

Trimestriel ■ 34^e année ■ N° 135 ■ 1^{er} juillet 2023

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire et fondateur de la *Revue*.

Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

Fi. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

Fr. DELPÉRIÉ, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses

PAR

Véronique BOILLET

Professeure de droit public à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

ET

Clémence DEMAY

*Docteure en droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne
Avocate-stagiaire*

Résumé

Cette contribution interroge la notion d'imminence développée par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de deux affaires climatiques suisses pendantes devant cette même juridiction. Elle propose d'interpréter cette notion, en matière environnementale, au regard des principes de prévention, de précaution et d'équité intergénérationnelle.

Abstract

This contribution examines the concept of imminence as defined by the European Court of Human Rights in relation to two Swiss climate cases. It offers an interpretation of the concept, specifically in cases of environmental issues, based on the principles of prevention, precaution, and intergenerational equity.

Introduction

Cette contribution vise à évaluer et discuter l'interprétation dominante donnée à la notion d'imminence à l'aune de deux affaires climatiques suisses actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ces deux affaires sont en effet particulièrement intéressantes en ce sens qu'elles abordent le lien entre les droits humains et la crise climatique sous deux angles et participent dès lors du contentieux stratégique en matière climatique qui induit une forte circulation des stratégies de défense et de l'argumentaire à la base des décisions nationales¹.

Après une présentation desdites affaires, notre contribution examinera la jurisprudence pertinente de la Cour européenne avant d'en proposer, dans une troisième partie, une lecture critique.

I. Les cas suisses pendants devant la Cour européenne des droits de l'homme

Deux types d'affaires ont récemment occupé les juridictions suisses en matière climatique : d'une part, l'affaire à la renommée mondiale des Aînées pour le climat (*KlimaSeniorinnen*) dont l'objectif est de faire constater des violations aux obligations positives de protection du droit à la santé et la vie et, d'autre part, plusieurs affaires pénales déclenchées en réaction à des revendications formulées par des membres de la société civile. Ces dernières visent à contraindre les autorités à adopter des mesures politiques dictées par l'urgence de la crise écologique ou à contraindre les grandes entreprises privées à modifier leurs pratiques particulièrement émettrices de gaz à effet de serre. Les deux types d'affaires mobilisent les droits humains et développent un argumentaire fondé sur la nécessité d'agir de manière urgente.

Il convient dans un premier temps de revenir brièvement sur ces deux types d'affaires afin de souligner les logiques argumentatives qui y sont développées, mais aussi le rapport de complémentarité qu'elles entretiennent et les obstacles auxquels elles font face. En effet, si le volet public du contentieux couvre une dimension d'action légale et active, le volet pénal rend visibles des carences de protection et souligne, au travers d'un contentieux réactif et indirect, l'inaction

¹ Chr. COUNIL, « La place croissante des argumentaires constitutionnels dans les contentieux climatiques nationaux », in M.-A. Cohendet (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Mare et Martin, Paris, 2021, pp. 327 et s.

étatique². Ces deux types de procédures permettent de mettre en lumière la nécessité de prise en compte de l'urgence écologique dans tous les domaines du droit et à différents stades d'intervention et plaident ainsi pour un réel changement de paradigme³. Enfin, toutes deux recourent à une rhétorique similaire en matière d'exercice des libertés fondamentales et mobilisent le principe de précaution et de prévention.

A. *L'affaire des Aînées pour le climat*

1. Les faits et les enjeux

L'association des Aînées pour la protection du climat (connue sous l'appellation allemande des « *KlimaSeniorinnen* ») ainsi qu'un groupe de femmes âgées, par ailleurs membres de ladite association, ont enjoint au gouvernement suisse, au Département fédéral de l'environnement, à l'Office fédéral de l'environnement et à l'Office fédéral de l'énergie de prendre toutes les mesures nécessaires, dans leurs domaines de compétences respectifs, pour réduire les émissions de gaz à effet de serre de la Suisse de manière à respecter les objectifs fixés par l'Accord de Paris et l'objectif chiffré des 2 °C de réchauffement climatique⁴. Parmi les arguments invoqués, les requérantes ont fait valoir que l'omission d'adopter de telles mesures est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, notamment à ses articles 2 et 8. Elles ont avancé qu'en raison de leur statut de femmes âgées, les fortes chaleurs dues au dérèglement climatique portent et porteront atteinte à leur santé et leur vie.

² En effet, mais nous y reviendrons, les activistes estiment alors qu'il est de leur responsabilité d'agir contre ces entreprises en raison de l'inaction des gouvernements qui devraient les réguler ou en raison de l'existence de déficits démocratiques. Dès lors, bien que l'entité visée par l'action soit privée, ces procès sont néanmoins l'occasion pour ces actrices de mettre en cause les autorités suisses au travers de leurs plaidoiries et dans la construction de leur argumentaire. Voy. Ch. BETTEX *et al.*, « Extraits des plaidoiries du premier procès de la place financière helvétique », in D. Bourg, Cl. Demay et Br. Favre (dir.), *Désobéir pour la Terre*, PUF, Paris, 2021, pp. 118-134, notamment : « Le Conseil fédéral et les Chambres fédérales ont simplement permis, et permettent encore, en temporisant, aux banques suisses [...] de se gaver au détriment du reste du monde et des générations futures [...] » (p. 132).

³ Fr. OST, « Le droit constitutionnel de l'environnement : un changement de paradigme? », in M.-A. Cohendet (dir.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, *op. cit.*, p. 432.

⁴ Voy. www.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2016/11/161124-Gesuch-um-Erlass-anfechtbarer-Verfuegung_final.pdf.

Tant l'autorité administrative de première instance⁵ que le Tribunal administratif fédéral⁶ ont refusé de reconnaître aux requérantes la qualité de victimes dans cette procédure. Ils ont jugé en substance que les requérantes ne sont pas plus touchées que le reste de la population dans leurs droits par les effets de la crise écologique. Le Tribunal fédéral⁷ a, quant à lui, confirmé la décision des autorités précédentes en jugeant que les requérantes ne sont pas atteintes dans leurs droits fondamentaux, par l'omission des autorités suisses, avec l'intensité requise pour leur reconnaître un droit d'action. La Cour suprême suisse fait en effet valoir que l'objectif de ne pas dépasser nettement les deux 2 °C conformément à la Convention de Paris⁸ n'est pas irréalisable dans un avenir proche. Elle se réfère ici au rapport spécial du Groupe d'experts intergouvernemental (GIEC) sur l'évolution du climat de 2018 selon lequel le réchauffement climatique atteindra 1,5 °C vers 2040 (fourchette probable de 2030 à 2052)⁹ s'il se poursuit au rythme actuel¹⁰. Le Tribunal fédéral considère donc – en se fondant sur le rapport spécial du GIEC, selon lequel un réchauffement de plus de 1,5 °C pourrait en principe encore être évité¹¹ – qu'un dépassement nettement inférieur à 2 °C n'interviendra qu'à moyen, voire long terme, et que, dans ces circonstances, le droit à la vie des recourantes tout comme leur droit à la vie privée et familiale ne sont pas atteints avec une intensité suffisante¹². En d'autres termes, il juge que les droits fondamentaux des recourantes ne sont pas, à l'heure actuelle, menacés dans une mesure telle que l'atteinte puisse être qualifiée de suffisante pour fonder une qualité pour agir spécifique¹³.

2. Le critère de l'urgence et son interprétation

Dans le cadre de son analyse, le Tribunal fédéral se réfère tant au critère de l'intensité de l'atteinte qu'au cadre temporel de l'évolution du réchauffement climatique défini par le GIEC. Bien qu'il ne développe pas expressément le lien les unissant, l'analyse de son argumentation permet d'identifier que son éva-

⁵ Département fédéral, décision du 27 avril 2017, voy. https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2019/01/Verfu%CC%88gung_UVEK_KlimaSeniorinnen.pdf.

