



Cour européenne des droits de l'homme, *Verein KlimaSeniorinnen* et autres c. Suisse (Requête no. 53600/20)

25 novembre 2022, Tierce intervention au sens de l'article 44(3) du Règlement de la Cour

Evelyne Schmid et Véronique Boillet

(Il existe une traduction anglaise de ce document. Nous avons actualisé le document sur la base des nouvelles questions de la Grande Chambre. Disponible en ligne :

https://serval.unil.ch/en/notice/serval:BIB_DE71E9DD26AD)

Résumé :

- L'objet principal du litige est une omission litigieuse. Les faits relevant de la responsabilité de l'État concernent l'allégation d'une omission, par les organes étatiques, d'adopter des mesures suffisantes (et non pas les effets de cette omission alléguée à l'étranger).
- L'invocation d'une violation – qui constitue la première étape de l'évaluation du statut de victime – doit inévitablement passer par une analyse de l'obligation positive. Le droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite confirme qu'une allégation de violation par omission s'évalue en comparant les mesures prises avec celles requises par une obligation internationale. L'impact sur les requérantes de l'omission s'évalue dans un deuxième temps (v. § 20ss) et l'étendue des obligations doit être évaluée à l'aune des principes de précaution et de prévention.
- La Cour a déjà été appelée à évaluer les mesures prises par des législateurs nationaux ou à l'aune d'autres instruments internationaux pour interpréter les droits consacrés par la CEDH. A cet égard, les particularités du système constitutionnel suisse (démocratie semi-directe) ne sont pas susceptibles d'influencer la portée du principe de subsidiarité, ni l'éventuelle indication de mesures générales au regard de l'art. 46 CEDH.

1. Le 24 octobre 2022, le Président de la Grande Chambre nous a autorisées à présenter des observations à la Cour. Professeures à l'Université de Lausanne, nous exprimons ici nos avis personnels¹.
2. Notre intervention porte sur trois thématiques : La section I aborde l'objet du litige et la juridiction. La section II présente l'entrelacement des questions relatives à la recevabilité et au champ d'application matériel des articles 8 et 2 de la Convention et leur interprétation au regard des principes de précaution et de prévention. La section III vise à déterminer si les spécificités de la démocratie semi-directe en Suisse affectent les enjeux de subsidiarité et d'éventuelles mesures générales.

I. Object du litige, attribution et juridiction

3. En ce qui concerne les arts. 2 et 8 CEDH, l'objet du litige est l'allégation de non-respect de l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à protéger des menaces climatiques. En tant que les faits litigieux à attribuer à l'État concernent une allégation d'*omission* relevant de la responsabilité des organes étatiques suisses, notamment du législateur – et non pas les effets de cette omission (v. § 16) –, ils relèvent de la juridiction territoriale suisse. Les arguments soulevés par les requérantes en octobre 2021 sur les émissions à l'étranger illustrent que le cadre réglementaire actuel de l'État défendeur implique une empreinte très importante, mais il ne semble pas nécessaire d'aborder la problématique de la juridiction extraterritoriale étant donné que les faiblesses du cadre réglementaire qui sont alléguées émanent du législateur suisse et menacent des individus sur le territoire suisse.

¹ Pour de plus amples détails sur nos axes de recherche et nos publications, v. www.unil.ch/unisciences/evelyneschmid, www.unil.ch/unisciences/veroniqueboillet.



II. La nature de l'obligation en cause et ses conséquences sur la recevabilité

4. La relation complexe entre la reconnaissance des obligations positives d'une part et les possibilités de les invoquer devant les juges nous amène à examiner si l'obligation de protéger contre des menaces à grande échelle a des implications sur l'analyse des conditions de recevabilité de la CEDH. Dans ses « questions aux parties », la Cour a posé deux questions distinctes sur le statut de victimes des requérantes (question 3) et sur l'applicabilité des dispositions (question 4).
5. La définition de la qualité de victime soulève des questions conceptuelles en matière de dérèglement climatique. Plus particulièrement, la nature des violations alléguées par les requérantes rend difficile une séparation stricte entre « le statut de victime » et « l'applicabilité des dispositions ». Dans le même sens, le droit international coutumier sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite prévoit que l'identification d'une violation par omission passe nécessairement par la confrontation du comportement étatique et l'obligation internationale. Ce n'est qu'après cette première étape que l'effet personnel – actuel ou potentiel – sur le bien-être des requérantes peut être abordé.
 - A. Les obligations positives dans la CEDH et leurs catégorisations
6. La CEDH contient de nombreuses obligations positives que la Cour et la doctrine ont eu l'occasion d'analyser. De manière générale, les obligations positives sont celles qui « commandent [aux États membres] d'agir »². Elles sont pertinentes lorsqu'il existe (1) un risque prévisible important relatif à la jouissance d'un droit et (2) que l'État peut agir pour prévenir ledit risque, le limiter ou y remédier. Une condition préalable nécessaire est que l'État ait ou devrait avoir connaissance³ d'une menace réelle et immédiate visant un bien juridique significatif⁴. Dans l'affaire *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, la Grande Chambre a parlé d'une « menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente »⁵. Dans l'affaire *di Sarno et autres c. Italie*, la Cour a souligné que « l'élément crucial (...) est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement. »⁶ Nous reviendrons sur l'intensité et l'horizon temporaire de la menace ainsi que sur la question des effets sur les requérantes à la section II.E ci-dessous.
7. L'État doit *factuellement*⁷ et *juridiquement*⁸ être capable d'influencer le risque. Il n'est pas déterminant de savoir si un État peut ou non éradiquer les conséquences du dérèglement climatique sur les requérantes : il faut se demander si l'État peut *influencer (ou pallier)* le risque.⁹

