



UNIL | Université de Lausanne
Centre de droit comparé, européen
et international
bâtiment Internef bureau NEF-313
CH-1015 Lausanne

Cour européenne des droits de l'homme

17 septembre 2021

Verein KlimaSeniorinnen et autres c. Suisse (Requête no. 53600/20)

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

Evelyne Schmid et Véronique Boillet

(Il existe une traduction en anglais de ce document.)

Résumé :

- La question du statut de victime (art. 34 CEDH) ne peut pas être résolue sans aborder simultanément l'étendue des obligations positives des art. 2 et 8 CEDH. 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'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 : recevabilité et fond ne peuvent pas être séparés sur ce point.
- La présente affaire présente des similitudes conceptuelles avec d'autres affaires dans lesquelles la Cour a déjà été appelée à évaluer les mesures prises par des législateurs nationaux ou dans lesquelles elle s'est référée à 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.

1. Le 20 juillet 2021, le Président de la Troisième Section nous a autorisées à présenter des observations écrites à la Cour. Professeures de droit à l'Université de Lausanne, nous exprimons ici nos avis personnels¹.
2. Notre intervention porte sur deux thématiques : La section I présente l'entrelacement des questions relatives à la recevabilité et au champ d'application matériel des articles 8 et 2 de la Convention. La section II vise à déterminer si les spécificités de la démocratie semi-directe en Suisse affectent les enjeux de subsidiarité.

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

3. 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 demandé, entre autres :

« 1. [Les requérantes] peuvent-elles être considérées comme victimes actuelles ou potentielles, au sens de l'article 34 de la Convention tel qu'interprété par la Cour, d'une violation de l'un des droits de la Convention invoqués en l'espèce en raison de l'omission des autorités suisses de les avoir efficacement protégées contre les effets du réchauffement climatique ? En particulier, les requérantes ont-elles subi directement ou indirectement et sérieusement les conséquences de l'action insuffisante ou de l'inaction alléguées par l'État défendeur ?

2. En cas de réponse affirmative à la question no 1, y a-t-il eu violation en l'espèce des articles 2 et 8 de la Convention ? »

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.

4. La formulation de la question n° 2 par la Cour suggère que la première question peut être abordée en premier lieu et séparément de la deuxième (« en cas de réponse affirmative à la question n° 1 »). Nous pensons que la nature conceptuelle des violations alléguées par les requérantes rend difficile une séparation stricte entre les deux premières questions. Nous démontrerons que cet entrelacement n'a rien de surprenant. Il découle de la nature de l'obligation en cause. 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

5. La CEDH contient de nombreuses obligations positives que la Cour et la doctrine ont eu l'occasion d'analyser². Avant d'examiner les exigences consacrées par l'art. 34 CEDH en cas d'allégation d'une omission, un bref aperçu de l'obligation en cause est nécessaire.
6. De manière générale, les obligations positives sont celles qui « commandent [aux États membres] d'agir »³. Elles sont pertinentes lorsqu'il existe (1) un risque prévisible important relatif à la jouissance d'un droit, (2) que l'État peut agir pour prévenir le risque, le limiter ou y remédier. Une condition préalable nécessaire est que l'État ait ou devrait avoir connaissance⁴ d'une menace réelle et immédiate à une valeur juridique significative⁵. 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 »⁶. Dans l'affaire *di Sarno et autres c. Italie*, la Cour a souligné que « l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits garantis par le paragraphe 1 de l'article 8 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. »⁷ 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 I.E ci-dessous.

² Pour un aperçu : Riccardo Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, *Recueil des Cours, Académie de droit international de La Haye* (Leiden: Brill, 2009) ; Dimitris Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights* (New York: Routledge, 2012) ; Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart Pub., 2004) ; Sandra Stahl, *Schutzpflichten im Völkerrecht: Ansatz einer Dogmatik*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Berlin: Springer, 2012) ; Nathanaël Pétermann, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en oeuvre en droit suisse* (Thèse Lausanne) (Berne: Stämpfli, 2014).