⁶ Tribunal administratif fédéral, 27 novembre 2018, aff. A-2992.

⁷ Arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 146 I 145.

⁸ Art. 2, al. 1^{er}, *litt. a*), de l'Accord de Paris (Accord sur le Climat) conclu le 12 décembre 2015 et entré en vigueur pour la Suisse le 5 novembre 2017.

⁹ GROUPE D'EXPERTS INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'ÉVOLUTION DU CLIMAT (GIEC), *Special Report on Global Warming of 1.5 °C*, Cambridge/New York, 2018, www.ipcc.ch/sr15.

¹⁰ ATF 146 I 145, considérant 5.3.

¹¹ GIEC, *op. cit.*, pp. 12 et s.

¹² ATF 146 I 145, considérant 5.4.

¹³ *Ibid.*

luation de l'intensité se fonde sur la temporalité du réchauffement, puisqu'il se réfère au rapport du GIEC, plus particulièrement aux projections temporelles que le rapport propose, pour réfuter l'existence d'une atteinte présentant un degré d'intensité suffisant. Le raisonnement du Tribunal fédéral semble ainsi indiquer qu'il appartient aux recourantes d'attendre une élévation plus importante de la température pour que l'intensité de l'atteinte qu'elles subissent puisse être jugée suffisamment élevée et fonder leur qualité pour agir.

La conformité d'un tel raisonnement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible d'être remise en cause. L'une des questions centrales est, on le verra, de déterminer le cadre théorique au regard duquel l'exigence d'intensité de l'atteinte doit être analysée pour permettre d'appréhender la temporalité du changement climatique. Il s'agira, plus particulièrement, de confronter le raisonnement des autorités suisses à la jurisprudence de la Cour européenne relative aux obligations positives. Or, en présence d'une allégation d'atteinte aux droits humains fondée sur un manquement de l'État incriminé comme en l'espèce, l'examen de la qualité de victime est intrinsèquement lié à la détermination de l'étendue des obligations internationales imposant une obligation d'agir¹⁴. Comme le relève Evelyne Schmid, dès lors que l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme exige des requérants qu'ils puissent se prétendre « victime[s] d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention », l'analyse de la qualité de victime en cas d'omission d'adopter des mesures suffisantes doit nécessairement commencer par déterminer la portée des obligations positives qui s'imposent à l'État incriminé¹⁵. La Cour européenne a par exemple eu l'occasion d'admettre expressément une telle imbrication dans l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres contre Italie* qui visait à évaluer le risque réel d'être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants à la suite d'un renvoi. La Grande Chambre a ainsi souligné que la question de la recevabilité ne pouvait être examinée de manière indépendante, la requête posant « des questions de

¹⁴ E. SCHMID et V. BOILLET, « Tierce intervention au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* (Requête n° 53600/20) », 25 novembre 2022, §§ 4 et s. et les références citées, disponible sur https://serval.unil.ch/fr/notice/serval:BIB_DE71E9DD26AD. Dans le même sens, Cl. BEISBART et al., « Tierce intervention dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse* (Requête n° 53600/20) », 5 décembre 2022, p. 2, note 14, disponible sur https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2023/01/53600_20_GC_OBS3_Group_of_academics_from_the_University_of_Bern_Dr._Ch._Blattner_.pdf.

¹⁵ E. SCHMID, « Victim Status before the ECtHR in Cases of Alleged Omissions: The Swiss Climate Case », 30 avril 2022, Blog of the *European Journal of International Law*, disponible sur www.ejiltalk.org/victim-status-before-the-ecthr-in-cases-of-alleged-omissions-the-swiss-climate-case/.

fait et de droit complexes, qui ne peuvent être tranchées qu'après un examen au fond»¹⁶.

B. *Les actions de désobéissance civile*

1. Le contexte des différentes affaires

Depuis 2020, l'évaluation des risques climatiques s'est également posée en matière pénale au travers de différentes affaires de désobéissance civile portées devant les tribunaux suisses¹⁷. En effet, en Suisse, comme dans d'autres États, la société civile a organisé des manifestations en faveur du climat afin de sensibiliser la population et d'interpeller les politiques au sujet du dérèglement climatique, ainsi que pour demander la mise en œuvre des objectifs définis par l'Accord de Paris¹⁸. À l'occasion ou en complément de ces rassemblements, des actions comprenant la commission d'illégalismes¹⁹ ont été menées, qui ont conduit les tribunaux à se prononcer sur la question de l'urgence climatique au travers de la figure de l'état de nécessité. Ces contentieux, d'abord réactifs, ont permis de souligner des lacunes en matière de protection des droits humains et d'appeler à une mise en œuvre des principes de précaution et de prévention²⁰. Ils ont aussi mis en lumière l'importance de la liberté de réunion et d'expression pour alimenter un débat public fort au sujet du cadre normatif existant en matière de lutte contre les dérèglements climatiques. En outre, à l'instar de l'affaire des *Aîmées*, l'appréciation de l'imminence du danger a joué un rôle central, puisqu'elle a à la fois été mobilisée par les tribunaux pour expliquer la condamnation des activistes et par ces derniers pour justifier leur action²¹.

¹⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, 23 février 2012, §§ 110 et s. Voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *Siliadin c. France*, 26 octobre 2005, § 63.

¹⁷ Cl. DEMAY et A. LOETSCHER, «Face à la crise de la non-durabilité, analyse de la réponse citoyenne au travers de la désobéissance civile», in A.-Chr. Favre, A.-Chr. Fornage et L. Parein (éd.), *Droit pénal de l'environnement. Quelle consécration?*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2022, pp. 193 et s.

¹⁸ Voy., sur ces mouvements, I. STAMENKOVIC et P. STAWIAKI, «Die rechtliche Dimension der Klimastreik-bewegungen – Legitimität ihres Instrumentariums und Justiziabilität ihrer Forderungen in einer direkten Demokratie», in Y. Hasani, St. Hug et J. Zalka (éd.), *Recht und Umwelt*, Schulthess, Zürich, 2021, pp. 99 et s.

¹⁹ Au sens de M. CERVERA-MARZAL, *Les nouveaux désobéissants: citoyens ou hors-la-loi?*, coll. Bibliothèque du Mauss, Éditions Le bord de l'eau, Lormont, 2016, pp. 33 et s., ou G. DE LAGASNERIE, *Juger. L'État pénal face à la sociologie*, Fayard, Paris, 2016, pp. 199 et s.

²⁰ Cl. DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un objet juridique non identifié?*, Schulthess, Zürich, 2022, pp. 346 et s.

²¹ *Ibid.*, pp. 279 et s.

L'affaire la plus médiatisée d'entre elles est celle des activistes climatiques du groupe intitulé *Lausanne Action Climat*²². Dans ce cas, des activistes ont été poursuivis en raison de leur action au sein du hall d'une banque suisse, malgré le caractère pacifique et humoristique de l'action. Pour leur défense, les activistes ont entre autres fait valoir que leur droit à la vie est en danger et leur liberté d'expression mise en cause, ce qui permet de lever l'illicéité de leur acte²³. En première instance, ils ont été acquittés au bénéfice du motif de l'état de nécessité²⁴. Les instances supérieures ont quant à elles estimé que ce motif justificatif ne pouvait s'appliquer à des manifestations de ce type²⁵. L'affaire est désormais pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁶. Cette dernière devra principalement déterminer si la condamnation des militants constitue une violation de leur liberté d'expression, dès lors qu'ils ont, par leur action, contribué à alimenter un débat d'intérêt général au sujet du dérèglement climatique protégé par la Convention²⁷.

