelawjournal.org/forum/aep-v-connecticut-and-the-future-of-the-political-question-doctrine> (consulté le 1^{er} avril 2020). Ses conclusions sont similaires, la Cour Suprême semble avoir enterré la *political question doctrine* en matière environnementale. (V. commentaires des affaires américaines ultérieures dans cet ouvrage)

28 Cela est détaillé plus loin dans ce commentaire.

B. Sur la notion de « *Fairly Traceable* » déterminante de la causalité et la question de l'accueil de l'argumentation scientifique en matière climatique

Deuxième temps de l'examen de la recevabilité, qui découle également de l'interprétation de l'article III de la Constitution, l'examen du « *standing* »²⁹ est le deuxième étau qui enserme le contentieux environnemental³⁰. *Lujan c. Defenders of Wildlife*³¹ en 1992 est le dernier arrêt dans lequel la Cour Suprême détaille les étapes de l'examen de l'intérêt à agir. Trois éléments doivent être démontrés pour pouvoir emporter intérêt à agir : « *First, a plaintiff must show an "injury-in-fact". The "injury-in-fact" must be "concrete and particularized" and "actual or imminent", not conjectural or hypothetical. The Court has noted that "particularized" means that the injury must affect the plaintiff in a personal and individual way. Second, the plaintiff must demonstrate a "causal connection between the injury and the conduct complained of". The injury must be "fairly traceable" to the defendant's challenged actions. Third, the plaintiff's injury must be one that is likely to be redressed by a favorable decision in the case* »³². Force est de constater ici des éléments assez classiques du contentieux indemnitaire : un fait initial, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. En l'espèce, le débat qui est introduit par les parties se concentre sur la preuve d'un lien de causalité direct entre les agissements des compagnies pétrolières (*injury-in-fact*), les émissions de GES, et le préjudice des villageois (*injury*), en l'espèce la fonte du permafrost et la nécessité de délocalisation. La jurisprudence a construit la notion de « *Fairly Traceable* »³³ afin d'éclairer son examen, et la district Court s'y réfère directement.

La requête initiale a amené plusieurs éléments scientifiques rigoureux démontrant de l'impact direct des émissions de GES sur le réchauffement climatique et ses conséquences sur la fonte des glaces et donc sur le déplacement du village, se fondant alors sur le rapport du GIEC de 2007³⁴. Les demandeurs passent de nombreuses pages à détailler ces éléments scientifiques, et à démontrer le consensus scientifique international qui les entoure. Ils reconnaissent néanmoins qu'il est impossible de prouver quel est le préjudice exact qui découle des émissions de GES particulière de chaque compagnie. Ils précisent que selon eux cela n'a pas d'impact au regard de la jurisprudence en vigueur, car il demeure que les compagnies sont contributrices via les émissions de GES du phénomène de

29 Peut se traduire par « intérêt à agir ».

30 Sur ces enjeux, F. BENZONI, *Environmental Standing: Who Determines the Value of Other Life?*, 18 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 347-370 (Spring 2008); V. également H. HOFFMAN, « *Changing Tides: Article III Standing and Climate Change Litigation* », *Minnesota Review*, Vol.103, <https://minnesotalawreview.org/2019/03/19/changing-tides/> (consulté le 1^{er} avril 2020); ou encore Legal Information Institute, « *Constitutional Standards: injury-in-fact, causation and redressability* », in *US Constitution annotated*, Cornell Law School, Available at : <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/constitutional-standards-injury-in-fact-causation-and-redressability> (consulté le 1^{er} avril 2020).