³ Cette définition simple a été donnée dans l'Opinion dissidente du Juge Martens, *Gül c. Suisse*, 1996, § 7.

⁴ CourEDH, *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116 : Il « faut se convaincre que lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir [...] qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers [...] et 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 [...] ».

⁵ Ibid, § 116, « risque certain et immédiat ». CourEDH, *Opuz c. Turquie*, 2009, § 131: la vie « menacée de manière réelle et immédiate ».

⁶ 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.

⁷ 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 *Fadejeva 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. L'État doit *factuellement*⁸ et *juridiquement*⁹ 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 risque¹⁰.
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 préventives contre le dérèglement climatique et des effets actuels et futurs de ce manquement¹¹. 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 »¹². 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 »¹³. 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 discrimination¹⁴, pénaliser certains comportements pour les prévenir¹⁵, ou protéger, par des « mesures raisonnables et adéquates » les habitants contre des pollutions de l'environnement¹⁶. 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 violence domestique est intéressante à cet égard dès lors qu'elle offre une illustration pour ces deux types d'obligations préventives : la Cour a non

⁸ *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116 : « en respectant pleinement les voies légales et autres garanties ».

⁹ 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. »

¹⁰ *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.

¹¹ Et des obligations correctives concernant les effets déjà présents du dérèglement climatique.

¹² CourEDH, *Öneryıldız c. Turquie*, GC, 2004, § 89.

¹³ 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 (Dortrecht: 2014), 69-129: p. 85. Discutant 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.

¹⁴ CourEDH, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

¹⁵ CourEDH, *Söderman c. Suède* (GC), 2013, § 85 (« mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre juridique adapté offrant une protection »).

¹⁶ CourEDH *Fadeïeva c. Russie*, 2005, § 89. v. aussi CourEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 1990, § 41 ; *Guerra et autres c. Italie*, 1998, § 58.

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 intergouvernemental¹⁷.

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 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). La Cour n'a pas pour tâche d'examiner dans l'abstrait la législation et la pratique d'un État. Elle s'interroge si un-e requérant-e a « subi directement les effets » de la mesure litigieuse (victime actuelle)¹⁸ et/ou si il/elle fait partie d'une catégorie de personnes risquant « de subir directement les effets » de la législation critiquée (victime potentielle)¹⁹. Le critère du statut de victime faisant partie des conditions de recevabilité, la Cour peut joindre la question de la qualité de victime au fond²⁰.

C. Le statut de victime dans le cas d'une 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 (ici les art. 2 et 8 de la Convention). 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 rigidement l'analyse du statut de victime de l'analyse de l'obligation invoquée, le risque existe que la nature de l'obligation en cause devienne 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 illusoires, mais concrets et effectifs. »²¹ Il est vrai que les obligations positives dans le cas d'espèce s'adressent aussi au législateur (et impliquent donc également les institutions politiques)²², mais leur nature ne doit pas avoir pour conséquence de rendre toute requête irrecevable pour des motifs procéduraux²³. Si l'on admettait une telle approche, une protection à deux

¹⁷ 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.

¹⁸ CourEDH, *Roman Zakharov c. Russie* (GC), 2017, § 164.

¹⁹ V. ci-dessous, section I.E.

²⁰ CourEDH, *Siliadin c. France*, 2005, § 63 ; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* (GC), 2012, § 111.

²¹ CourEDH, *Airey c. Royaume-Uni*, 1979, § 24. V. aussi le discours du Président Robert Spano lors de la conférence « Human Rights for the Planet », Strasbourg, 5 octobre 2020, p. 5 (vidéo disponible sur <https://www.coe.int/en/web/portal/programme-human-rights-for-the-planet>).

²² 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.