Si cette procédure est celle qui a atteint le stade judiciaire le plus avancé, elle n'est pour autant pas isolée : les tribunaux suisses ont dû se prononcer au sujet d'autres cas de désobéissance climatique qui ont donné lieu à un véritable feuilleton judiciaire de décisions contradictoires²⁸. La plupart des plaidoiries ont souligné le rapport étroit entre le droit à la vie du prévenu et l'inadéquation de l'action étatique pour se conformer à l'Accord de Paris et aux limites terrestres. Le gouvernement y est ainsi, en creux, également mis en cause pour son

²² Au sujet de ce procès, voy. D. BOURG, Cl. DEMAY et Br. FAVRE (dir.), *Désobéir pour la Terre*, *op. cit.*, pp. 27 et s.; R. MAHAIM et M.-P. MOINAT, « *Activistes climatiques c. Crédit Suisse et le ministère public (2020)* », in Chr. Cournil (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Confluence des droits, Aix-en-Provence, 2020, pp. 579 et s.

²³ Ch. BETTEX *et al.*, *op. cit.*, pp. 103 et s.

²⁴ Tribunal de police de Lausanne, aff. PE19.000742, 13 janvier 2020.

²⁵ Tribunal cantonal vaudois, aff. JUG 2020 333/3371, 22 septembre 2020; ATF 147 IV 297.

²⁶ A. KARANGWA, « Occupation de Crédit Suisse : recours déposé à Strasbourg », *Le Courrier*, Genève, 5 novembre 2021. Requête déposée le 4 novembre 2021 qui prévoit que « les requérants [...] exigent le respect de leur droit à la vie [...] et leur droit à un environnement sain [...] dans le cadre d'un débat d'importance existentielle pour l'humanité, à savoir les mesures à prendre de toute urgence pour détourner les périls du dérèglement climatique » (p. 9).

²⁷ Voy. G. GENTON et P. FAVROD-COUNE, « Liberté d'expression et répression pénale. L'acte expressif répondant à une qualification pénale à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Semaine Judiciaire*, 2022, pp. 623 et s.

²⁸ Voy., par exemple, Tribunal de police de Genève, aff. JTDP/245/2020, 20 février 2020, et Cour de Justice du Tribunal cantonal de Genève, aff. AARP/339/2020, 14 octobre 2020. Voy. également dans le canton de Vaud : Tribunal de police de Lausanne, aff. PE19.005999, 11 décembre 2020; Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois, aff. JUG/2021/255, 17 juin 2021; Tribunal fédéral suisse, arrêt 6B_1061/2021, 9 mai 2022. Dans le canton de Zürich et s'agissant d'une mineure : Tribunal fédéral suisse, arrêt 6B_145/2021, 3 janvier 2022.

inaction, qui pousse les citoyens à devoir mettre eux-mêmes en cause ces entreprises. Les juridictions pénales se sont prononcées tant sous l'angle de l'état de nécessité pénal que du droit à la vie, de la liberté d'expression ou de réunion²⁹. Toutes ces affaires mobilisent abondamment l'argument de l'urgence climatique et les obligations positives de l'État de prendre des mesures afin de protéger le droit à la vie, celle-ci venant par le truchement de l'état de nécessité ou des faits justificatifs extralégaux, lever l'illicéité des actes des prévenus³⁰.

2. L'état de nécessité en matière pénale pour traduire l'imminence du danger climatique?

Dans ces différentes causes, les activistes ont invoqué un motif justificatif pénal, l'état de nécessité, qu'ils développent au regard de leurs droits humains³¹. En effet, selon les prévenus, leurs actions se justifiaient au vu de l'imminence des dangers que les dérèglements climatiques font peser sur eux ou leurs proches³², notamment sur leurs droits à la santé et la vie. Seuls le Tribunal de police de Lausanne et la Cour de Justice du Tribunal cantonal de Genève ont admis ce raisonnement³³.

Le Tribunal fédéral a quant à lui considéré qu'en application des différentes méthodes d'interprétation de la loi, il n'était pas possible d'envisager que le dérèglement climatique constitue un danger imminent³⁴. Il a en particulier insisté sur l'importance de l'appréciation temporelle de l'imminence de la concrétisation du danger qui, comme une intervention chirurgicale urgente, ne

²⁹ En particulier, l'argument de la liberté d'expression et de la liberté de réunion a permis des acquittements, contrairement à celui de l'état de nécessité. Voy. Bezirksgericht Zürich, aff. GG220099-L, 30 août 2022, et le récent acquittement des activistes de Fribourg Centre: M.-R. ZOELLIG, «Activistes du 'block friday' sauvés par la jurisprudence européenne», *La Liberté*, 30 novembre 2022, disponible sur www.laliberte.ch/news/regions/canton/activistes-du-block-friday-sauves-par-la-jurisprudence-europeenne-669203. Soutenant cette seconde stratégie, voy. Cl. DEMAY, *op. cit.*, pp. 286 et s.

³⁰ Pour une présentation approfondie de ces affaires: Cl. DEMAY, *op. cit.*, pp. 172-237.

³¹ À tout le moins, dans un premier temps. Après le prononcé des arrêts du Tribunal fédéral dans les affaires du Lausanne Action Climat et des mains rouges, la stratégie des mouvements a évolué pour mobiliser les droits humains et en particulier la liberté d'expression et de réunion, afin de s'adapter au verrouillage opéré par la Haute Cour suisse sous l'angle de ce motif. C'est sous ce dernier angle que leur cause a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme.

³² Cl. DEMAY, *op. cit.*, pp. 204 et s. La notion de danger imminent a ainsi été interprétée par ces derniers comme la plus adéquate pour transposer sur le plan juridique les enjeux liés à la crise environnementale.

³³ Tribunal de police de Lausanne, aff. PE19.000742, 13 janvier 2020 et Cour de Justice du Tribunal cantonal de Genève, aff. AARP/339/2020, 14 octobre 2020.

³⁴ ATF 147 IV 297, considérant 2.4.

devrait souffrir aucun retard : à savoir se compter en quelques heures pour que le danger soit évité³⁵. Ainsi, selon lui, «[...] le danger doit menacer concrètement et de manière pressante le bien juridique concerné, et non seulement peser sur des biens indéfinis dans un horizon temporel incertain»³⁶. On retrouve un enjeu similaire à celui présent dans les cas des *Aînées pour le Climat* décrit plus haut. Finalement, la Haute Cour justifie son analyse en relevant que la réalité juridique se distingue de la réalité scientifique : l'existence scientifique de l'urgence bien qu'incontestable ne fonde pas l'urgence juridique. En effet, la Cour relève que «[s]ans qu'il soit nécessaire de discuter de l'urgence climatique en tant que telle, force est donc de constater qu'il n'existait, au moment où les recourants ont commis leurs actes, aucun danger actuel et concret au sens de l'article 17 CP propre à justifier une action illicite»³⁷. Ce raisonnement a été confirmé dans l'affaire genevoise³⁸, malgré une appréciation critique de la doctrine s'agissant spécifiquement de l'admissibilité de la condition de danger imminent, notamment au regard des obligations liées à la protection du droit à la vie³⁹.

3. Le critère d'imminence par référence au « tyran domestique » en droit pénal suisse

En matière pénale, l'état de nécessité de l'article 17 du Code pénal suisse prévoit qu'« agit au bénéfice d'un état de nécessité licite quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants »⁴⁰. Dans son acception traditionnelle et au sens de cette disposition, le danger imminent vise un comportement

³⁵ *Ibid.*, considérant 2.3.3.

³⁶ *Ibid.*, considérant 2.3.4.

³⁷ *Ibid.*, considérant 2.4.

³⁸ « On ne saurait ainsi assimiler le réchauffement climatique à la notion juridique de danger imminent au sens de l'art. 17 CP » (Tribunal fédéral suisse, arrêt 6B_1298/2020 et 6B_1310/2020, 28 septembre 2021, considérant 3.5.1).