² Cette définition simple a été donnée dans l'Opinion dissidente du Juge Martens, *Gül c. Suisse*, 1996, §7.

³ CourEDH, *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116.

⁴ Ibid, § 116, « risque certain et immédiat ». CourEDH, *Opuz c. Turquie*, 2009, § 131: la vie « menacée de manière réelle et immédiate ».

⁵ CourEDH, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* (GC), 1997, § 40. Les termes « surtout imminente » étaient cités dans CourEDH, *Athanassoglou et autres c. Suisse* (GC), § 51.

⁶ CourEDH, *di Sarno et autres c. Italie*, 2012, § 80. Citant CourEDH, *Kyrtatos c. Grèce*, 2003, § 52 (« l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne ») ; et CourEDH *Fadeïeva c. Russie*, 2005, § 68, « des répercussions directes sur le droit au respect du domicile, de la vie familiale ou de la vie privée du requérant »).

⁷ *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116 : « en respectant pleinement les voies légales et autres garanties ».

⁸ Cour internationale de justice (CIJ), Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), Arrêt du 26 février 2007, § 430 : « [L]a capacité d'influence de l'État doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque État ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale. »

⁹ *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116 (la Cour utilise le verbe « pallier le risque », « avoid the risk » en anglais). La Cour internationale de justice parle de la « capacité d'influencer » et « d'empêcher, dans la mesure du possible ». CIJ, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, fond, § 430.

8. La Cour et la doctrine ont proposé plusieurs catégorisations relatives aux obligations positives (p. ex. des obligations positives procédurales, préventives ou correctives). La présente affaire concerne surtout des obligations positives préventives déduites des articles 2 et 8 CEDH : les requérantes se plaignent du manque de mesures contre le dérèglement climatique et des effets actuels et futurs de ce manquement¹⁰. Parmi les obligations positives préventives, deux sous-catégories peuvent encore être distinguées : les obligations positives *ponctuelles* d'intervenir d'une part et les obligations positives de *limiter et prévenir* des dangers à plus grande échelle d'autre part. Un nombre important d'affaires concernent le premier type. Tel est par exemple le cas lorsqu'un acteur non-étatique menace une autre personne, p. ex. dans le cadre de la violence domestique : si l'État connaît le risque et dispose des moyens de le pallier, il a alors l'obligation d'intervenir (p. ex. par des mesures policières).
9. Le deuxième type d'obligation positive préventive est également reconnu dans la jurisprudence de la Cour. La Cour parle du « devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace »¹¹. La protection par le droit ou l'obligation de mettre en place un cadre juridique assurant une protection efficace des droits de la Convention a même été intitulée « the first and foremost positive obligation »¹². Cette protection par le droit signifie que les États élaborent des législations (au sens large du terme) de manière à prévenir et à remédier aux menaces qui affectent la jouissance des droits. Dans ce type de scénario, le danger est moins ponctuel, plus dispersé, n'émane pas nécessairement d'un seul acteur non-étatique spécifique, et se manifeste potentiellement sur un horizon temporaire plus long. Il a ainsi été reconnu, p. ex., que les États doivent adopter des mesures contre la discrimination¹³, pénaliser certains comportements pour les prévenir¹⁴, ou protéger, par des « mesures raisonnables et adéquates » les habitants contre des pollutions de l'environnement¹⁵. Il ne s'agit pas, en tous les cas pas exclusivement, d'un devoir d'intervenir ponctuellement contre des abus non-étatiques déjà en cours, mais d'une obligation de réglementer pour éviter et prévenir les dangers susceptibles d'affecter la jouissance des droits consacrés par la CEDH.
10. L'affaire *Bevacqua et autres c. Bulgarie* qui traite de violences domestiques est intéressante à cet égard dès lors qu'elle offre une illustration pour ces deux types d'obligations préventives : la Cour a non seulement identifié l'obligation d'intervenir ponctuellement par les biais des forces policières, mais a également simultanément rappelé à l'État défendeur son obligation positive de créer un cadre juridique et administratif suffisant contre les violence domestiques – soit une obligation relevant de la deuxième catégorie – en prenant par ex. des mesures suggérées dans une recommandation élaborée au niveau intergouvernemental¹⁶.
11. Si la séparation entre ces deux catégories n'est pas nette, elle est utile parce qu'elle permet d'identifier les difficultés que l'examen d'une omission implique quant à la détermination du statut de victime. Pour

¹⁰ Et des obligations correctives concernant les effets déjà présents du dérèglement climatique.