²³ 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.

vitesse 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 ». Comme nous allons le voir, 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 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 »)²⁴. La CourEDH a cité les articles de la CDI à maintes reprises étant donné leur importance en droit international général²⁵. La responsabilité d'un État est engagée si une action ou une omission²⁶ 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'omission alléguée et ainsi l'identification d'une éventuelle violation pour l'analyse de l'art. 34 CEDH.
16. L'attribution ne pose aucun problème dans le cas d'espèce, l'omission alléguée émane des organes étatiques (qui auraient – selon les requérantes – dû prendre davantage de mesures)²⁷
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. »²⁸ 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 »²⁹ et à l'aune de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »³⁰.

²⁴ 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.

²⁵ Pour des aperçus récents, v. p.ex. Helen Duffy, "Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and Human Rights Practice." <https://www.ejiltalk.org/articles-on-responsibility-of-states-for-internationally-wrongful-acts-and-human-rights-practice> (last accessed 16 September 2021) ; 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.

²⁶ Les articles de la CDI visent les actions ou les omissions, articles de la CDI, art. 2.

²⁷ 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 Vaucleoroy, "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: p. 260.

²⁸ Commentaires des articles de la CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 132 (§ 2, commentaire art. 12).

²⁹ 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.

³⁰ Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31(3)c.

18. En définitive, les articles de la CDI et la jurisprudence de la Cour internationale de justice³¹ 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 de la Convention 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, elle doit démontrer qu'elle a été ou risque d'être « directement affectée » par la mesure incriminée³², c'est-à-dire, dans le cas d'espèce, l'omission de prendre 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 »³³. Quelqu'un peut se prétendre victime potentielle si il ou elle risque de « supporter directement les effets » d'une conduite, p. ex. parce que la personne figure parmi un groupe pouvant pâtir de la mesure incriminée³⁴. Ce critère, qui écarte l'*actio popularis*, implique l'analyse de la situation particulière des requérantes et leur vulnérabilité particulière (ici : les femmes âgées mais aussi les associations nécessaires pour défendre les intérêts des individus confrontés à des questions juridiques spécialement complexes³⁵).

20. Trois questions se posent ici : 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] »³⁶, et depuis le Protocole n° 14, sur le terrain de l'art. 35 § 3 b CEDH. La Convention ne requiert donc pas de préjudice pour admettre la qualité de victime. L'absence du critère de préjudice n'implique toutefois pas que quiconque puisse obtenir un contrôle judiciaire par la CourEDH des mesures prises pour lutter contre le dérèglement climatique. Ce qui est exigé, c'est que les requérantes doivent être ou risquer d'être « directement affectées ».

³¹ 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.

³² CourEDH, *Tănase c. Moldova* (GC), 2010, § 104 ; *Burden c. Royaume-Uni* (GC), 2008, § 33 ; *Lambert et autres c. France* (GC), 2015, § 89).

³³ CourEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce* (GC), 2013, § 47 ; citant *Defalque c. Belgique*, 2006, § 46 ; *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, 2008, § 38.

³⁴ 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 que elles figurent parmi un groupe de personnes qui risquent d'être directement affectées par la mesure litigieuse, et selon la Cour, « elles n'essaient pas de discuter dans l'abstrait la compatibilité du droit irlandais avec la Convention ». V. aussi *Burden c. Royaume-Uni* (GC), 2008, § 35.

³⁵ CourEDH, *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*, 2004, § 38.

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

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 – immédiat³⁷. Dans certaines affaires, il nous semble que la Cour utilise le terme « immédiat » avant tout en référence à un seuil d'intensité plutôt que dans un sens temporel³⁸. Dans tous les cas, la Cour a reconnu qu'il faut tenir compte des particularités empiriques/scientifiques d'une menace « notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter »³⁹.