³⁹ L'existence d'un danger imminent en matière climatique est en effet admise par A. PAYER, « Klimawandel als strafrechtlicher Notstand », *sui generis*, 2020, pp. 226 et s. ; G. SCHILD TRAPPE et F. SCHÖBI, « Not kennt kein Gebot beim Hausfriedensbruch ? », *Jusletter*, 11 mai 2020, p. 5 ; A. NUSSBAUMER, « L'acquiescement des activistes du climat à Lausanne », *LawInside*, 21 février 2020 ; M. THOMMEN et J. MATTMANN, « Whistleblowing für das Weltklima », *sui generis*, 2021, pp. 13 et s. ; *Contra*: N. GRAA, « Qu'est-ce qu'un 'danger imminent' ? », *Revue pénale suisse*, 2020, pp. 313-314 ; M. A. NIGGLI et L. F. MUSKENS, « Recht und Moral: Auflösung die Kategorien. Am Beispiel der Rechtfertigung von Hausfriedensbruch durch Notstand infolge Klimawandels », *Justice-Justiz-Giustizia*, 2020, § 32.

⁴⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, Recueil systématique n° 311.0.

humain ou naturel susceptible de léser des biens juridiques individuels⁴¹. De plus, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué pour protéger des biens juridiques collectifs et les biens juridiques mis en danger doivent dans tous les cas être d'une valeur supérieure à ceux lésés par le comportement⁴². Enfin, au sens de l'article 17, le danger doit être actuel et concret, ce qui signifie qu'il ne doit être ni passé ni futur et, enfin, qu'il ne doit pas pouvoir être détourné autrement (principe de subsidiarité absolue)⁴³.

En pratique, l'état de nécessité a été appliqué ces dernières années, principalement dans le domaine des violences domestiques⁴⁴. C'est notamment en s'appuyant sur l'une de ces décisions que la Haute Cour a fondé son raisonnement pour rejeter l'application de l'imminence en matière climatique⁴⁵. Dans une affaire, dite du « tyran domestique », une femme subissant de nombreuses violences et en désespoir de cause après une nouvelle menace de son époux à son encontre, a tué celui-ci afin de se protéger⁴⁶. Comme l'explique l'autorité : « [d]ans ce cas, le danger apparaissait comme brûlant, puisque, le soir des faits, l'époux avait montré un revolver à l'intéressée, avait expliqué l'avoir acheté pour elle et avait précisé qu'il aurait déjà tué celle-ci si les enfants n'avaient pas crié [...]. Dans cette jurisprudence, tout en élargissant la portée de l'état de nécessité, le Tribunal fédéral a donc envisagé l'application de ce principe dans une situation où le danger était aussi concret qu'imminent, puisque l'époux [...] pouvait s'en prendre à cette dernière à tout moment et avait annoncé son intention de le faire »⁴⁷.

Le Tribunal fédéral se réfère donc de manière décisive à cette échelle temporelle pour rejeter la justification des activités fondées sur l'imminence des dangers liés à la crise écologique. Suivant ce raisonnement, les conséquences du danger en matière climatique ne présentant pas une proximité temporelle de moins de quelques minutes ou heures, les prévenus ne pouvaient s'en revendiquer. Ce faisant, la Haute Cour donne une place centrale à l'appréciation de

⁴¹ ATF 122 IV 1; J. HURTADO POZO et T. GODEL, *Droit pénal général*, Schulthess, Zürich, 2019, § 714.

⁴² M. DUPUIS et al., *Petit commentaire Code pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017, ad article 17, § 13.

⁴³ J. HURTADO POZO et T. GODEL, *op. cit.*, § 714.

⁴⁴ ATF 122 IV 1 et ATF 125 IV 49. Le Tribunal fédéral souligne également avoir écarté la notion d'imminence d'un danger, lorsque confronté à l'évaluation d'un risque en matière nucléaire; voy. ATF 129 IV 6.

⁴⁵ ATF 147 IV 297.

⁴⁶ ATF 125 IV 49.

⁴⁷ ATF 147 IV 297, considérant 2.4.

l'immédiateté du dommage⁴⁸, tout en rapprochant des situations qui n'ont que peu en commun, la nature même des dangers climatiques étant de produire des effets différés dans le temps. Dès lors, elle effectue un choix⁴⁹ : celui de maintenir une interprétation classique et historique⁵⁰ de la notion de danger imminent et donc d'exclure de fait toute application de l'état de nécessité en matière climatique. En d'autres termes, elle propose une interprétation déconnectée des circonstances particulières du cas et de ses spécificités, malgré le consensus scientifique au sujet de la crise climatique.

Une autre solution s'offrait pourtant aux autorités judiciaires qui auraient pu accepter une évolution jurisprudentielle des notions composant l'état de nécessité afin de tenir compte de l'interprétation à l'aune des droits fondamentaux. C'est ce qu'a proposé le juge de première instance dans le cadre de l'affaire du *LAC* et ceux de seconde instance dans l'affaire des « *Mains rouges* ». Dans ces deux cas, tout en inscrivant leur raisonnement dans la continuité de la jurisprudence existante, les juges ont permis à la notion de danger imminent d'évoluer à l'aune de la crise écologique et des données scientifiques afin de tenir compte des enjeux constitutionnels et conventionnels de protection des droits à la santé et à la vie. En effet, la dogmatique pénale et les règles d'interprétation ne contraignaient pas les juges à rejeter si fermement le raisonnement proposé par les activistes, qui s'appuyait notamment sur des sources scientifiques⁵¹, mais aussi sur une obligation d'agir découlant des principes de prévention et de précaution⁵². Les références scientifiques constituant cependant des sources extralégales, elles provoquent un inconfort au sein des juridictions qui doutent de la place à leur accorder et « bricolent » en conséquence⁵³. Cette « fabrique du droit »⁵⁴ entourant la qualification de danger imminent est en

⁴⁸ Comme dans le cas de la jurisprudence du Conseil de l'Europe : voy. J. BELL-JAMES et B. COLLINS, « Human rights and climate change litigation : should temporal imminence form part of positive rights obligations? », *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, vol. 13, n° 1, pp. 231 et s.

⁴⁹ A. PAPAUX, « Désobéissance 'civique' et reviviscence du 'bien commun' », in D. Bourg, Cl. Demay et Br. Favre (dir.), *Désobéir pour la Terre*, op. cit., p. 318.

⁵⁰ N. GRAA, op. cit., p. 285.

⁵¹ Voy. Cl. DEMAY, op. cit., pp. 322 et s.

⁵² Ch. BETTEX et al., op. cit., p. 120.

⁵³ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide du droit au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 13.

⁵⁴ Expression empruntée à Bruno LATOUR, *La fabrique du droit*, La Découverte, Paris, 2004, pp. 7 et s.

plein essor et les contours de ce critère ne cessent de se brouiller ces dernières années, sous l'impulsion de nombreux cas de contentieux climatiques portés par la société civile⁵⁵.

II. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'imminence

On l'a souligné, les deux affaires suisses présentées sont actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. Se pose dès lors la question de savoir comment l'exigence d'imminence est appréhendée par la Cour européenne et si l'interprétation qui lui a été donnée par les autorités suisses s'y conforme.

Pour répondre à ces questions, il y a tout d'abord lieu de brièvement rappeler la jurisprudence y relative. Il est ensuite nécessaire de confronter la pratique de la Cour aux réflexions élaborées par la doctrine sur la notion d'imminence en matière climatique pour terminer par l'examen des cas suisses.

