

Droit et culture

Recueil de textes à l'occasion
des 75 ans de Pierre Moor

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

EDITEURS:

Anne-Christine Favre

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

Alexandre Flückiger

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté
de droit de l'Université de Genève

L'ouvrage est publié avec l'appui du fonds FER
de la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de
Lausanne.

Impressum

Septembre 2015

Ouvrage tiré à 200 exemplaires

Imprimé par NB Media

Graphisme: Léonor Tanquerel

Table des matières

Avant-propos.....	3
Mal bâti	9
Un coup de pouce à la <i>Street photography</i> (qui en a bien besoin)	19
Entre nature et culture	23
Un nouveau passeport pour instruments de musique: une <i>Sonatine bureaucratique</i> ?	35
Du paysage cultivé à la culture du paysage	65
«L'allocation de ressources rares est donc par essence inégalitaire»	73
Une chambre parlementaire supplémentaire?	77
Kulturförderung als Staatsaufgabe und ihre Finanzierung	83
Le pot-au- <i>phở</i>	87
Quelques propos autour de la «norme d'application directe»	89
Von der Kultur der Rechtsetzung	97
(Agriculture)	111
Du «bien-être mental de la population» à l'épanouissement culturel par les quotas!	119
Le latin, trait d'union entre la culture et le droit	139
La culture des jeunes pousses sous la loupe	143
<i>Pacta sunt servanda</i> s'applique-t-il au canton de Genève? ...	149
Die Kultur des Schweigens	157

Entre nature et culture

Anne-Christine Favre

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

1. Culture versus nature: un nouveau «*jus naturalis*»?

«En santé, il y a un lien entre nature et culture», déclare l'anthropologue Margaret LOCK¹. L'auteure s'est attachée à démontrer l'influence de l'environnement, au sens large, sur l'expression du programme génétique humain et se trouve à l'initiative du concept de «biologie localisée», en attirant l'attention sur la complexité des facteurs environnementaux et culturels qui influencent les gènes. Elle plaide pour que l'on considère mieux les connaissances issues des sciences sociales dans l'élaboration des politiques de santé en vue de mieux préserver les citoyens et les générations à venir.

Sous le titre «Par-delà nature et culture», Philippe DESCOLA² s'attache à démontrer que l'occident moderne, par son naturalisme (approche qui admet le rattachement des humains aux êtres non humains par des continuités matérielles, mais les en sépare par l'ap-

1 Margaret LOCK est anthropologue à l'Université McGill de Montréal. Interview dans le journal «Le Temps», du 3 juin 2015.

2 Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, 2005, p. 9 ss.

titude culturelle) procède à ce qu'il appelle une «apartheid» entre nature et culture, soit à une dichotomie entre la diversité culturelle et l'université naturelle, au risque de perpétuer l'opposition entre les peuples.

Nature et culture sont deux concepts qui fonctionnent en couplage; dès le XVII^{ème} siècle où l'on nourrit l'espoir de pouvoir décrypter les contours rationnels³ des éléments non humains et où les connaissances scientifiques et les découvertes ont renforcé l'idée de Nature, vue comme un sujet d'observation de prédilection; puis, dès le XX^{ème} siècle, où s'en est suivie une réflexion morale sur les rapports de l'homme à son environnement naturel⁴ et sur la question des droits de la nature.

Le terme «culture» vient du latin «*cultura* issu de *colere, cultum*», soit «l'action de cultiver la terre, la nature». La culture a donc une relation intrinsèque avec la nature; il s'agit pour l'homme de développer les outils qui lui permettent de construire sa transition de nature à culture; cette définition inclut les savoirs, les croyances, les arts, les mœurs, le droit, etc.⁵; dans une perspective ethnographique, cette approche se confond avec celle de «civilisation».

Par extension, culture signifie aussi l'ensemble des connaissances acquises qui permettent de développer un sens critique, un goût, un jugement⁶; culture est alors opposée à nature, dans cette acception, nature

3 Philippe DESCOLA (cité en note 2), p. 106.

4 Luc FERRY, *Le nouvel ordre écologique, L'arbre, l'animal et l'homme*, Paris 1992, p. 34 ss.

5 Edward Burnet TYLOR (1871) cité par DESCOLA (note 2), p. 111

6 Dictionnaire «le Grand Robert de la langue française», éd. électronique.

signifiant les acquis, ce qui est inné chez les êtres vivants, ou, pris dans un sens plus global, l'environnement que l'on nomme désormais « biosphère ».