31 *Lujan c. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 562 (1992)

32 En premier lieu, un requérant doit démontrer un préjudice résultant de faits. Ce préjudice doit être concret et spécifique et avéré ou imminent, et non conjectural ou hypothétique. La Cour a indiqué que « spécifique » signifie que le préjudice doit toucher le requérant de façon personnelle et individuelle. En second lieu, le demandeur doit démontrer d'un lien de cause à effet entre le préjudice et le comportement allégué. Le lien entre le préjudice et les actions contestées du défendeur doit être clairement identifiable. En troisième lieu, le préjudice subi par le requérant, doit être de nature à pouvoir être vraisemblablement réparé par une décision favorable dans l'affaire. (traduction libre)

33 *Lujan, op. cit.* l'évoque, et la notion est ensuite approfondie dans différents arrêts tels que *Salmon Spawning & Recovery Alliance c. Gutierrez*, 545 F.3d 1220, 1227 (9th Cir. 2008) qui précise que la causalité « *fairly traceable* » ne doit pas découler d'une partie tierce ou encore *Habecker c. Town of Estes Park, Colo.*, 518 F.3d 1217, 1225 (10th Cir. 2008) qui évoque le niveau de précision à rechercher pour qu'elle soit acquise, à savoir un « *substantial likelihood* », qui peut se traduire par un « niveau de probabilité substantiel ».

34 *Requête op. cit.*, p. 31 à 39.

réchauffement climatique et donc de leur préjudice. Les juges de district vont contester cet argument sur plusieurs plans. Ils estiment tout d'abord qu'un lien causalité « *fairly traceable* » ne peut pas s'établir sur la seule base d'un déversement de GES (*discharge*) contrairement au cas cité par les demandeurs relatif à l'application du Clean Water Act, car pour ce qui est des émissions de GES il n'y a pas de niveau d'émission fixé par la loi qui puisse permettre l'établissement d'une présomption en faveur des demandeurs. Pour eux, et en prenant appui sur la jurisprudence, il est ainsi nécessaire pour faire la preuve d'un lien de causalité « *fairly traceable* » de rechercher le lien entre la source d'émission et le préjudice notamment à travers l'examen de deux dimensions, la source du préjudice (*seed of injury*) et la zone de déversement (*zone of discharge*)³⁵. Sur la première dimension, les juges avancent que la libération de GES se fait également naturellement et est surtout un phénomène mondial dont il est impossible de distinguer individuellement les tenants, ce qui disqualifie pour eux la preuve du lien direct recherché. Sur la deuxième dimension, les juges pointent le fait que les demandeurs et les défendeurs soient situés à plusieurs milliers de kilomètres de distance, mettant par cet ultime argument un terme à la possibilité de preuve d'une causalité « *fairly traceable* ».

La *District Court* sera soutenue en cela par le juge Pro dans son opinion séparée de la *Court of Appeal* qui estime que l'absence de *standing* est l'élément le plus saillant pour contester la recevabilité de cette affaire. Pour autant, il n'y a pas de caractère d'inéluctabilité dans l'examen de ce lien de causalité. La Cour suprême en ce qui concerne plus précisément les émissions de GES a déjà pu se prononcer d'une manière un peu différente. C'est le cas notamment de l'affaire *Massachusetts c. EPA*³⁶ dans laquelle elle paraissait assouplir les règles de l'intérêt à agir. Dans cette affaire, l'État de Massachusetts s'opposait à l'EPA sur la question de savoir si cette dernière disposait bien de la compétence de réguler les émissions de GES. La question du lien entre réchauffement climatique et émissions s'est immiscée rapidement au travers de ces considérations et à la différence de l'affaire *Kivalina*, les juges ont cette fois-ci considéré que les éléments de causalité entre GES et réchauffement climatique étaient tous réunis. Elle fonde sa décision en particulier sur le fait que les Parties, que ce soit l'État de Massachusetts ou l'EPA, avaient elles-mêmes prouvé par leurs activités respectives que les liens de causalité existaient. Pour certains analystes, il s'agit toutefois d'un tour de « passe-passe » utilisé par la Cour pour juger l'affaire sur le fond, mais qui n'est pas viable sur le long terme³⁷.