A. L'exigence d'imminence

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Osman contre Royaume-Uni* a marqué le développement de la conception d'obligation positive en matière de droit à la vie des personnes⁵⁶. Dans cette affaire, la Grande Chambre a évalué si et dans quelle mesure l'autorité avait failli à son devoir de protection, au regard de l'article 2 de Convention européenne des droits de l'homme, d'un homme assassiné par l'ex-professeur de son fils. Les membres survivants de la famille alléguaient en effet que différents indices auraient dû pousser les forces de l'ordre à prendre des mesures de protection face au danger représenté par l'auteur de l'acte. En l'espèce, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 2. En particulier, elle a considéré que

⁵⁵ Voy. L. VANHALA, «The comparative politics of courts and climate change», *Environmental Politics*, 2013, n° 3, pp. 447 et s.; M. NIEHAUS et K. DAVIES, «Voices for the Voiceless: Climate Protection from the Streets to the Courts», *Journal of Human Rights and the Environment*, 2021, n° 12, pp. 228 et s.

⁵⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998; J. BELL-JAMES et B. COLLINS, *op. cit.*, pp. 212 et s.

l'auteur de l'infraction ne présentait pas un « danger réel et immédiat » suffisant pour que l'action de la police ait dû se déployer plus en amont⁵⁷.

En matière environnementale, la Cour a également traité de nombreuses requêtes invoquant une responsabilité de l'État pour omission. Dans une majorité d'arrêts, il appartenait à la Cour d'examiner si l'État intimé avait respecté son « obligation d'agir face aux risques environnementaux »⁵⁸. Aussi la Cour s'est-elle fondée sur la théorie des obligations positives⁵⁹ pour examiner si les États incriminés ont adopté « des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits »⁶⁰ consacrés par les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶¹, qui s'appliquent par ricochet⁶² en matière environnementale. En d'autres termes, c'est en recourant à l'examen des critères développés dans le cadre de son arrêt *Osman* mentionné ci-dessus que la Cour traite le plus souvent les affaires environnementales. Or, lorsque la Cour européenne examine le risque d'atteinte aux droits concernés ou la « probabilité de réalisation d'une violation »⁶³, elle doit se pencher sur sa temporalité et n'admet de violation qu'en présence de risques « imminents »⁶⁴. La Cour européenne sanctionne en effet « l'erreur manifeste d'appréciation [qui] réside dans l'inaction de l'État face au 'risque certain et immédiat' ou à la 'menace réelle et imminente' de graves atteintes environnementales »⁶⁵.

Si le critère de l'imminence semble clair de prime abord, plusieurs auteurs démontrent que son champ d'application et sa portée n'ont, en réalité, pas été précisément définis par la Cour européenne. L'analyse de la jurisprudence permet de constater que ce test amalgame les notions d'immédiateté temporelle (*temporal immediacy*) et de prévisibilité (*foreseeability*)⁶⁶. En d'autres termes,

⁵⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 115 et § 128. « [...] Il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance ».

⁵⁸ Fr. SUDRE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de précaution », *Rev. fr. dr. adm.*, 2017, p. 1040. Voy. en outre le récent arrêt *Kotov e.a. c. Russie*, 11 octobre 2022, § 135.

⁵⁹ Fr. SUDRE, *ibid.*, p. 1040.

⁶⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, § 51.

⁶¹ Dans la majorité des affaires, voy. P. BAUMANN, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2021.

⁶² Fr. SUDRE, *op. cit.*, p. 1039.

⁶³ Comm. eur. dr. h., arrêt *Taura e.a. c. France*, 4 décembre 1995.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Balmer-Schafroth c. Suisse*, 26 août 1997, § 40.

⁶⁵ Fr. SUDRE, *op. cit.*, p. 1045.

⁶⁶ J. BELL-JAMES et B. COLLINS, *op. cit.*, p. 216; F. C. EBERT et R. I. SIJNENSKY, « Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: →

l'exigence d'imminence qui ressort de l'affaire *Osman* représente l'une des pierres d'achoppement en la matière⁶⁷.

Ainsi, Justine Bell-James et Briana Collins relèvent que l'exigence d'immédiateté représentait, à l'époque, un choix politique visant à éviter que l'État ne fût indûment accablé et gêné dans l'exercice de ses fonctions essentielles⁶⁸. Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence n'indique pas, selon ces auteures, comment déterminer clairement si le critère de l'imminence doit s'appliquer à toutes les affaires ou s'il constitue un aspect de l'exigence plus générale de prévisibilité⁶⁹. Elles relèvent, à titre d'exemple, que la Cour européenne a eu l'occasion d'admettre la violation par un État de son obligation positive malgré une période de deux ans entre la parution d'un rapport évoquant les risques et la survenance dudit risque⁷⁰. Dans cette affaire, la probabilité de la survenance du risque était haute chaque jour durant, mais il n'était pas possible de prévoir avec certitude le moment de la réalisation de celui-ci⁷¹. Le risque était, en d'autres termes, prévisible, mais pas nécessairement imminent. Dans le même sens, Vladislava Stoyanova démontre quant à elle que l'exigence d'imminence fonctionne uniquement en cas de risque individuel et qu'elle est inappropriée lorsqu'il est question de protéger la société dans son ensemble, soit lorsqu'il appartient à l'État d'adopter des mesures législatives et administratives générales⁷². Franz Christian Ebert et Romina Sijniensky considèrent finalement que le critère n'est pas apte à appréhender les risques structurels et proposent un test de prévisibilité, où l'imminence peut être prise en compte pour évaluer l'étendue du devoir de l'État, mais non son existence⁷³.

←

From the *Osman* Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?», *Human Rights Law Review*, 2015, p. 358; V. STOYANOVA, «Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2018, p. 339. Voy. également M. FOSTER et J. MCADAM, «Analysis Of 'Imminence' In International Protection Claims: *Teitiota v. New Zealand* and Beyond», *I.C.L.Q.*, 2022, vol. 71, pp. 975 et s., qui critiquent l'analyse de l'exigence d'imminence par le Comité des droits de l'homme; C. HERI, «Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability», *European Journal of International Law*, 2022, p. 8.

⁶⁷ M. FERIA-TINTA, «Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions», *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, 2021, n° 3, pp. 64 et s.

⁶⁸ J. BELL-JAMES et B. COLLINS, *op. cit.*, p. 216.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 220.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Öneryıldız c. Turquie*, 18 juin 2002.

⁷¹ J. BELL-JAMES et B. COLLINS, *op. cit.*, p. 219.

⁷² V. STOYANOVA, *op. cit.*, p. 340.

⁷³ F. Ch. EBERT et R. I. SIJNIENSKY, *op. cit.*, pp. 343 et s.

Sur la base de ces constats, Justine Bell-James et Briana Collins soulignent que le changement climatique se distingue des affaires traitées à ce jour par la Cour dans lesquelles les éléments d'analyse de la jurisprudence *Osman* ont été appliqués, en ce sens que la probabilité des dangers qu'il implique est très élevée, mais le cadre temporel dans lequel il s'inscrit plus long⁷⁴. Fortes de ce constat, le critère de la prévisibilité paraît selon elles plus adapté que celui de l'imminence temporelle s'agissant des affaires climatiques⁷⁵. D'autres affaires permettent de soutenir ce propos et confirment la seule nécessité que les autorités connaissent la haute probabilité de la survenance du risque⁷⁶ – ce qui fait peu de doute en matière de crise climatique.

La notion de prévisibilité est connue en matière environnementale. En effet, tant le principe de prévention que le principe de précaution – qui présentent une parenté certaine, mais préconisent tous deux une attitude distincte face aux risques⁷⁷ – consacrent cette exigence. Se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure l'exigence d'imminence doit, en matière environnementale, être appréhendée à l'aune de ces principes.

B. *Le recours aux principes de précaution et de prévention*

D'autres auteurs, notamment Frédéric Sudre, se sont penchés sur le rôle que sont susceptibles de jouer les principes de précaution et de prévention dans le cadre des obligations positives en matière environnementale, en particulier en lien avec les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁸.