C'est dans l'une ou l'autre de ces acceptions que nous allons envisager de traiter de « culture » dans les lignes qui suivent, en ce sens que la première fait référence à la norme, produite par le système culturel et juridique d'une société, tandis que la seconde permet d'approcher le rôle particulier du juge et de l'ensemble des acteurs de la communauté juridique, dans une situation donnée, au regard des connaissances nécessaires à traiter le cas.

La nature est un objet de régulation particulier, dans notre système juridique occidental, parce qu'elle échappe à la notion de « sujet de droit », (elle peut certes être représentée par l'intermédiaire d'organisations à but idéal dans certaines situations), et que c'est essentiellement par le biais de mécanismes compensatoires tirés de la responsabilité de l'homme envers la préservation de l'équilibre écologique, comme de la solidarité envers les générations futures, que sa défense est prévue.

Sans vouloir reprendre le vieux débat, anthropologique ou philosophique, entre nature et culture, notre propos consistera plutôt à nous demander si – à l'aune de quelques exemples de jurisprudence – , la relation homme–nature n'est pas en train de devenir une évidence universelle, une urgence d'action devant les atteintes graves portées à l'environnement, permettant de transcender les textes, au même titre que l'aurait fait le « *jus naturalis* », dont certains affirment le retour en grâce⁷.

7 Voir notamment les œuvres de Robert Peter GEORGE, Université

2. De la protection des ressources naturelles comme «principe fondamental»

Le droit positif des pays de l'occident moderne fixe au même rang un ensemble d'intérêts humains, sociaux, économiques et environnementaux. Ces intérêts se sont construits et greffés au fil du temps en fonction du contexte socio-politique, lui-même influencé par celui des connaissances. En droit suisse, on a inscrit peu à peu les intérêts de la protection de la nature, de la forêt, des eaux, et de l'environnement, au sens large, dans la Constitution fédérale⁸.

Les dispositions relatives à la protection de l'environnement occupent le même rang que celles consacrées aux autres tâches de la Confédération, telles celles liées à la politique énergétique, qui tend à promouvoir les énergies renouvelables (art. 89 Cst.). Il n'en est pas partout ainsi, à l'image de la Bolivie, qui a inscrit «le droit à l'eau» en tête de liste des droits fondamentaux, en tant que droit «le plus fondamental»⁹. Quelques décisions de la Cour constitutionnelle¹⁰ ont fait état de sa portée en tant que droit directement lié à la vie, à l'alimentation et la santé, raison pour laquelle l'État a l'obligation de garantir l'approvisionnement en eau de manière permanente à travers ses

de Princeton et Joaquin ALMOGUERA CARRERES, Un droit «naturel» postmoderne? in: *revue Catholica*, N° 116, 2012, édition électronique.

8 Art. 73 à 78 Cst.

9 Constitution bolivienne de 2009: Art. 373.- I. L'eau est un droit essentiel à la vie et se trouve sous la souveraineté du peuple. L'État doit promouvoir l'utilisation et l'accès à l'eau basée sur des principes de solidarité, de complémentarité, de réciprocité, d'équité, de diversité et de durabilité.

10 Cour constitutionnelle bolivienne: SC n° 0035-2014 -AAC (03-01) Paragraphe III.2.

services. Ce droit peut être invoqué individuellement ou collectivement¹¹.

C'est dire que le constituant ou le législateur pourraient décider de hiérarchiser les valeurs. Cela ne simplifierait pas nécessairement le travail du praticien; il s'agirait toujours de déterminer la portée d'une disposition qui accorde un poids supérieur à un intérêt par rapport à d'autres; mais le travail de pesée des intérêts s'en trouverait néanmoins facilité. On trouve certes quelques exemples d'une pesée des intérêts qualifiée par le législateur, plus ou moins ouvertement affirmée dans les textes (le meilleur exemple est l'art. 6 al. 2 de la Loi sur la protection de la nature et du paysage¹²). En droit de l'environnement, l'article 73 Cst., en tant qu'il vise à maintenir la capacité de renouvellement des ressources naturelles en équilibre avec leur utilisation par l'homme¹³, joue un rôle de «super-principe» ou de principe fondamental. Sa place, en tête de la section consacrée à l'environnement et l'aménagement du territoire, atteste en tous les cas de son caractère général et transversal. Il indique l'intérêt que le constituant porte désormais à la préservation des ressources naturelles en fixant des limites à l'autonomie des droits d'exploitation individuels. On lui reproche le plus souvent son caractère non directement applicable et non justiciable; plusieurs auteurs démontrent cependant que, pris dans un sens restreint à la préservation des ressources (par opposition à une portée tridimensionnelle), il est directement applicable et jus-