L'arrêt *Kivalina* le prouve bien, la notion de lien « *fairly traceable* » est particulièrement mal adaptée au changement climatique – phénomène global –, et que les connaissances scientifiques qui le décrivent et l'analysent sont encore en construction. Le raisonnement des juges, à l'instar finalement du raisonnement des plaignants, est largement question d'interprétation, ce qui ne peut pas être satisfaisant en droit. À l'époque du cas, le rapport de force n'était d'ailleurs pas le même sur la question de la détermination anthropique du réchauffement climatique, aujourd'hui unanimement reconnue. L'analyste Francis Menton³⁸ fait part de cette difficulté dans un article où il démontre que

35 Sur ces deux dimensions, la district court fait référence aux critères établis dans le cas *Friends of the Earth, Inc. c. Gaston Copper Recycling Corp.*, 204 F.3d 149 (4th Cir. 2000).

36 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 523 (2007). (V. le commentaire dans cet ouvrage).

37 L. MEIER, « Using Tort Law to Understand the Causation Prong of Standing », *Fordham L. Rev.*, 2011, 80, 1241 (2011), p. 1295.

38 F. J. MENTON, « Issues of proof in climate change litigation », *New York Journal*, Volume 242, n° 124, Tuesday, december 29, 2009.

le fait d'amener des éléments scientifiques forts dans le contentieux climatique a finalement généré l'inverse de ce qui était espéré : la mise en lumière de contradicteurs scientifiques aux conclusions du GIEC. Les requérants ne s'y étaient d'ailleurs pas trompés en identifiant dans leur requête le fait que les compagnies pétrolières accusées aient contribué à une « *conspiracy* » pour éteindre l'impact d'éléments scientifiques mettant en cause les pratiques pétrolières dans le contexte du réchauffement climatique. Les Cours ne se prononceront pas sur ce point. L'avenir du contentieux climatique semble donc s'inscrire dans la capacité des requérants à préciser encore et encore la base scientifique de leur argumentaire, et à la capacité des juges de s'en saisir³⁹. Il y a pour l'heure une difficulté conceptuelle majeure à cet endroit⁴⁰.

C. Sur la notion du « *parens patriae* » et la prise en compte du caractère autochtone des requérants.

Le village de *Kivalina* est un village « autochtone ». Aux USA, seules quelques communautés de « *Natives* » ont ce statut particulier⁴¹, ce qui est le cas de la communauté de *Kivalina* tel que le reconnaît la *District Court* en introduction de son jugement « *Kivalina is a self-governing, federally-recognized Tribe of Inupiat Eskimos established pursuant to the provisions of the Indian Reorganization Act of 1934, as amended in 1936* »⁴². Dans cette affaire, l'élément même de survie de la culture inuit, la terre sur laquelle ils évoluent, est menacé et par là même l'intérêt de la nation américaine. Le village de *Kivalina*, sans en faire un élément central de son argumentation juridique, l'évoque au travers de la mobilisation de la notion de « *Parens Patriae* » qu'elle amène dans sa requête. L'idée de cette notion, développée par la jurisprudence, est de signifier un lien particulier duquel l'État est comptable envers certains types de populations ou d'organisations. Le principal intérêt de la doctrine de *parens patriae*⁴³ est d'affirmer l'existence d'un intérêt public, distinct des intérêts privés⁴⁴. Elle s'applique notamment pour tous les États fédérés, et les organisations publiques, et a notamment été utilisée à plusieurs reprises dans le contentieux climatique comme par exemple pour le cas le plus emblématique, dans l'affaire *Massachusetts c. EPA*⁴⁵. La jurisprudence depuis l'affaire *Snapp*⁴⁶, fixe la possibilité de se prévaloir du *parens patriae* dans le cas où des intérêts quasi-souverains ou souverains sur un territoire seraient mis en cause.

En l'espèce, la *District Court* rejette l'argument amené par les demandeurs : « *The district court rejected the plaintiffs' assertion that they were entitled to special parens patriae standing rights pursuant to the Massachusetts decision because "[t] his rationale does not apply to Plaintiffs, which did not*

39 H. HOFFMAN, *op. cit.*

40 G. GANGULY, J. SETZER and V. HEYVAERT, « If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change », *op. cit.*, p. 849.