3. Intensité

23. Pour décider si une personne a le statut de victime, la Cour exige « un minimum de gravité » dans les cas environnementaux⁴⁰ ou « un degré de probabilité » entre la menace et le bien-être des requérant.e.s⁴¹. 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 »⁴². Cependant, cette formulation⁴³ ne semble pas être compatible avec l'idée même de victimes potentielles⁴⁴ ni avec la jurisprudence précitée sur l'absence du critère de préjudice.
24. 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 »⁴⁵.

F. Conclusion du premier point : La Cour ne peut pas éviter de se prononcer

25. 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, un.e requérant.e peut « se prétendre victime » d'une violation de la CEDH à condition qu'il ou elle soit ou risque d'être directement affecté.e.

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

26. Dans ses « questions aux parties » dans l'affaire présente, la Cour a, entre autres, demandé si la Suisse s'est acquittée de ses obligations positives déduites des art. 2 et 8 CEDH lues à la lumière du droit international de l'environnement, plus particulièrement si elle a adopté une réglementation appropriée. Notre deuxième thématique vise à déterminer dans quelle mesure la problématique susmentionnée est comparable à d'autres constellations dans lesquelles la Cour a été amenée à évaluer une législation

³⁷ CourEDH, *Osman c. Royaume-Uni* (GC), 1998, § 116.

³⁸ P.ex. CourEDH, *Zammit Maempel v. Malta*, 2011, § 67.

³⁹ CourEDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), 2004, § 90.

⁴⁰ CourEDH, *Fadejeva c. Russie*, 2005, § 70.

⁴¹ CourEDH, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse* (GC), 1997, § 40.

⁴² 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.

⁴³ Citée ensuite une fois dans CourEDH, *Mansur Yalçın et autres c. Turquie*, 2014, § 40.

⁴⁴ CourEDH, *Taşkın et autres c. Turquie*, 2004, §111-113 (qui parle d'une menace « pouvant affecter » les personnes).

⁴⁵ CourEdH, *Cordella et autres c. Italie*, 2019, § 100-109.

nationale dans le passé. 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 de questions, nous proposons de comparer les enjeux de la présente affaire à un autre exemple de 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.

A. Le législateur national face à la CEDH

27. Comme cela ressort de la question n° 2 posée, il y a tout d'abord lieu de rappeler que la Convention s'impose à tous les organes de l'Etat, y compris au législateur⁴⁶. Plus particulièrement, la Cour juge nécessaire l'adoption de mesures, notamment normatives, lorsqu'elle constate la présence de lacunes entraînant des violations de la Convention⁴⁷. 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 »⁴⁸.
28. La Suisse a déjà fait à plusieurs reprises l'objet de condamnations impliquant la nécessité d'une révision législative. A titre d'exemple, rappelons que la Suisse a été condamnée par la CourEDH en 1994 en raison de la législation civile suisse qui n'accordait pas le même droit à l'époux qu'à l'épouse en matière de nom⁴⁹. 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 Cour européenne des droits de l'homme du 22 février 1994 dans la cause *Burghartz contre Suisse* »⁵⁰. 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.
29. 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 en matière environnementale

30. 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 CEDH⁵¹ que de l'art. 2 CEDH⁵². 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 »⁵³.

⁴⁶ Cf. art. 46 CEDH, Zimmermann (n 17), 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.

⁴⁷ Zimmermann (n 17), p. 547.

⁴⁸ CourEDH, *Airey c. Ireland*, 1979, § 25 et par ex. également CourEDH, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

⁴⁹ CourEDH, *Burghartz c. Suisse*, 1994. Voir également CourEDH, *Affaire Verein gegen Tierfabriken Schweiz (vgt) c. Suisse (n° 2)*, 2009, (GC), § 78 ss.

⁵⁰ 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.

⁵¹ CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88.

⁵² CourEDH, *Öneryildiz c. Turquie*, 2004, § 90.

⁵³ CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88 et les références citées.