¹¹ CourEDH, *Öneryıldız c. Turquie*, GC, 2004, § 89.

¹² Laurens Lavrysen, "Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights," in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, ed. Yves Haeck et Eva Brems (Dordrecht: Springer, 2014), 69-129: p. 85.; qui discute Keir Starmer, "Positive Obligations under the Convention," in *Understanding Human Rights Principles*, ed. Jeffrey Jowell et Jonathan Cooper (Oxford: Hart, 2001), 139-59: p. 152.

¹³ CourEDH, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

¹⁴ CourEDH, *Söderman c. Suède* (GC), 2013, § 85 (« mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté offrant une protection »).

¹⁵ CourEDH *Fadeieva c. Russie*, 2005, § 89. v. aussi CourEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 1990, § 41 ; *Guerra et autres c. Italie*, 1998, § 58.

¹⁶ CourEDH, *Bevacqua et autres c. Bulgarie*, 2008, § 83. Citée dans Nesa Zimmermann, "Legislating for the Vulnerable? Special Duties under the European Convention on Human Rights," *Swiss Review International and European Law* (2015) 539-62: p. 554.

le premier sous-type – l’obligation positive « ponctuelle » – il y a une proximité physique et temporaire étroite entre l’individu et une menace, ce qui permet d’aborder plus aisément la question du statut de victime que pour le deuxième type. Le cas des obligations « non ponctuelles » est examiné ci-dessous.

B. Qualité de victime : le point de départ

12. La Cour peut être saisie d’une requête par toute personne « qui se prétend victime d’une violation par l’une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles » (art. 34 CEDH). Elle s’interroge si une requérante a « subi directement les effets » de la mesure litigieuse (victime actuelle)¹⁷ et/ou si elle fait partie d’une catégorie de personnes risquant « de subir directement les effets » de la législation critiquée (victime potentielle)¹⁸.

C. Le statut de victime dans le cas de l’omission litigieuse

13. Il est impossible de déterminer si une personne peut se prétendre victime d’une violation sans déterminer de manière préliminaire l’étendue des obligations internationales invoquées. Dans le cas des ingérences alléguées (et donc des obligations négatives), l’analyse du statut de victime passe également, au moins implicitement, par une analyse préliminaire du champ de protection du droit invoqué.
14. Si l’on isole rigidelement l’analyse du statut de victime de l’analyse de l’obligation invoquée, la nature de l’obligation en cause devient déterminante pour la question de recevabilité, ce qui n’est pas souhaitable au regard de l’article 1^{er} de la Convention et de l’effectivité de la protection « des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁹. Il est vrai que les obligations positives dans le cas d’espèce s’adressent aussi au législateur (et impliquent donc également les institutions politiques)²⁰, mais leur nature ne doit pas avoir pour conséquence de rendre toute requête irrecevable pour des motifs procéduraux²¹. Si l’on admettait une telle approche, une protection à deux vitesses serait instaurée, en ce sens que les allégations d’ingérences ou de violations de certaines obligations positives « ponctuelles » bénéficieraient d’un traitement plus favorable que les allégations de violations des obligations de protéger contre des menaces potentiellement graves, mais à grande échelle. La Cour peut éviter ce décalage en tenant compte du fait que l’allégation concerne une omission de protéger contre une menace « non ponctuelle ». Une telle approche se justifie également au regard du droit international général de la responsabilité des États pour omissions.

D. Le droit international coutumier : l’identification d’une violation nécessite la comparaison de la conduite de l’État avec l’obligation internationale

15. Il y a environ vingt ans, la Commission de droit international public des Nations Unies (CDI) a adopté les articles sur la Responsabilité des États pour fait internationalement illicite (« les articles de la CDI »)²². La CourEDH a cité les articles de la CDI à maintes reprises étant donné leur importance en droit international

¹⁷ CourEDH, *Roman Zakharov c. Russie* (GC), 2017, § 164.

¹⁸ V. ci-dessous, section II.E.

¹⁹ CourEDH, *Airey c. Royaume-Uni*, 1979, § 24.

²⁰ Décision du Tribunal fédéral suisse du 5 mai 2020, 1C_37/2019, [Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)], consid. 4.3.