Pour rappel, le principe n° 15 de la Déclaration de Rio précise que « [p]our protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir

⁷⁴ J. BELL-JAMES et B. COLLINS, *op. cit.*, p. 219.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 219 et s.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 220.

⁷⁷ Voy. *infra*, II, B.

⁷⁸ À noter que la Cour constitutionnelle allemande a également eu recours au principe de précaution dans le cadre de son arrêt relatif à la loi sur le climat : Cour constitutionnelle allemande, BvR 2656/18, 24 mars 2021, §§ 244 et s. Selon Felix Ekardt et Katharine Heyl, « [n]ow, cumulative, uncertain and long-term impairments of fundamental rights also have to be considered. This is compelling because, in the case of imminent irreversible damage, fundamental rights cease to exist. This is precisely what the court recognizes » (F. EKARDT et K. HEYL, « The German constitutional verdict is a landmark in climate litigation », *Nature Climate Change*, 2022, vol. 12, p. 698).

la dégradation de l'environnement»⁷⁹. Le principe de prévention implique quant à lui un risque environnemental connu ou certain⁸⁰.

Frédéric Sudre relève que «[l]e jeu des obligations positives permet [...] de sanctionner l'inertie des pouvoirs publics et est donc parfaitement adapté à la logique du principe de prévention comme du principe de précaution»⁸¹. S'agissant tout d'abord du principe de prévention, plusieurs auteurs démontrent qu'il est déjà présent dans la pratique de la Cour «dans sa composante obligation d'adopter des mesures préventives»⁸². Paul Baumann rappelle à cet égard que le principe de prévention en matière environnementale implique une connaissance des risques⁸³. Aussi, la jurisprudence *Osman* s'inscrit-elle dans la notion de prévention, en exigeant «un degré certain de certitude scientifique eu égard au lien de causalité entre le danger présumé et l'atteinte au droit individuel»⁸⁴.

Comme le rappelle Frédéric Sudre, le principe de précaution⁸⁵ fait quant à lui son apparition dans la jurisprudence de la Cour européenne avec l'affaire *Tatar*⁸⁶. La Cour y admet qu'un risque hypothétique peut suffire pour admettre une violation des obligations positives⁸⁷. La Cour relève en effet que «le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique»⁸⁸. Elle confirme ensuite cette approche dans l'affaire *di Sarno*

⁷⁹ Dans le même sens, l'article 3, n° 3, 2^e phrase, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 dispose que «l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de [...] mesures» lorsqu'il y a un «risque de perturbations graves ou irréversibles». Pour une définition du principe de prévention, voy. A. WIERSEMA, «The precautionary principle in environmental governance», in D. Fisher (dir.), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Edward Elgar, Northampton (Massachusetts), 2022, pp. 362 et s.

⁸⁰ P. BAUMANN, *op. cit.*, p. 122.

⁸¹ Fr. SUDRE, *op. cit.*, p. 1040.

⁸² *Ibid.*, p. 1041. Voy. également C. HERI, *op. cit.*, p. 13.

⁸³ P. BAUMANN, *op. cit.*, p. 246.

⁸⁴ Voy. É. LAMBERT ABDELGAWAD, «Le principe de précaution dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme», in H. Ruiz-Fabri et L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 16, Société de législation comparée, Paris, 2009, p. 510.

⁸⁵ Voy. H. KELLER et C. HERI, «The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR», *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, p. 167.

⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009; P. BAUMANN, *op. cit.*; Fr. SUDRE, *op. cit.*, p. 1043.

⁸⁷ Fr. SUDRE, *ibid.*, p. 1043.

⁸⁸ *Tatar c. Roumanie*, préc., § 109.

où elle se réfère à des «risques potentiels»⁸⁹. Dans l'affaire *Folkman*⁹⁰, la Cour évoque «le degré de probabilité de survenance d'un dommage». Selon Frédéric Sudre, «la Cour se situe là dans un entre-deux – 'prévention renforcée' ou 'précaution atténuée' – dès lors que le risque doit être probable, ce qui est 'moins' qu'un risque certain et immédiat, mais 'plus' qu'un risque hypothétique»⁹¹.

En résumé, on comprend donc, sur la base de ce qui précède, que le principe de prévention joue d'ores et déjà un rôle important dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il ait ou n'ait pas – selon les cas – été thématiquement explicitement. Si le principe de précaution a, quant à lui, fait récemment son apparition dans la pratique de la Cour, il est, à notre sens, appelé à jouer un rôle important en matière environnementale – et notamment climatique⁹²: ce dernier est en effet susceptible de combler des lacunes en matière de protection des droits humains dans la mesure où il permet de renoncer à l'exigence de certitude scientifique quant à l'existence du risque d'atteinte et, partant, de réduire le niveau d'exigence en matière de preuve⁹³.

III. L'appréhension des affaires climatiques suisses par la Cour européenne des droits de l'homme

L'analyse qui précède nous a permis d'arriver à plusieurs constats: dès lors que l'examen du statut de victime ne peut être effectué indépendamment de l'étendue des obligations en cas d'inaction des autorités⁹⁴, il est nécessaire de

⁸⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *di Sarno e.a. c. Italie*, 10 janvier 2012.

⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Folkman e.a. c. République tchèque*, 10 juillet 2006.

⁹¹ Fr. SUDRE, *op. cit.*, p. 1043.

⁹² Dans le même sens, voy. C. HERI, *op. cit.*, pp. 13 et s.

⁹³ M. MALAIOLLO, «Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights», *Netherlands International Law Review*, 2021, pp. 143 et s. Voy. également HUMAN RIGHTS CENTRE, FACULTY OF LAW AND CRIMINOLOGY, GHEENT UNIVERSITY, «Submission of written comments by third-party intervener in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (Application no. 53600/20)», 30 novembre 2022, § 3.3. et les références citées, disponible sur https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2023/01/53600_20_GC_OBS_P3_Ghent_University_30_11_22.pdf. À noter finalement qu'une partie de la doctrine considèrerait, déjà en 2009, que le principe de précaution semble voué à absorber le principe de prévention dont la portée est plus limitée; voy. A. TROUWBORST, «Prevention, precaution, logic and law – The relationship between the precautionary principle and the preventative principle in international law and associated questions», *Erasmus Law Review*, 2009/02, pp. 105 et s.

⁹⁴ E. SCHMID et V. BOILLET, *op. cit.*, § 13.

discuter la portée, en matières environnementale et climatique, des obligations positives se déduisant notamment des articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en ressort la nécessité d'évaluer la responsabilité de l'État en fonction du *risque* d'atteinte aux droits humains des requérants.

S'agissant de l'évaluation du risque, la doctrine a pu identifier que la jurisprudence européenne recourt à différents critères : selon les cas, la Cour européenne applique – sans le mentionner expressément – le principe de prévention et conditionne ainsi la responsabilité de l'État à la présence d'un risque scientifiquement avéré et imminent, alors que dans d'autres cas, rares à ce jour, elle se fonde sur le principe de précaution pour prendre en compte les risques potentiels, soit ceux qui impliquent des dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitudes scientifiques ou techniques.

Concernant le risque et son imminence, les deux affaires suisses présentent certaines distinctions : les Aînées font valoir différentes facettes des risques liés au réchauffement en démontrant non seulement que les étés en Suisse sont d'ores et déjà devenus plus chauds⁹⁵, mais également que le réchauffement a déjà entraîné des atteintes effectives à leur santé⁹⁶. En ce sens, elles invoquent des atteintes passées et en cours. Parallèlement, elles font valoir des risques futurs pour leur santé et leur vie en raison des chaleurs qui vont continuer à augmenter et des impacts futurs qu'elles vont non seulement subir elles-mêmes, mais que vont également subir toutes les femmes âgées⁹⁷. Les requérantes se réfèrent ici à un risque futur.