41 Pour une présentation complète de la réglementation aux États-Unis voir J. ANAYA, Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, The situation of indigenous peoples in the United States of America, 2012, disponible à : https://www.iitc.org/wp-content/uploads/2013/07/2012-report-usa-a-hrc-21-47-add1_en-US-Country-Visit-report-September-2012.pdf (consulté le 1^{er} avril 2020).

42 *Kivalina* est une tribu autonome d'Esquimaux Inuits reconnue par le gouvernement fédéral et établie en vertu des dispositions de la Loi sur la réorganisation indienne de 1934, telle que modifiée en 1936. (traduction libre).

43 Pour une présentation complète voir, J. RATLIFF, *Parens Patriae: An Overview*, *Tulane L. Rev.*, n° 74, 2000, 1847.

44 A. KANNER, « The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State's Natural Resources », *Duke Environmental Law and Policy Forum*. 16, 2005, p. 112.

45 *Massachusetts c. EPA*, 549 U.S. 497, 523 (2007).

46 *Alfred L. Snapp & Son, Inc c. Puerto Rico ex rel. Barez*, 458 U.S. 592 (1982).

surrender its sovereignty as the price for acceding to the Union. »⁴⁷ Elle a considéré que l'indépendance du village et de la communauté de *Kivalina* ne permettait pas d'appliquer la *Parens Patriae*. En plus de représenter une vision assez fermée du rôle de l'État et de sa souveraineté, notamment au vu des conséquences massives que peut représenter l'envahissement d'un territoire entier par les eaux⁴⁸, cette affirmation va à l'encontre d'une tendance pourtant dégagée au fil des années d'accorder l'application de ce dispositif spécial à des communautés autochtones, tel que le note la doctrine⁴⁹. Par ailleurs, cette décision apparaît particulièrement amère à l'aune de l'affaire *AEP* pour qui, sur des demandes finalement très proches sur le fond, la recevabilité a été accordée. *Kivalina* semble confirmer l'incertitude sur la recevabilité des demandes privées dans les contentieux indemnitaires climatiques. Les analystes⁵⁰ notent en effet que les récentes décisions du contentieux climatique dont la recevabilité a été acceptée l'ont été pour des parties publiques et lorsque la demande de parties privées a pu être accueillie, elles étaient associées à des parties publiques comme c'est le cas dans *AEP* où des ONG se sont associées à des États fédérés. Le contentieux américain en matière climatique avance alors à plusieurs vitesses⁵¹.

II. Sur l'applicabilité du *Clean Air Act* en matière climatique et ses conséquences : incertitudes pour l'avenir des contentieux climatiques

Dans la décision des deux Cours, a été démontrée l'impossible réparation à venir des préjudices climatiques aux États-Unis. En effet, l'affirmation de l'applicabilité du *Clean Air Act* au détriment de la *Public nuisance doctrine* a pour conséquence directe un appauvrissement des moyens d'action dans le constat et le suivi de préjudices climatiques (A) alors même que le champ d'application du *Clean Air Act* n'est pas parfaitement clair et établi (B). D'autres auteurs soulignent enfin la situation particulièrement difficile des victimes climatiques aux États-Unis qui se retrouvent face à un quasi-*vide juridique* (C).

A. Conséquences sur le champ d'application de la *Common Law* en matière environnementale : la mort annoncée de la *Public Nuisance Doctrine* ?

La *Court of Appeal* a jugé de l'irrecevabilité de la requête en mettant en avant le *displacement* de la notion de « *Public Nuisance* » au profit du *Clean Air Act*. Cela intervient dans le contexte de la montée en puissance du rôle dédié à l'EPA. Depuis l'arrêt *Massachusetts c. EPA*⁵², cette dernière a

47 Le tribunal de district a rejeté l'affirmation des plaignants selon laquelle ils avaient droit à des droits spéciaux de *parens patriae* dans la continuité de la décision *Massachusetts* parce que cet argumentaire ne s'applique pas aux demandeurs, qui n'ont pas renoncé à leur souveraineté comme contrepartie de l'adhésion à l'Union. (traduction libre).