31. 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, 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 Rio⁵⁴. En ce sens, il est admis qu'une certaine « synergie des sources » est présente dans la jurisprudence de la CourEDH et participe d'une « densification normative »⁵⁵. Actuellement, l'Accord de Paris et les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) sont les instruments à disposition des États pour concrétiser la mise en œuvre des obligations positives qui se déduisent de la CEDH en matière de lutte contre le dérèglement climatique.
32. Reste à examiner la marge d'appréciation dont disposent les États en matière environnementale. A cet égard, il y a lieu de relever qu'elle est aujourd'hui réduite en raison des éléments suivants :
 - La ratification de l'Accord de Paris a fait l'objet d'un véritable consensus au sein des pays européens en ce sens que les objectifs et obligations qu'il consacre limitent la marge d'appréciation des États.
 - La marge d'appréciation des États est réduite de manière automatique en présence de droits intangibles, dont le droit à la vie consacré par l'art. 2 CEDH⁵⁶.
- 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 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 2021⁵⁷. Un État ne peut toutefois se soustraire de ses obligations internationales en invoquant son droit interne⁵⁸. Une telle règle découle de l'art. 27 de la Convention de Vienne et la CourEDH a déjà eu l'occasion de la rappeler⁵⁹ 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 relève le Tribunal fédéral dans son arrêt attaqué⁶⁰, 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.

⁵⁴ Voir par ex. CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 111 et 120.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Rahma Bentirou Mathlouthi, *Le droit à un environnement sain en droit européen : Dynamique normative et mise en œuvre jurisprudentielle* (Thèse Grenoble Alpes/Neuchâtel: L'Harmattan, 2021), p. 347.

⁵⁷ Chancellerie fédérale suisse, Votation populaire du 13 juin 2021, Résultat officiel provisoire, <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>.

⁵⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331, art. 27 ; Sandra Stahl, *Schutzpflichten im Völkerrecht: Ansatz einer Dogmatik*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Berlin: Springer), 324 ; Anja Seibert-Fohr, "From Complicity to Due Diligence: When Do States Incur Responsibility for Their Involvement in Serious International Wrongdoing?," *German Yearbook of International Law* 60 (2017) 667-708: note de bas de page 133.

⁵⁹ Par ex. CourEDH, *N.D. et N.T. c. Espagne* (GC), 2020, § 109.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral suisse 146 I 145 c. 4.3.

37. Au-delà du fait qu'un tel outil nécessite d'être titulaire des droits politiques – ce qui a pour conséquences d'exclure les mineur·e·s, les ressortissant·e·s étrangers/ères et les personnes incapables de discernement séjournant en Suisse (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 requérantes (notamment déduits des art. 2 et 8 CEDH).
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 Suisse⁶¹. 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.
39. L'on peut observer que seules de très rares initiatives ont donné lieu à l'adoption de dispositions constitutionnelles directement applicables⁶² 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 fédéral⁶³.
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. Tel est l'objet de l'initiative « Pour un climat sain (initiative pour les glaciers) » qui sera prochainement soumise au vote⁶⁴. De telles dispositions constitutionnelles permettent certes d'initier une procédure législative dans un domaine particulier (par ex. le climat), mais ne garantissent pas une concrétisation législative conforme aux directives constitutionnelles qu'elles consacrent. 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 « Le 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 permettrait 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 suite⁶⁵. En d'autres termes, aucun instrument juridique ne permet en Suisse de sanctionner le législateur fédéral qui ne respecterait pas son mandat constitutionnel.
41. 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 qui doit pleinement respecter les obligations positives qui se déduisent des art. 2 et 8 CEDH en matière environnementale.

⁶¹ 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

⁶² Nagihan Musliu, *Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen (Thèse Zurich)* (Zurich: Dike, 2019), p. 27.

⁶³ 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.

⁶⁴ Feuille fédérale suisse 2019 8104.

⁶⁵ René A. Rhinow, "Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?", *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 116, no. 7 (2015) 345-46.