11 Cour constitutionnelle bolivienne : SC n° 0052/2012 du 5 avril.

12 RS 451 ; LPN.

13 Art. 73 Cst : « La Confédération et les cantons oeuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain ».

ticiable¹⁴. C'est en tous les cas la grille de lecture qu'en donne le juge, au gré de jurisprudences récentes, dont l'une d'entre elles sera analysée ci-après.

La «culture» a affaire avec la nature; désormais celle-ci ne «va plus toute seule».

3. Protection de la nature et culture du juge

3.1 Le pouvoir créateur du juge

En Suisse, c'est donc par une pesée des intérêts en présence, au stade d'une situation concrète (plan, décision), qu'il convient de décider si les intérêts de la nature ou du paysage priment ceux de la liberté économique ou de l'agriculture, par exemple. Indépendamment de ces conflits entre des intérêts portant sur un objet différent, on peut se trouver en présence de conflits d'usages, dans le contexte de l'utilisation d'une même ressource. L'eau, par exemple, peut être utilisée pour produire de l'électricité, de façon à respecter les objectifs en termes d'énergie renouvelable fixés par la Loi sur l'énergie^{15 16} et la stratégie énergétique de la Confédération; cet usage peut porter atteinte à la préservation des propriétés écosys-

14 Raphaël MAHAIM, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire, Le mitage du territoire à l'épreuve du droit: utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir*, Thèse Fribourg, 2014, p. 91 ss; Alexandre FLÜCKIGER, *Le développement durable en droit constitutionnel suisse*, in: *DEP* 2006, p. 471 ss.

15 RS 730.0; LEne.

16 Voir l'article 1 al. 3 LEne: «La production annuelle moyenne d'électricité provenant d'énergies renouvelables doit être augmentée, d'ici à 2030, de 5400 GWh au moins par rapport à la production de l'an 2000. Le Conseil fédéral peut prendre en considération dans ce calcul une part d'électricité produite à l'étranger au moyen d'énergies renouvelables, à hauteur de 10 %».

témiques de l'eau, que le législateur invite à prendre en compte, par une augmentation obligatoire des débits résiduels d'un cours d'eau, lorsque divers critères sont remplis, ou facultative, au gré d'une pesée des intérêts (art. 31 al. 2 et 33 de la Loi fédérale sur la protection des eaux¹⁷).

Une affaire récente montre combien délicate est l'opération de confrontation d'intérêts de rangs constitutionnels égaux. Elle concerne la construction d'une petite centrale hydroélectrique, par la société Kraftwerke Obergoms AG, qui souhaitait utiliser le courant de deux torrents, dont l'un est appelé Gonerli. Le Gonerli est encore intact et présente un intérêt paysager; il n'est en revanche pas inventorié comme biotope. Une organisation de défense des intérêts de la nature plaide que du seul fait de la rareté d'un tel cours d'eau, on devait le ménager et interdire son exploitation. Quand bien même cette caractéristique n'invite pas à elle-même à des mesures, au regard de la LEaux, le Tribunal fédéral a considéré, que compte tenu de l'apport limité de la centrale à la production d'électricité en Suisse, il ne se justifiait pas de procéder au captage du torrent Gonerli, encore intact¹⁸; pour cela, il a procédé à une pesée globale des intérêts (sur la base de l'art. 33 LEaux). Cette décision de justice est déjà conséquente, en tant qu'elle donne à la notion de «rareté» une portée significative, qui montre que la perte des ressources naturelles ou des qualités de celles-ci, doit inviter à minimiser les atteintes, voire y renoncer; elle le fait en référence à une échelle de valeurs telles que la beauté du paysage – protégé au niveau cantonal – , le faible apport de l'installation en termes d'énergie par rapport aux objectifs nationaux, et le fait qu'il s'agirait