48 Nous pourrions tout à fait considérer qu'au-delà de l'indépendance effective de *Kivalina*, il existe un intérêt certain pour la souveraineté de la nation américaine tout entière. Cette dynamique semble exister en ce qui concerne la préservation de l'environnement dans le cas de dommages environnementaux internes commis par l'État fédéral, les États fédérés et les souverainetés autochtones, et dont les répercussions sont identifiées à l'échelle de la nation toute entière : « The sovereign self-preservation doctrine in environmental law », 133 *Harvard Law Review* 133, <https://harvardlawreview.org/2019/12/the-sovereign-self-preservation-doctrine-in-environmental-law/> (consulté le 30 mars 2020).

49 B. MANK, Article III Standing for Private Plaintiffs Challenging Greenhouse Gas Regulations, *San Diego L. Rev.*, V. 53, n° 287, 2016, p. 900.

50 B. MANK, *Ibid.*

51 B. MANK, *Ibid.*, p. 904.

52 *Op. cit.*

été consacrée comme l'autorité compétente dans la régulation des émissions de gaz à effet de serre. L'arrêt *AEP*⁵³ rendu en cours de procédure qui intercède en faveur de l'application du *Clean Air Act*, au détriment de la doctrine de la *public nuisance* a clairement influencé la procédure de l'espèce. En aurait-il été de même si *AEP* n'était pas intervenue. Les principaux commentaires de l'affaire au moment de l'introduction de la requête jugeaient pourtant que si la requête était délicate sur le volet de la causalité, elle était bien ancrée sur le volet du fondement⁵⁴. Dans ces conditions il y a lieu de se questionner sur la réalité de la *Common Law* dans le champ des problématiques environnementales⁵⁵? Alors même que la doctrine de la *Public Nuisance* avait le potentiel pour devenir un « tort »⁵⁶ dans le cadre des questions environnementales, plusieurs auteurs estiment qu'à la suite de *Kivalina*⁵⁷, et encore plus après *AEP*⁵⁸, la notion n'a plus d'avenir. En effet, l'applicabilité de la *Common Law* est réduite ici au strict minimum, car radicalement encadrée par l'application du *displacement*, et il paraît douteux que la Cour Suprême revienne sur une telle clarification⁵⁹.

Pourtant, malgré ce contexte et tel que le souligne le Juge Pro, qui intervient en surplus du jugement prononcé devant la *Court of Appeal*⁶⁰, il y a bien toujours une tension jurisprudentielle sur cette question puisque la Cour Suprême a déjà préféré à l'application d'une loi telle que le *Clean Water Act*, la doctrine de la *public nuisance*, dans deux arrêts successifs. Dans l'affaire *Milwaukee II*⁶¹, où il s'agissait de déterminer si la *Public Nuisance Doctrine* était applicable à un cas de pollution de l'eau dans un champ où intervenait une législation – la *Federal Water Pollution Control Act* –, la Cour Suprême répond que l'existence de cette législation n'entraînait pas de ce seul fait l'impossibilité d'agir au moyen de la *Public Nuisance Doctrine* notamment parce que tel n'était pas l'intention de la loi. En disant cela la Cour Suprême laisse entendre que si l'action fondée sur la *Public Nuisance Doctrine* n'est pas contraire à l'esprit de la loi, alors il n'y a aucune raison de refuser la recevabilité d'une demande sur ce fondement. Près de trente ans plus tard, la Cour Suprême a été amenée à se prononcer sur le conflit entre *Public Nuisance Doctrine* et application du *Clean Water Act* dans le cadre de l'affaire *Exxon Shipping*⁶². Dans cette dernière, la Cour Suprême note que les standards posés par le *Clean Water Act* ne sont pas les mêmes que ceux invoqués dans le cadre de l'application de la *Public Nuisance Doctrine* par les requérants, et que cela ne pouvait pas leur interdire son utilisation notamment compte tenu du fait que cela ne serait pas cohérent avec l'intention globale du congrès dans la rédaction de cette législation. Ainsi, selon cette position de la Cour Suprême, la doctrine de la *Public Nuisance* a vocation à s'appliquer lorsque son application ne rentre pas en conflit avec le *Clean Water Act*.