Les activistes pour le climat, quant à eux, font valoir un risque futur qui sous-tend leurs actes expressifs et qui vient par ce biais justifier la commission d'illégalismes, soit qui fonde à leurs yeux une possibilité d'invoquer un état de nécessité. Ils justifient en effet leur manifestation par la nécessité de mettre un

⁹⁵ « L'État défendeur (ci-après le défendeur) admet que les étés de 2003, 2015, 2018 et 2019 ont été les quatre étés les plus chauds mesurés en Suisse » (AÎNÉES POUR LE CLIMAT, § 1^{er} du recours déposé à la Cour européenne des droits de l'homme le 26 novembre 2020, disponible sur www.klimasenioren.ch/wp-content/uploads/2021/03/2020.11.20-Recours-a-%CC%80-la-CEDH.pdf).

⁹⁶ « Les requérantes 2 à 4 ont déjà souffert de maladies liées à la chaleur et elles continuent d'en souffrir comme le montrent leurs certificats médicaux » (*ibid.*, § 7). Voy. également les observations écrites adressées à la Grande Chambre, §§ 8 et s., disponibles sur https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2022/12/221202_53600_20_Observations_GC_KlimaSeniorinnen_and_others_v_Switzerland.pdf.

⁹⁷ « La santé et la vie des requérantes ont été, sont et seront menacées par les périodes de forte chaleur qui reviennent toutes les quelques années et dont il est prévu que la fréquence augmente » (AÎNÉES POUR LE CLIMAT, § 13 du recours déposé à la Cour européenne des droits de l'homme le 26 novembre 2020, préc.).

terme aux investissements dans les énergies fossiles qui participent au dérèglement climatique et à l'inaction des autorités suisses face à ces acteurs privés grands émetteurs. En ce sens, ils font valoir que leur manifestation se justifie par la nécessité de dénoncer l'inaction en matière climatique et invoquent donc un risque futur d'atteinte à leurs droits à la santé et la vie susceptible de toucher l'entier de la population⁹⁸.

Fortes des atteintes qu'elles dénoncent, ces deux affaires sont donc particulièrement pertinentes sous l'angle de l'évaluation du risque. Elles permettent en effet de relever qu'en matière climatique, différents types d'atteintes sont dénoncés et qu'il appartient à la Cour européenne de les appréhender systématiquement, mais de manière différenciée, et non uniquement au travers du prisme temporel et du résultat imminent.

A. *L'identification des atteintes dénoncées*

1. Les dommages passés

Il s'agit ici de l'un des aspects de l'affaire des *Aînées* en ce sens qu'elles font valoir, comme on l'a vu, des atteintes à la santé et à la vie non seulement individualisées, mais surtout déjà subies. Elles démontrent en effet dans leur requête qu'«elles ont souffert et continuent de souffrir personnellement de maladies liées à la chaleur»⁹⁹ et mettent en avant des décès déjà survenus¹⁰⁰. Cet aspect de leur requête ne soulève, au regard de l'exigence d'imminence, aucune difficulté.

2. Les risques futurs prévisibles et imminents

Les Aînées développent, parallèlement, un argumentaire fondé sur les risques futurs liés au dérèglement climatique. Dans leur recours, elles démontrent, preuves scientifiques à l'appui, qu'une limitation de «l'augmentation de température à 1,5 °C au lieu de 2 °C réduirait substantiellement les risques et les impacts, y compris la limitation du risque de morbidité et de mortalité liée à

⁹⁸ LAUSANNE ACTION CLIMAT, requête déposée le 4 novembre 2021 auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 9.

⁹⁹ Voy. AÎNÉES POUR LE CLIMAT, § 33 du recours déposé à la Cour européenne des droits de l'homme le 26 novembre 2020, préc.

¹⁰⁰ AÎNÉES POUR LE CLIMAT, *Observations on the facts, admissibility and the merits*, décembre 2022, § 67, disponibles sur https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2022/12/221202_53600_20_Observations_GC_KlimaSeniorinnen_and_others_v_Switzerland.pdf.

la chaleur»¹⁰¹ et que «si tous les États de la planète prenaient les mêmes engagements climatiques inadéquats que la Suisse, un pays riche et développé, la température moyenne augmenterait de 3 °C»¹⁰². Finalement, elles constatent qu'une limitation des «températures à 1,5 °C au lieu des 3 °C vers lesquels la Suisse se dirige actuellement empêchera au moins 1.550 décès liés à la chaleur par année – principalement chez les femmes âgées comme les requérantes»¹⁰³. C'est également un tel argumentaire que les activistes pour le climat mobilisent pour fonder leurs actes de désobéissance civile comme exposé ci-dessus¹⁰⁴.

L'analyse de l'argumentation des requérantes et des activistes permet d'admettre qu'ils se réfèrent, sans le nommer expressément, au principe de précaution. Ils se fondent en effet sur des faits scientifiques qui permettent de démontrer l'impact, en termes d'atteintes à la santé et de décès liés à la chaleur, du passage de 1,5 °C à 3 °C. Une incertitude demeure toutefois quant au rôle que la Suisse est susceptible de jouer : si les requérantes démontrent que la Suisse n'a d'ores et déjà pas respecté les objectifs d'étapes qui s'imposent à elle, ils ne peuvent pas démontrer que la Suisse ne va effectivement rien faire de plus dans les années à venir. En ce sens, il reste une infime probabilité que la Suisse agisse à l'avenir et limite le réchauffement. Pour ce faire, elle doit toutefois prendre des mesures dès aujourd'hui.

En résumé, il est raisonnable de considérer que le principe de précaution est l'instrument approprié pour définir les obligations qui s'imposent à la Suisse, dès lors que les risques liés à la crise climatique sont avérés, mais que des incertitudes persistent non pas eu égard aux preuves scientifiques de ces risques, mais en ce qui concerne la capacité de la Suisse à y faire face rapidement et efficacement.

B. *Le recours à la théorie de la synergie des sources*

La Cour européenne des droits de l'homme a régulièrement recours à des instruments externes à la Convention pour appuyer son raisonnement¹⁰⁵. En l'occurrence, la Cour a déjà eu l'occasion de recourir à des textes relevant du

¹⁰¹ AÎNÉES POUR LE CLIMAT, § 16 du recours déposé à la Cour européenne des droits de l'homme le 26 novembre 2020, préc.

¹⁰² *Ibid.*, § 21.

¹⁰³ *Ibid.*, § 23.

¹⁰⁴ Ceux-ci se réfèrent d'ailleurs expressément à la requête des Aînés du 4 novembre 2021, § 15, p. 7.

¹⁰⁵ P. BAUMANN, *op. cit.*, pp. 194 et s.

droit international de l'environnement tels que la Déclaration de Rio ou la Convention d'Aarhus dans plusieurs de ses arrêts¹⁰⁶. En matière environnementale, il paraît particulièrement adapté de s'inspirer de ce procédé, en ce sens qu'il permet de mieux appréhender la portée de la Convention qui ne s'applique que par ricochet en matière environnementale.

S'agissant des cas qui nous intéressent, on observe que la Cour a recouru à ce procédé dans ses questions aux parties dans l'affaire des *Aînés*. Elle s'est en effet adressée aux parties en ces termes : « En particulier, compte tenu de sa marge d'appréciation dans le domaine de l'environnement, l'État défendeur s'est-il acquitté des obligations qui lui incombent en vertu des garanties de la Convention invoquées, lues à la lumière des dispositions et principes pertinents, tels les principes de précaution et d'équité intergénérationnelle, contenus dans le droit international de l'environnement ? »¹⁰⁷

À notre sens, les éléments qui précèdent permettent de démontrer la nécessité d'appréhender systématiquement les affaires environnementales au regard des principes de prévention et de précaution tels que définis par le droit international environnemental.