17 RS 814.20; LEaux.

18 ATF 140 II 262, c. 8.

d'une première atteinte à ce site. Elle est probablement encore plus considérable si l'on observe que l'exploitante faisait valoir que sans l'apport de ce courant, son exploitation ne serait pas viable; pour le Tribunal fédéral, cette hypothèse, même si elle devait être avérée, ne change pas le jugement de valeurs à opérer en l'espèce, l'exploitante devant adapter son installation en fonction des intérêts de la nature à préserver¹⁹. Cet arrêt illustre – comme d'autres, en la matière²⁰ – les limitations que les intérêts de la nature peuvent poser aux objectifs énergétiques d'une part, mais aussi à la liberté du commerce et de l'industrie. En l'absence d'une hiérarchie des intérêts entre les objectifs fixés en matière d'énergies renouvelables et la protection de la nature, le Tribunal fédéral considère qu'une installation telle celle en cause (qui bénéficie de la rétribution à prix coûtant du courant injecté) doit respecter les injonctions de la législation sur la protection de l'environnement. Cela revient à accorder une priorité aux intérêts environnementaux.

Dans de tout autres domaines, d'aucuns ont déjà montré en quoi l'interprétation d'un texte, même clair et en apparence rigide, peut inviter le juge à en atténuer les effets, lorsque son application conduirait à un résultat qui paraîtrait choquant selon les conceptions ou connaissances nouvelles de la société. Les constructions juridiques sont à cet égard diverses (abus de droit, arbitraire, présomptions, etc.). Il en a notamment été ainsi d'un jugement fameux en 1984, au cours duquel le Tribunal fédéral a admis le droit au divorce d'un époux dont la responsabilité dans la désunion était prépondérante, nonobstant le texte de l'ancien droit (art. 142 al. 2 aCCS) qui l'excluait

19 ATF 140 II 262, c. 8.4.4.

20 Voir notamment ATF 139 II 28, affaire *Misoxer*.

lorsque l'époux « moins coupable » s'y opposait; la Haute Cour a jugé qu'une séparation du couple depuis 15 ans permettait d'admettre une présomption de fait selon laquelle l'époux qui s'oppose au divorce a perdu toute volonté réelle de maintenir l'union et n'a plus d'intérêt digne de protection au maintien d'une union qui ne subsiste que sous son angle formel. Le Tribunal a justifié cette décision par « l'expérience de la vie »²¹.

3.2 Culture pragmatique face à l'universalité de la nature

Le droit n'est pas idéologique, mais repose sur des postulats, qui se transforment au gré des perceptions, en particulier des échelles de valeurs que la société reconnaît et donc de sa « culture ». Pierre MOOR a largement démontré que le postulat de MONTESQUIEU selon lequel « Les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²² ne correspond plus au rôle qui est le leur aujourd'hui. Le pouvoir créateur des juges dans la production des normes, dont ils déterminent le sens au gré de leur travail d'interprétation dans des situations concrètes, et dont ils précisent ou profilent également les échelles de valeurs en situation de conflits d'intérêts, est avéré. C'est ce que Pierre MOOR appelle la « micropolitique du droit » et que d'autres ont décrit comme « la dimension essentiellement interprétative du droit »²³ de l'Etat postmoderne.

Cette liberté, qui caractérise le droit post-moderne, souffre les critiques qui peuvent en découler; elle est décriée en raison de son pragmatisme et du paradoxe lié au fait qu'elle tend à régler, au cas par cas, des

21 ATF 108 II 503 ss c. 3 = JdT 1984 I 546 ss, p. 550.

22 Ronald WORKIN cité par Benoît FRYDMAN, *Le droit, de la modernité à la postmodernité*, Réseaux 88-90, 2000, p. 67-76, sp. 75.

23 Benoît FRYDMAN (cité en note 22), p. 73 ss.

questions fondamentales comme celles qui touchent aux problèmes de l'Humanité²⁴. Faut-il être mécontent de cette situation ou plutôt déplorer le manque de perspicacité – non nécessairement de l'action politique, mais plutôt de la communauté tout entière – en matière de protection de l'environnement ?