²¹ V. aussi Johannes Reich, "Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020 [Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)]," *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 121, no. 9 (2020) 489-507: p. 503, qui argumente qu’il n’est pas pertinent de vouloir séparer « le droit » de « la politique » par le biais du droit procédural.

²² Articles de la CDI sur la Responsabilité des États pour fait internationalement illicite, annexe à la résolution de l’Assemblée générale 56/83, 12 décembre 2001.

général²³. La responsabilité d'un État est engagée si une action ou une omission²⁴ peut lui être attribuée, s'il y a violation d'une obligation internationale, et si aucune circonstance ne permet d'exclure l'illicéité. Dans le cas d'espèce, les articles de la CDI facilitent l'analyse de l'art. 34 CEDH en précisant l'analyse de l'omission alléguée et l'identification d'une éventuelle violation.

16. La question de l'attribution ne pose aucun problème dans le cas d'espèce, l'omission alléguée relevant de la responsabilité des organes étatiques (qui auraient – selon les requérantes – dû prendre davantage de mesures)²⁵. La conduite à attribuer est l'omission étatique et non ses effets.
17. Pour examiner la deuxième condition de la responsabilité, c.à.d. pour savoir si une omission constitue une violation d'une obligation internationale de l'État en cause, l'art. 12 des articles de la CDI prévoit qu'« [i]l y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. » Le Commentaire précise que « [s]elon l'article 12, la violation d'une obligation internationale consiste dans le manque de conformité entre le comportement requis de l'État par cette obligation et celui qu'il a effectivement adopté – c'est-à-dire entre les exigences du droit international et les faits en cause »²⁶. Pour interpréter les termes de l'art. 34 CEDH (« se prétendre victime d'une violation ») dans un cas d'allégation d'une omission illicite, les articles de la CDI prévoient donc de comparer les mesures prises par l'État avec ce qui est demandé par l'obligation internationale, dans ce cas les art. 2 et 8 de la Convention, interprétés à la lumière des conditions actuelles déterminées à l'aide des « meilleures données scientifiques disponibles »²⁷ et à l'aune de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »²⁸ (question 5.3).
18. En définitive, les articles de la CDI et la jurisprudence de la Cour internationale de justice²⁹ confirment l'idée que la Cour doit inévitablement – lors de l'interprétation de l'art. 34 CEDH – procéder à une comparaison entre les obligations positives des arts. 2 et 8 et les mesures adoptées par l'État défendeur. Le lien entre cette omission alléguée et les requérantes se pose en deuxième lieu.

E. Est-ce que les requérantes sont « directement affectées » par l'omission illicite alléguée ?

19. Dans le cas où la Cour constate une potentielle incompatibilité entre les mesures prises par l'État défendeur et les articles 2 ou 8 de la Convention, l'article 34 exige alors de vérifier si les requérantes peuvent « se prétendre victimes ». Pour qu'une requérante puisse se prétendre victime d'une violation,

²³ Pour des aperçus récents, v. p.ex. Helen Keller et Reto Walther, "Evasion of the International Law of State Responsibility? The ECtHR's Jurisprudence on Positive and Preventive Obligations Under Article 3," *The International Journal of Human Rights* 24, no. 7 (2020) 957-78.

²⁴ Les articles de la CDI visent les actions ou les omissions, articles de la CDI, art. 2.

²⁵ Articles de la CDI, art. 4. V. aussi Margaretha Wewerinke-Singh, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights Under International Law* (Oxford: Hart, 2020), 88 ; Pierre d'Argent et Alexia de Vacleroy, "Le contenu de l'omission illicite : la non utilisation de moyens raisonnables," in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale : Journée d'études du Mans*, ed. Sarah Cassella (Paris: Pedone, 2018), 255-78: 260.

²⁶ Commentaires des articles de la CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 132 (§ 2, commentaire art. 12).

²⁷ Accord de Paris, art. 4(1). Il va sans dire que l'Accord de Paris est pertinent pour l'interprétation des obligations de l'État défendeur en vertu de la CEDH dans le contexte du problème climatique.

²⁸ Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31(3)c.

²⁹ La Cour internationale de justice a confirmé que l'identification de la violation par omission passe par la comparaison des mesures prises avec celles requises par l'obligation primaire. V. p.ex. dans son tout premier arrêt : Cour internationale de justice, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêt sur le fond du 9 avril 1949, p. 23.

elle doit démontrer qu'elle a été ou risque d'être « directement affectée » par la mesure incriminée³⁰, ici l'omission alléguée de ne pas avoir pris suffisamment de mesures en dépit d'une obligation internationale opposable à la Suisse. La Cour précise que l'article 34 vise les personnes qui ont « un intérêt personnel valable à obtenir qu'il y soit mis fin »³¹. Une personne peut se prétendre victime potentielle si elle risque de « supporter directement les effets » d'une conduite, p. ex. parce qu'elle figure parmi un groupe pouvant pâtir de la mesure (active ou passive) incriminée³². Ce critère, qui écarte l'*actio popularis*, implique l'analyse de la situation des requérantes et leur vulnérabilité particulière (ici : les femmes âgées mais aussi l'association nécessaire pour défendre les intérêts des individus confrontés à des questions juridiques spécialement complexes³³).