53 *Op. cit.*

54 N. JOHNSON, « Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp: Say Goodbye to Federal Public Nuisance Claims for Greenhouse Gas Emissions », *Ecology L.Q.*, 2013, 40, 557; Q. M. SORENSON, « Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corp.: The End of Climate Change Tort Litigation », *Trends*, 2013, 44, 1.

55 A. C. LIN and M. BURGER, « State Public Nuisance Claims and Climate Change Adaptation », 36 *Pace Envtl. L. Rev.* 49 (2018), <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol36/iss1/2>, (consulté le 30 mars 2020).

56 T. W. MERRILL, « Is Public Nuisance a Tort? »; *J. Tort L.*, 2011, ii 4 (2), https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/823 (consulté le 23 février 2020).

57 Q. M. SORENSON, *op. cit.*; J. N. STEDMAN, *op. cit.*; N. JOHNSON, *op. cit.*

58 J. N. STEDMAN, « Climate Change and Public Nuisance Law: AEP c. Connecticut and Its Implications for State Common Law Actions », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, 2012, 36, p. 865, <https://scholarship.law.wm.edu/wmelpr/vol36/iss3/8> (consulté le 23 février 2020).

59 (V. le commentaire dans cet ouvrage).

60 *Native Village of Kivalina c. ExxonMobil Corporation and al.*, 4: 08-cv-01138-SBA (9th Cir. 2011), *op. cit.*, p. 11657 à 11676.

61 *Op. cit.*

62 *Op. cit.*

Après les avoir mentionnés, le Juge Pro exclut finalement ces cas particuliers de son analyse du *displacement* de la *Public Nuisance Doctrine* par le *Clean Air Act*. Il note en effet que le *Clean Air Act* est suffisamment précis et clair, et donc que ces cas particuliers ne pourraient pas s'appliquer à l'espèce. Il est néanmoins possible de mettre en cause cette affirmation sur deux plans au moins, que ce soit en vertu de l'application inexistante qu'en fait l'EPA tel qu'il l'a été soulevé en doctrine⁶³ ou du champ d'application incertain du *Clean Air Act*⁶⁴. De récents arrêts sont par ailleurs venus rappeler qu'en l'état actuel de la jurisprudence, les voies de recours sur ce fondement ne sont sans doute pas encore définitivement à abandonner⁶⁵.

B. Conséquences de l'affirmation de l'applicabilité du *Clean Air Act*: une applicabilité de principe pour quel champ d'application ?

Le champ d'application du *Clean Air Act* n'est par ailleurs, pas encore définitivement clair. Alors que ce n'était pas le cas dès l'origine, le *Clean Air Act*⁶⁶ a fini par voir entrer dans son champ d'application la régulation des niveaux d'émissions de GES. La Cour suprême⁶⁷ a en effet constaté que le *Clean Air Act* a pour vocation de réguler les « polluants aériens », et elle considère en conséquence que les GES y sont englobés (*speaks directly*). Même en admettant que ce lien ne soit pas contesté, la question de l'étendue de la compétence demeure encore aujourd'hui telle que le souligne la doctrine américaine⁶⁸. En effet, si le *Clean Air Act* a vocation à couvrir le niveau d'émissions, *quid juris* des conséquences effectives de ces pollutions ? La communauté de villageois relève cet élément dans sa pétition pour le *writ* demeurée sans réponse.