En matière climatique, le recours au principe de précaution est particulièrement judicieux, en ce sens qu'il permet d'englober les risques pour la santé et la vie qu'implique le dérèglement climatique malgré l'incertitude quant aux mesures qui peuvent encore être prises par l'État incriminé pour les réduire.

C. L'application du principe de précaution dans une perspective intergénérationnelle

Si le principe de précaution permet, selon nous, de fonder une obligation d'agir pour protéger la santé et la vie contre le changement climatique, il ne permet, en revanche, pas de préciser suffisamment la portée de cette responsabilité en raison du cadre temporel spécifique des risques climatiques. C'est

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 201 et s.

¹⁰⁷ Question 2.3 adressée aux parties par la Cour européenne des droits de l'homme, disponible sur <https://mail.greenpeace.ch/d/d.pdf?o00b6hr00bblx400d0000lh000000000btskqp-b5iyjvqq23560yyrebhqq1932>. La Grande Chambre de la Cour s'est quant à elle référée à la notion de « prévention efficace » et au principe « d'interprétation harmonieuse de la Convention » avec notamment la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (qui consacre le principe de précaution) dans ses questions 5.1, 5.2 et 5.3.2 aux parties, disponibles sur https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads/2023/01/220912_53600_20_LF21.10_Questions_aux_parties.pdf.

en ce sens que la perspective intergénérationnelle invite à des développements jurisprudentiels réellement en adéquation avec les enjeux soulevés.

Ainsi, si l'on admet que la Suisse a l'obligation de prendre des mesures, il convient encore de fixer leur horizon temporel. C'est sous cet angle que la perspective intergénérationnelle prend tout son sens. En effet, comme l'a relevé la Cour constitutionnelle allemande¹⁰⁸, la crise climatique implique un arsenal de mesures dont la charge en termes d'atteintes aux libertés doit, pour répondre au principe de proportionnalité¹⁰⁹, être répartie entre les générations. En d'autres termes, le principe de précaution doit, conformément au principe de proportionnalité, être lu à l'aune du principe d'équité intergénérationnelle.

Or, les Aînées, sans le développer expressément, ont recours à un tel argumentaire. Elles relèvent en effet que la Suisse doit drastiquement limiter sa production de CO₂ pour respecter ses engagements¹¹⁰. Elles soulignent par ailleurs le fait que «retarder les réductions d'émissions rendra plus difficile et plus cher de rester en dessous de 1,5 °C, cela augmentera en outre les dommages et les risques pour les requérantes. Retarder les mesures nécessaires engendre aussi un plus grand risque de dépasser des seuils critiques également nommés 'points de bascule', lesquels peuvent 'provoquer des changements significatifs à l'état du système climatique, ce qui est généralement considéré comme irréversible' »¹¹¹.

La Cour européenne semble sensible à cette approche dès lors qu'elle a précisément demandé aux parties si «l'État défendeur s'est [...] acquitté des obligations qui lui incombent en vertu des garanties de la Convention invoquées, lues à la lumière des dispositions et principes pertinents, tels les principes de précaution et d'équité intergénérationnelle, contenus dans le droit international de l'environnement »¹¹².

¹⁰⁸ Cour constitutionnelle allemande, aff. BvR 2656/18, préc., §§ 200 et s.

¹⁰⁹ Selon la Cour allemande, l'exigence découlant du principe de proportionnalité impose de réaliser la neutralité climatique avec prévoyance en répartissant sa charge dans le temps d'une manière qui ménage les droits fondamentaux (*ibid.*, § 243).

¹¹⁰ AÎNÉES POUR LE CLIMAT, § 16 du recours déposé à la Cour européenne des droits de l'homme le 26 novembre 2020, préc.

¹¹¹ *Ibid.*, § 31. Étant précisé que ces mêmes faits scientifiques sont également mobilisés pour justifier l'action des activistes du climat dans le cas du Crédit Suisse; voy. Ch. BETTEX *et al.*, *op. cit.*, pp. 106-109.

¹¹² Question 2.3 adressée aux parties par la Cour européenne des droits de l'homme, préc. La Grande Chambre a quant à elle fait référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande qui développe l'aspect intergénérationnel dans ses questions aux parties (Question 5.3.3 adressée aux parties par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, préc.).

Conclusion

Tant l'affaire des *Aînés* que celle des activistes de *Lausanne action climat* vont donner l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme de systématiser son appréhension du risque en matière environnementale en imposant et en théorisant le recours aux principes de prévention et de précaution et, lorsqu'il est plus particulièrement question de dommages intervenant sur le long terme – notamment en matière climatique –, d'adopter une perspective intergénérationnelle. Partant, si la Cour suit ces raisonnements, elle pourrait alors non seulement prendre de la distance face à l'affaire *Osman*, mais aussi donner un signal fort aux juridictions nationales qui ne pourront plus se retrancher derrière le critère du danger imminent et son appréciation purement temporelle pour écarter la prise en compte des effets de la crise écologique en cours. Ce faisant, la Cour renforcerait de manière substantielle la protection des droits humains en tant qu'ils sont liés à la préservation de l'environnement. Elle donnerait aussi une forme de reconnaissance et de légitimité aux membres de la société civile qui œuvrent à lutter contre les effets de la crise écologique. Enfin, et pour conclure, elle permettrait, comme le relève Matthias Petel, à cette notion juridique de sortir « transformée de sa rencontre avec le phénomène diffus du changement climatique »¹¹³.

¹¹³ M. PETEL, « La désobéissance civile climatique : menace pour l'État de droit ou stratégie légitime face à l'urgence ? », *J.L.M.B.*, 2020, p. 1056.

La Revue est disponible en version numérique sur les sites :

www.lexnow.io



LEXNOW

www.cairn.info



CAIRN . INFO

MATIÈRES À RÉFLEXION

Conditions d'abonnement pour 2023

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 268 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 308 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 348 € TVAC

Abonnement électronique : 214 € TVAC

Prix au numéro : 70 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T. : +32 (0)10 42 02 93

F. : +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2023/10.622/4

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

Le regard d'un ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Strasbourg

Entretien avec *Robert Spano* 613

Le rapatriement des enfants français de Syrie devant les organes internationaux de protection des droits de l'homme : symphonie ou polyphonie ?

Analyse croisée des constatations du Comité des droits de l'enfant, 8 février 2022, *F.B. e.a. c. France*, et du Comité contre la torture, 16 novembre 2022,

L.V. et consorts c. France, et de l'arrêt *H.F. e.a. c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 septembre 2022

par *Marion Larché* 629

La protection des civils en conflits armés : quel apport de la Cour européenne des droits de l'homme ?

par *Jelena Aparac et Julien Antouly* 645

L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses

par *Véronique Boillet et Clémence Demay* 675

Responsabilité des États dans le traitement judiciaire des violences domestiques : les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme

par *Catherine Le Magueresse* 699

Égalité et genre en politique

L'avenir incertain des actions positives en matière électorale

par *Elisa Crosset Dechany* 721

CHRONIQUE

Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux

Chronique de jurisprudence (2022)

par *L'Institut de droit européen des droits de l'homme* 747

JURISPRUDENCE

Les limites de l'ingérence publique dans le domicile

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Sabani c. Belgique*, 8 mars 2022)

par *Sophie Cuykens* 803

Le seuil de gravité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, un standard genré ? – Retour sur la jurisprudence relative à la stérilisation forcée

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Y.P. c. Russie*, 20 septembre 2022)

par *Lorraine Dumont* 827

L'affaire *Mortier contre Belgique*, ou les errements pratiques de l'euthanasie

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Mortier c. Belgique*, 4 octobre 2022)

par *Xavier Bloy* 853

Bibliographie 873

Revue des revues 889

Informations diverses 895