20. Trois questions se posent sur le lien entre l'omission et les requérantes (et sont pertinentes surtout pour les questions 3 à 5 de la Cour) : a) Le lien exigé entre les requérantes et l'omission incriminée exige-t-il la preuve d'un préjudice ? ; b) Sur quel horizon temporaire les effets d'une omission doivent-ils se produire pour admettre le statut de victimes potentielles ? c) Quel degré d'intensité est-il nécessaire ?

1. Absence du critère de préjudice

21. L'article 34 CEDH requiert que la personne soit ou risque d'être « directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux », mais l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se conçoit en l'absence de préjudice ; « celui-ci ne joue un rôle que sur le terrain [de la satisfaction équitable] »³⁴, et depuis le Protocole n° 14, sur le terrain de l'art. 35 § 3 b CEDH. La Convention ne requiert donc pas que l'omission alléguée cause un préjudice pour admettre la qualité de victime. Ce qui est exigé, c'est que les requérantes soient ou risquent d'être « directement affectées ».

2. Horizon temporaire

22. S'agissant des obligations positives, le risque d'être directement affecté doit être réel et – selon la Cour dans *Osman c. Royaume-Uni* et d'autres affaires – *immédiat*³⁵. La doctrine relève toutefois que cette exigence n'est pas traitée de façon systématique dans la jurisprudence : elle implique tantôt que l'atteinte soit *imminente*, tantôt qu'elle soit *prévisible*³⁶. Or la notion de prévisibilité est appréhendée, en matière environnementale, par les principes de prévention et de précaution³⁷.

³⁰ CourEDH, *Tănase c. Moldova* (GC), 2010, § 104 ; *Burden c. Royaume-Uni* (GC), 2008, § 33 ; *Lambert et autres c. France* (GC), 2015, § 89).

³¹ CourEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce* (GC), 2013, § 47 ; citant *Defalque c. Belgique*, 2006, § 46 ; *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 2008, § 38.

³² P.ex. CourEDH, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 1992, § 44 : Dans cette affaire, deux requérantes n'étaient pas enceintes mais elles ont pu se prétendre victimes de l'interdiction de fournir aux femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement parce qu'elles figurent parmi un groupe de personnes qui risquent d'être directement affectées par la mesure litigieuse. V. aussi *Burden c. Royaume-Uni* (GC), 2008, § 35.

³³ CourEDH, *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*, 2004, § 38.

³⁴ CourEDH, *Amuur c. France*, 1996, § 36 ; CourEDH, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* (GC), 1997, §26 ; CourEDH, *Brumărescu c. Roumanie* (GC), 1999, § 50.

³⁵ CourEDH, *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116.

³⁶ Voir notamment ces trois articles : Les auteurs concluent que le test de « real and imminent risk » est inadapté pour des obligations positives non-ponctuelles. Vladislava Stoyanova, "Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights," *Human Rights Law Review* 18, no. 2 (2018) 309-46: 341 ; Justine Bell-James et Briana Collins, "Human Rights and Climate Change Litigation: Should Temporal Imminence Form Part of Positive Rights Obligations?," *Journal of Human Rights and the Environment* 13, no. 1 (2022) 212-37: 219 ; Franz Christian Ebert et Romina I. Sijniensky, "Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?," *Human Rights Law Review* 15, no. 2 (2015) 343-68: 365ss.

³⁷ Cf. principe n° 15 de la Déclaration de Rio, lu ensemble avec les autres instruments énumérés à la question 5.3.2 de la Cour (v. § 33).

23. Fortes de ces considérations, il apparaît que l'exigence temporaire doit être interprétée, en matière climatique, au regard des principes de prévention et de précaution. Plus concrètement, il s'agit de se demander si le manque de mesures visant à pallier les risques climatiques menace la santé et la vie des requérantes de façon suffisamment prévisible pour admettre leur qualité de victimes. A cet égard, la Cour a déjà reconnu qu'il faut tenir compte des particularités empiriques/scientifiques d'une menace « notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter »³⁸.

3. Intensité

24. Pour décider si une personne a le statut de victime, la Cour exige « un minimum de gravité » dans les cas environnementaux³⁹ ou « un degré de probabilité » entre la menace et le bien-être des requérantes⁴⁰. Dans la décision de recevabilité *Ouardiri c. Suisse*, la majorité de la Chambre cite une phrase qui apparaît dans trois autres décisions de recevabilité et dans l'arrêt *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, selon laquelle il doit « exister un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée ». Dans *Ouardiri c. Suisse*, la Chambre ajoute les termes « que la victime soit directe, indirecte ou potentielle »⁴¹. Cependant, ces formulations ne semblent pas être compatibles avec l'idée même de victimes potentielles⁴² ni avec la jurisprudence précitée sur l'absence du critère de préjudice.