En l'espèce, il n'est, en effet, pas question d'une demande de régulation des émissions de GES, mais d'une demande relative à leurs conséquences territoriales. Les émissions de GES sont mises en avant par les villageois pour expliquer les conséquences territoriales dramatiques pour le village, qui est obligé de se déplacer en raison d'un réchauffement de l'atmosphère et de la fonte des terres de glace qui les protégeait. C'est le sens de l'argumentation des villageois de *Kivalina* qui soulignent l'élément de différenciation propre à l'espèce à savoir le caractère indemnitaire de leur demande, et non une injonction de réguler le niveau d'émissions comme dans la demande *AEP*. Il aurait fallu en l'espèce pour les juges se pencher sur une évaluation précise et minutieuse des préjudices causés par l'absence de toute régulation relative aux émissions de GES. Nous ne sommes donc pas dans la même temporalité que l'affaire *AEP*, où l'examen du cas par les juges se fait détaché de toute considération sur les conséquences de ces émissions. Or le *Clean Air Act* ne semble pas donner d'éléments de guidage sur ce plan. A situation différente, traitement différent ? Cette question demeurera non tranchée.

63 Cela est souligné par J. N. STEDMAN, *Ibid.*, p. 915. Si l'EPA ne fait aucune application de son rôle de régulateur, quelle valeur a alors la CAA pour les victimes de préjudice climatique ?

64 V. *infra* B.

65 V. *City of Oakland and The People of State of California c. B.P. P.L.C and al.*, (V. le commentaire dans cet ouvrage de L. CANALI).

66 Pour une vision complète du champ d'application de cette législation : <https://www.epa.gov/clean-air-act-overview> (consulté le 23 février 2020).

67 Voir Massachussets, *op. cit.*

68 Tel que le soulève N. JOHSON, *op. cit.*, p. 561.

Il semble en effet clair que le *Clean Air Act*, selon la définition de son champ d'application, ne couvre pas ces dimensions⁶⁹. L'affaire *Kivalina* montre la difficulté de la question climatique de s'émanciper des dynamiques strictement atmosphériques: le climat n'est pas qu'une question de niveau d'émissions de GES! Le réchauffement climatique est également une des principales causes de la destruction des écosystèmes, et donc – en particulier comme dans le cas de l'espèce – de déplacement des populations. Il faudrait pouvoir décliner la norme à un niveau beaucoup plus opérationnel et proche des réalités territoriales. Or, les outils juridiques actuels ne permettent pas de bien le saisir. À moins que le *Clean Air Act* intègre à terme ces dimensions, ce qui semble difficilement envisageable compte tenu de son objet, il semble nécessaire d'envisager d'autres moyens pour répondre à un contentieux qui se complexifie considérablement au fil des années et des découvertes scientifiques.

C. Conséquences pour la protection des droits des communautés et des individus concernés par le réchauffement climatique

Le juge Pro conclut son argumentation par cette phrase pleine de sens: «*Displacement of the federal common law does not leave those injured by air pollution without a remedy*»⁷⁰, estimant que même s'il était avéré que le *Clean Air Act* ne couvrirait pas toutes les questions du contentieux climatique, il demeurerait d'autres voies de recours. Le juge Pro mentionne à ce titre la «*State Nuisance Law*», la *Public Nuisance Doctrine* à l'échelle cette fois-ci des États fédérés qui ont une *Common law* différenciée. Est-ce à revenir à un *statu quo* pour les victimes du réchauffement climatique? Et qu'en est-il en conséquence du niveau fédéral alors même que le *Clean Air Act* semble limité dans son champ d'application? Les États-Unis ne sont pas parties prenantes aux principales Conventions multilatérales de l'environnement, et il est donc extrêmement difficile de trouver d'autres bases textuelles pour le contentieux relatif à l'excès d'émission de GES⁷¹. Les horizons de recours pour les victimes semblent donc très minces.