Qui, des juges ou du législateur, peut le mieux prendre en compte cette réalité ? Il est difficile d'y répondre. Si ce n'est par une question d'échelle : le spectre d'action d'une loi l'emporte, par son caractère général et abstrait, sur celui d'une décision de justice. Mais il est vrai que là aussi le droit nous réserve des surprises. En tous les cas en droit comparé. Le jugement, certes non encore définitif, rendu par un Tribunal civil de la Haye²⁵, qui vient bousculer un programme d'action de l'Etat néerlandais, en l'invitant à augmenter ses objectifs en termes de réduction des gaz à effets de serre, s'inscrit dans une autre logique que celle de la pure appréciation portée à l'occasion d'une situation concrète. Se défendant de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, ladite Cour a considéré qu'elle pouvait être saisie de questions de droit, à l'exclusion de questions politiques, même si ces questions exercent une portée qui concerne non seulement les personnes en litige, mais également les tiers (cons. E).

4. L'universalité de la nature et de la culture, vers un nouvel ordre public ?

Aujourd'hui, la finitude des ressources naturelles et la nécessité de préserver le noyau non renouvelable

24 Benoît FRYDMAN (cité en note 22), p. 75.

25 Jugement de la Rechtbank Den Haag (Civiel recht), du 24.06.2015, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, non encore définitif ; voir également notre avant-propos, dans le présent recueil, en note 11.

de la biosphère²⁶ sont des réalités qui s'imposent en tant que supports de vie, ce qui fait dire à certains que l'on va vers un nouvel ordre public! Ainsi, pour Jean-François Perrin, on peut voir, en parallèle au renforcement des droits fondamentaux, l'émergence d'un principe du droit à l'autonomie (le droit de choisir)²⁷, universel en ce sens que ce droit (dont les formes sont multiples) paraît peu à peu reconnu dans de nombreux pays, dans les textes légaux ou par la voie des juges. L'auteur poursuit en montrant que ces libertés se confrontent à de nouveaux impératifs d'un «nouvel ordre public»: le droit à l'autonomie est lié à la finalité de l'homme, plus particulièrement aux droits inaliénables et attachés à la *nature* du sujet humain²⁸; mais ce droit comme les autres droits fondamentaux peuvent être contrariés par l'impératif de prendre en compte les intérêts des générations futures, ceux de la planète, et montrent donc la finalité de la philosophie individualiste²⁹.

Ce nouvel ordre public positionnerait, dans l'échelle des valeurs, les biens environnementaux (ressources naturelles au sens large) dans une position particulière, au même titre que les «biens de police», en ce sens que leur portée serait en principe dominante dans la pesée des intérêts, lorsqu'un bien environnemental est menacé³⁰. Certes, à la différence des biens

26 Voir sur ces questions, dans le domaine climatique, Frédéric-Paul FIGUET, *Justice climatique et interdiction de nuire*, Genève 2014.

27 Voir à cet égard, Jean-François PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du «principe d'autonomie»*, Quid Juris, éd. Genève, Zurich, Bâle, 2013, p. 11 ss et 304 ss.

28 Jean-François PERRIN (cité en note 27), p. 315.

29 Ibidem, p. 318 ss.

30 Pour la portée de la notion de «bien de police» aujourd'hui,

de police, qui sont limités à des «valeurs morales», cette nouvelle approche non dénuée de responsabilité et de valeurs morales également, invite à des investigations dans le terrain des connaissances techniques et scientifiques: qu'il s'agisse de l'évolution des changements climatiques et de leurs mécanismes d'adaptation, de l'évolution de la biodiversité, des besoins de la nature, etc.

Culture est donc indissociablement liée à nature³¹, dans ce nouvel ordre public. Et, dans cette perspective, la culture tend à devenir aussi universelle que la nature. Le monde entier est informé de l'évolution des questions climatiques en même temps que des autres crises planétaires. Les mesures doivent suivre le même ordre de grandeur. Le jugement rendu à la Haye, dont il est question plus haut, observe un retentissement mondial. C'est donc que le droit, en tant qu'instrument d'une certaine justice, n'en finit pas d'interpeler et de se remodeler.

Ces constats, qui montrent la nécessaire universalité de la culture, et donc du droit qui lui est lié, sont suffisants pour nous éviter de dériver sur la question d'un «droit naturel postmoderne», même si il nous paraîtrait intéressant d'en approcher quelques aspects. Il y aura encore à dire sur la relation entre nature et culture.

voir Anne-Christine FAVRE, Cent ans de droit administratif, in: *RDS* 130 (2011) II, 227-330, sp. 269 ss.

31 Dans ce sens voir Martin LENDI, *Subtilitäten des Rechts*, Rechtskultur als Ausdruck der Verantwortung für den Lebensraum, Zurich, 1996, p. 125 ss, sp. 146.