25. Force est de constater qu'une certaine intensité de la menace est requise en vertu de l'art. 34 CEDH. Dans l'arrêt *Cordella c. Italie*, la Cour a reconnu qu'un individu est « personnellement affecté » par une mesure litigieuse s'il se trouve dans une situation « à haut risque environnemental », là où la menace « devient potentiellement dangereuse pour la santé et le bien-être de ceux qui y sont exposés »⁴³.

F. Conclusion sur le statut de victime : La Cour ne peut pas éviter de se prononcer

26. Lorsqu'il s'agira pour la Cour d'examiner l'article 34 CEDH, elle ne pourra pas éviter de se prononcer sur des questions matérielles. Nous avons vu en effet que l'analyse du statut de victime en cas d'omission prétendue de protéger contre des menaces étendues (ou « non ponctuelles ») doit inévitablement passer par une comparaison entre le comportement de l'État défendeur et l'obligation primaire (c.à.d. les obligations consacrées par les art. 2 et 8 CEDH). Dans le cas d'une omission illicite, une requérante peut « se prétendre victime » d'une violation de la CEDH à condition qu'elle soit ou risque d'être directement affectée.

III. Quel est le rôle de la démocratie semi-directe ?

27. La Cour a, entre autres, demandé si la Suisse s'est acquittée de ses obligations positives déduites des art. 2 et 8 CEDH, notamment au regard de sa marge d'appréciation, et dans quelle mesure le droit international de l'environnement doit être pris en considération (question 5.3). Cette section souligne que la Cour a déjà été amenée à évaluer des législations suisses. Étant donné la subsidiarité de la compétence de la CourEDH et le fait que les obligations invoquées par les requérantes s'adressent principalement au législateur interne, la question se pose de savoir si ou à quel point la Cour est appelée à réduire la marge de manœuvre du législateur démocratiquement légitimé. Pour répondre à ce groupe

³⁸ CourEDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), 2004, § 90.

³⁹ CourEDH, *Fadeïeva c. Russie*, 2005, § 70.

⁴⁰ CourEDH, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* (GC), 1997, § 40.

⁴¹ CourEDH, *Ouardiri c. Suisse* (décision sur la recevabilité), 2012, § 1, citant (en ajoutant les victimes potentielles) les décisions suivantes : Commission, *Taurira et autres c. France*, 1995 ; Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France, 1998 ; Comité des médecins à diplômes étrangers et autres c. France 1999 ; CourEDH, *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*, 2004, § 35.

⁴² CourEDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, 2004, §111-113 (la Cour parle d'une menace « pouvant affecter » les personnes, pas une menace qui « a déjà affecté » les personnes).

⁴³ CourEdH, *Cordella et autres c. Italie*, 2019, § 100-109.

de questions, nous proposons de comparer les enjeux de la présente affaire à un autre cas que la Cour a dû aborder auparavant et d'examiner dans quelle mesure les instruments de la démocratie semi-directe suisse doivent être pris en compte par la Cour (questions 5.3 et 8).

A. Le législateur national face à la CEDH

28. Comme cela ressort des questions 5.2 et 5.3, il y a tout d'abord lieu de rappeler que la Convention s'impose à tous les organes de l'Etat, y compris au législateur⁴⁴. Plus particulièrement, la Cour juge nécessaire l'adoption de mesures, notamment normatives, lorsqu'elle constate la présence de lacunes entraînant des violations de la Convention⁴⁵. En effet, comme l'a déjà relevé la Cour en 1979, il n'y a pas lieu de distinguer entre actes et omissions, en ce sens que les États ne peuvent se contenter de « demeurer passif[s] », la Convention ne se limitant pas à un « engagement plutôt négatif » des États mais leur imposant l'adoption de « mesures positives »⁴⁶.
29. La Suisse a déjà fait à plusieurs reprises l'objet de condamnations impliquant la nécessité de révisions législatives. A titre d'exemple, rappelons que la Suisse a été condamnée par la CourEDH en 1994 en raison de la législation qui n'accordait pas le même droit à l'époux qu'à l'épouse en matière de nom⁴⁷. Comme cela ressort des travaux parlementaires, cet exemple est intéressant en ce sens qu'il permet d'illustrer l'impact que peut avoir un jugement sur le législateur : conscients de leur obligation de rendre la législation conforme à la CEDH, les parlementaires ont transmis le projet à la Commission des affaires juridiques « avec le mandat de se limiter aux seules modifications rendues absolument nécessaires par l'arrêt de la [CourEDH] dans la cause Burghartz contre Suisse »⁴⁸. Comme le démontre le contenu du mandat adressé à la Commission juridique, le Conseil national a bien compris que si le législateur suisse est libre quant au choix et la détermination des mesures à adopter, il est en revanche limité quant au contenu, la révision à adopter devant être conforme aux exigences de la CEDH.
30. En définitive, il ressort de l'exemple précité que la CourEDH est déjà intervenue pour évaluer des manquements prétendus de la Suisse à ses obligations de prendre des mesures visant à garantir le respect de la Convention et que ces condamnations ont eu un impact sur le législateur suisse.