Restent alors l'argumentaire propre aux droits de l'homme ainsi que pour *Kivalina* le droit international conventionnel de protection des populations autochtones. L'affaire *Kivalina* soulève cette question de manière indirecte, et les juridictions saisies n'y répondent pas. En effet *quid juris*, sous cet angle, d'un non-financement du déplacement du village? Il est à souligner le potentiel d'une telle argumentation juridique. En effet, il est avéré aujourd'hui les populations les plus vulnérables au réchauffement climatique sont les populations autochtones⁷². Les services américains sont les premiers à le reconnaître⁷³. Une récente saisine des rapporteurs spéciaux pour les populations autochtones reprend l'argument au bond⁷⁴, même si cela est pour le moment mobilisé hors de tout

69 *Ibid.*

70 Le *displacement* de la common law fédérale ne laisse pas les personnes victimes par la pollution atmosphérique sans recours (traduction libre).

71 K. PELOFFY, *Kivalina c. Exxonmobil: A Comparative Case Comment*, 9 McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y 119 (2013), p. 126 à 128.

72 <https://www.voanews.com/usa/native-americans-most-risk-impact-climate-change> (consulté le 23 février 2020).

73 https://www.fs.fed.us/pnw/pubs/pnw_gtr944.pdf (consulté le 23 février 2020).

74 United Nation Special Rapporteurs, «*Rights of Indigenous People in Addressing Climate-Forced Displacement*», 2020 consultable en ligne: <http://climatecasechart.com/non-us-case/rights-of-indigenous-people-in-addressing-climate-forced-displacement/> (consulté le 23 février 2020).

contexte contentieux. Relevant que le village de *Kivalina* se prépare à une relocalisation depuis 1952, les rapporteurs spéciaux considèrent dans un premier temps que les États-Unis ont échoué à protéger les droits de l'homme individuels et collectifs des villageois autochtones, et en particulier leur droit à la vie et les droits qui lui sont corrélés (alimentation, santé, entre autres). Ils poursuivent ensuite en mobilisant le droit international conventionnel qui dispose, en vertu notamment de la déclaration des droits des peuples autochtones de 2007 et de la Convention n° 169 de l'organisation mondiale du travail, que les communautés autochtones ont des droits particuliers sur leurs terres ceci notamment pour garantir leur droit à l'autodétermination. En cela, l'État leur doit la protection de leurs terres. L'argument de la protection du patrimoine culturel vient également comme une des justifications de cette protection particulière. En effet, culture et modes de vie étant intrinsèquement liés à un territoire, ne pas prendre en charge les conséquences du réchauffement climatique sur un territoire signifie contribuer à la disparition d'un patrimoine culturel. L'affaire *Kivalina* laisse tous ces dispositifs argumentaires grands ouverts, et sans réponse.

Concernant la question des déplacements climatiques *stricto-sensu*, il n'aurait pas été possible de la considérer de façon autonome. En effet, il n'existe tout simplement pas d'instrument juridique national ou international qui prend en charge la question à ce jour⁷⁵. La *Court of Appeal* conclut son jugement de la manière suivante : « *Our conclusion obviously does not aid Kivalina, which itself is being displaced by the rising sea. But the solution to Kivalina's dire circumstance must rest in the hands of the legislative and executive branches of our government, not the federal Common law* »⁷⁶. La problématique de la relocalisation de la communauté est reconnue comme étant une problématique centrale et urgente, mais il semblerait que le contentieux n'était en l'espèce pas la bonne voie pour le prendre en charge.

75 A. MESNARD, « Déplacements environnementaux et peuples autochtones : repenser la responsabilité des États et de la communauté internationale », Université Jean Moulin – Lyon 3, 2019, non encore publiée

76 Notre conclusion n'aide clairement pas Kivalina, qui est délogé par la montée du niveau de la mer. Mais la solution à la situation précaire de Kivalina doit reposer dans les mains des branches législatives et exécutives de notre gouvernement, non pas la Common Law fédérale. (traduction libre)