B. La marge d'appréciation du législateur suisse en matière environnementale

31. Si l'on transpose ce constat au domaine de l'environnement, il est important de rappeler que les obligations positives impliquent une obligation de vigilance tant au regard de l'art. 8 CEDH⁴⁹ que de l'art. 2 CEDH⁵⁰. Selon la Cour, les Etats ont le « devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé »⁵¹.
32. S'agissant du rôle que doit jouer le droit international de l'environnement dans le cadre de l'interprétation de la CEDH par la Cour (cf. question 5.3.2), rappelons que cette dernière a déjà eu l'occasion de préciser la portée du devoir de vigilance par référence aux Déclarations de Stockholm et de Rio⁵². En ce sens, il est admis qu'une certaine « synergie des sources » est présente dans la jurisprudence de la CourEDH et

⁴⁴ Cf. art. 46 CEDH, Zimmermann (n 16), p. 545; Almut Wittling-Vogel, "The Role of the Legislative Branch in the Implementation of Judgments of the ECtHR," in *Judgments of the European Court of Human Rights: Effects and Implementation*, ed. Anja Seibert-Fohr et Mark E. Villiger (Baden-Baden: Nomos, 2015), 59-74.

⁴⁵ Zimmermann (n 16), p. 547.

⁴⁶ CourEDH, *Airey c. Ireland*, 1979, § 25 et par ex. également CourEDH, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

⁴⁷ CourEDH, *Burghartz c. Suisse*, 1994. Voir également CourEDH, *Affaire Verein gegen Tierfabriken Schweiz (vgt) c. Suisse (n° 2)*, 2009, (GC), § 78 ss.

⁴⁸ Initiative parlementaire « Nom et droit de cité des époux. Egalité », Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, Feuille fédérale suisse 2009 6843, 6845.

⁴⁹ CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88.

⁵⁰ CourEDH, *Öneryildiz c. Turquie*, 2004, § 90.

⁵¹ CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88 et les références citées.

⁵² Voir par ex. CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 111 et 120.

participe d'une « densification normative »⁵³. Les ratifications de l'Accord de Paris, le soutien massif de la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU A/76/L.75 du 26 juillet 2022 et la contribution des États aux rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) relèvent de la pratique des États au sens de l'art. 31(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. À travers cette pratique, les États admettent de limiter leur marge d'appréciation quant aux risques climatiques ainsi qu'à la mise en œuvre des obligations positives qui se déduisent de la CEDH.

C. Particularités du système démocratique suisse : est-ce que les instruments de la démocratie semi-directe sont susceptibles de modifier l'analyse ?

33. On l'a vu, la Suisse a déjà fait l'objet de condamnations impliquant la mise en œuvre de révisions législatives. A cet égard, il est important de rappeler que la disponibilité d'instruments démocratiques ne relève pas de la marge d'appréciation des États (cf. question 5.3.1) et ne permet pas à un État de se soustraire de sa responsabilité, cela tant au regard du référendum que de l'initiative.
34. S'agissant en premier lieu de l'institution du référendum, elle est, certes, susceptible de menacer une réforme législative (cf. art. 140 al. 1 let. a Cst. féd.). Tel a par exemple été le cas du projet de loi fédérale sur le CO2 en juin 2021⁵⁴. Un État ne peut toutefois se soustraire de ses obligations internationales en invoquant son droit interne. Une telle règle découle de l'art. 27 de la Convention de Vienne⁵⁵ et la CourEDH a déjà eu l'occasion de la rappeler⁵⁶ s'agissant des obligations qui découlent de la Convention.
35. Reste à examiner l'initiative populaire, outil caractéristique de la démocratie suisse. Cet outil constitue-t-il, comme le relèvent le Tribunal fédéral dans son arrêt attaqué⁵⁷ ou le Gouvernement suisse dans sa réponse (ch. 4), une alternative suffisante susceptible de permettre aux requérantes de faire valoir leurs droits ?
36. Rappelons tout d'abord que, malgré l'intérêt incontestable de ces instruments, ni la Convention, ni la Constitution fédérale ne soumettent la jouissance d'un droit à l'usage préalable des instruments de la démocratie semi-directe.
37. Au-delà du fait qu'un tel outil nécessite d'être titulaire des droits politiques – ce qui a pour conséquences d'exclure les mineurs, les personnes étrangères et les personnes incapables de discernement (cf. art. 136 al. 1 Cst. féd.) –, nous allons voir qu'une initiative populaire ne constitue pas un moyen qui peut garantir la mise en œuvre des obligations de la Suisse de protéger les droits fondamentaux des requérantes⁵⁸.
38. Il y a tout d'abord lieu de rappeler que si les initiatives sont fréquemment utilisées, elles ne sont en revanche que rarement acceptées par le peuple et les cantons en Suisse⁵⁹. A cela s'ajoute par ailleurs que lorsqu'elles sont acceptées, la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle qu'elles consacrent est tout sauf automatique.

⁵³ Paul Baumann, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme (Thèse Nantes)* (Paris: LGDJ, 2021), p. 212 s.. Voir aussi les références citées aux notes 324 et 337. A titre d'exemple, voir également CourEDH, *Nada c. Suisse*, 2012 (GC), § 169.

⁵⁴ Chancellerie fédérale suisse, Votation populaire du 13 juin 2021, Résultat officiel provisoire, <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>. A noter par ailleurs que le nouveau projet développé au titre de contre-projet indirect à l'initiative sur les glaciers fait également l'objet d'une demande de référendum (délai référendaire 19 janvier 2023), FF 2022 2403).

⁵⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331, art. 27.

⁵⁶ Par ex. CourEDH, *N.D. et N.T. c. Espagne* (GC), 2020, § 109.

⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral suisse 146 I 145 c. 4.3.

⁵⁸ Cf. Véronique Boillet, "Direct Democracy or Climate Litigation? On the Swiss Right of Initiative as a Tool Against Climate Change", <https://verfassungsblog.de/direct-democracy-or-climate-litigation/>.

⁵⁹ Chancellerie fédérale suisse, Répertoire chronologique des initiatives populaires, https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis_2_2_5_1.html?lang=fr

39. L'on peut observer que seules de très rares initiatives ont donné lieu à l'adoption de dispositions constitutionnelles directement applicables⁶⁰ et même dans de tels cas, leur effet reste limité en raison d'une particularité propre au système constitutionnel suisse, l'art. 190 Cst. féd., qui empêche de sanctionner l'inconstitutionnalité des lois fédérales. De manière concrète, si l'on imagine qu'une initiative populaire liée à la protection de l'environnement est acceptée, elle ne pourra pas empêcher l'adoption ou l'application de lois fédérales défavorables au climat, l'inconstitutionnalité de ces dernières ne pouvant être sanctionnée par le Tribunal fédéral⁶¹.
40. Une initiative populaire donnant un mandat à l'Assemblée fédérale de légiférer selon certaines lignes directrices n'est pas plus à même de garantir le respect des droits fondamentaux. De telles dispositions constitutionnelles permettent certes d'initier une procédure législative dans un domaine particulier, mais ne garantissent pas une concrétisation législative conforme. En effet, si l'Assemblée fédérale ne donne pas – ou pas pleinement – suite aux directives matérielles constitutionnelles auxquelles elle est soumise, aucun instrument juridique en droit interne ne permet de sanctionner l'inconstitutionnalité de son choix – soit celui d'adopter une loi trop timorée – en raison de la particularité du système juridique suisse mentionnée préalablement : la clause d'immunité consacrée par l'art. 190 Cst. féd. selon laquelle « [l]e Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales » et, par ailleurs, l'art. 189 al. 4 Cst. féd. (de même que l'art. 82 de la Loi sur le Tribunal fédéral *a contrario*) qui exclut tout contrôle abstrait des actes normatifs fédéraux. Cela a pour conséquence que même dans le cas où une initiative populaire permettait d'adopter un article constitutionnel donnant mandat au législateur d'adopter une réglementation visant à réduire les émissions, aucune procédure juridique interne ne permettrait de contraindre le Parlement à y donner suite⁶². Pour le surplus, dans les cas où une initiative incite l'Assemblée fédérale à élaborer un contre-projet (direct ou indirect), ledit projet propose alors une version moins ambitieuse comparée aux objectifs initiaux de l'initiative⁶³. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de relever que les particularités du système démocratique suisse n'imposent pas une lecture spécifique du principe de subsidiarité à l'égard de la Suisse.

⁶⁰ Nagihan Musliu, *Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen (Thèse Zurich)* (Zurich: Dike, 2019), p. 27.

⁶¹ Art. 190 de la Constitution fédérale suisse, *a contrario*; art. 82 let. b de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110.

⁶² René A. Rhinow, "Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?," *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 116, no. 7 (2015) 345-46.

⁶³ Tel est par exemple le cas du contre-projet indirect ayant entraîné le retrait conditionnel de l'initiative « Pour un climat sain (initiative pour les glaciers) » qui, contrairement à l'initiative, renonce à consacrer une interdiction de la nouvelle mise en circulation d'énergies fossiles. FF 2022 2403.