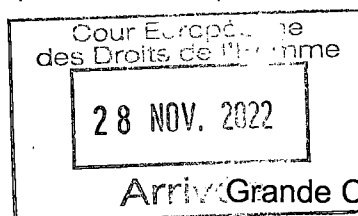


Unil

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

53600/20 CHE  
C/6/1 DAR-KKM  
I SBRELF SUI-VEREIN KLIMASENIORINNE



Arrivée Grande Chambre de la  
Cour européenne des droits de  
l'Homme  
Conseil de l'Europe  
F-67075 Strasbourg cedex  
FRANCE

Lausanne, le 25 novembre 2022

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

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'Homme,  
Monsieur le Greffier de la Cour européenne des droits de l'Homme,

Par la présente, nous avons l'honneur de vous transmettre, dans le délai imparti, une version actualisée de notre tierce intervention.

En vous remerciant pour les suites que vous donnerez à la présente, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président de la Cour et Monsieur le Greffier de la Grande Chambre de la Cour, l'expression de nos sentiments distingués.

Prof. Evelyne Schmid

Prof. Véronique Boillet

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique  
Centre de droit comparé, européen et international

Tél. +41 21 692 28 20 | Fax. +41 21 692 27 85 | evelyne.schmid@unil.ch | www.unil.ch/dip

28 NOV. 2022

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](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. § 19ss) 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 personnels<sup>1</sup>.
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.

<sup>1</sup> Pour de plus amples détails sur nos axes de recherche et nos publications, v. [www.unil.ch/unisciences/evelyneschmid](http://www.unil.ch/unisciences/evelyneschmid), [www.unil.ch/unisciences/veroniqueboillet](http://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 »<sup>2</sup>. 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 connaissance<sup>3</sup> d'une menace réelle et immédiate visant un bien juridique significatif<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>. 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. »<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup> et *juridiquement*<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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

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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 »).

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

<sup>8</sup> 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. »

<sup>9</sup> *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 manquement<sup>10</sup>. 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 »<sup>11</sup>. 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 »<sup>12</sup>. 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 discrimination<sup>13</sup>, pénaliser certains comportements pour les prévenir<sup>14</sup>, ou protéger, par des « mesures raisonnables et adéquates » les habitants contre des pollutions de l'environnement<sup>15</sup>. 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 intergouvernemental<sup>16</sup>.
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

<sup>10</sup> Et des obligations correctives concernant les effets déjà présents du dérèglement climatique.

<sup>11</sup> CourEDH, *Öneryildiz c. Turquie*, GC, 2004, § 89.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> CourEDH, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

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

<sup>15</sup> CourEDH *Fadejeva c. Russie*, 2005, § 89: v. aussi CourEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 1990, § 41 ; *Guerra et autres c. Italie*, 1998, § 58.

<sup>16</sup> 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)<sup>17</sup> et/ou si elle fait partie d’une catégorie de personnes risquant « de subir directement les effets » de la législation critiquée (victime potentielle)<sup>18</sup>.

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 rigidement 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<sup>er</sup> de la Convention et de l’effectivité de la protection « des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »<sup>19</sup>. Il est vrai que les obligations positives dans le cas d’espèce s’adressent aussi au législateur (et impliquent donc également les institutions politiques)<sup>20</sup>, mais leur nature ne doit pas avoir pour conséquence de rendre toute requête irrecevable pour des motifs procéduraux<sup>21</sup>. 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 »)<sup>22</sup>. La CourEDH a cité les articles de la CDI à maintes reprises étant donné leur importance en droit international

<sup>17</sup> CourEDH, *Roman Zakharov c. Russie* (GC), 2017, § 164.

<sup>18</sup> V. ci-dessous, section II.E.

<sup>19</sup> CourEDH, *Airey c. Royaume-Uni*, 1979, § 24.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

général<sup>23</sup>. La responsabilité d'un État est engagée si une action ou une omission<sup>24</sup> 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)<sup>25</sup>. 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 »<sup>26</sup>. 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 »<sup>27</sup> et à l'aune de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »<sup>28</sup> (question 5.3).
18. En définitive, les articles de la CDI et la jurisprudence de la Cour internationale de justice<sup>29</sup> 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,

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Les articles de la CDI visent les actions ou les omissions, articles de la CDI, art. 2.

<sup>25</sup> 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 Vaucleroy, "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.

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

<sup>27</sup> 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.

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

<sup>29</sup> 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 incriminée<sup>30</sup>, 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 »<sup>31</sup>. 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) incriminée<sup>32</sup>. 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 complexes<sup>33</sup>).

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] »<sup>34</sup>, 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*<sup>35</sup>. 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*<sup>36</sup>. Or la notion de prévisibilité est appréhendée, en matière environnementale, par les principes de prévention et de précaution<sup>37</sup>.

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

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

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> CourEDH, *Gorraiz Lizarraga c. Espagne*, 2004, § 38.

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

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

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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 »<sup>38</sup>.

### 3. Intensité

24. Pour décider si une personne a le statut de victime, la Cour exige « un minimum de gravité » dans les cas environnementaux<sup>39</sup> ou « un degré de probabilité » entre la menace et le bien-être des requérantes<sup>40</sup>. 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 »<sup>41</sup>. Cependant, ces formulations ne semblent pas être compatibles avec l'idée même de victimes potentielles<sup>42</sup> 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 »<sup>43</sup>.

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

<sup>38</sup> CourEDH, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), 2004, § 90.

<sup>39</sup> CourEDH, *Fadejeva c. Russie*, 2005, § 70.

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

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> 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 législateur<sup>44</sup>. Plus particulièrement, la Cour juge nécessaire l'adoption de mesures, notamment normatives, lorsqu'elle constate la présence de lacunes entraînant des violations de la Convention<sup>45</sup>. 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 »<sup>46</sup>.
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 nom<sup>47</sup>. 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 »<sup>48</sup>. 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 CEDH<sup>49</sup> que de l'art. 2 CEDH<sup>50</sup>. 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 »<sup>51</sup>.
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 Rio<sup>52</sup>. En ce sens, il est admis qu'une certaine « synergie des sources » est présente dans la jurisprudence de la CourEDH et

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> Zimmermann (n 16), p. 547.

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

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

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88.

<sup>50</sup> CourEDH, *Öneryildiz c. Turquie*, 2004, § 90.

<sup>51</sup> CourEDH, *Tătar c. Roumanie*, 2009, § 88 et les références citées.

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

participe d'une « densification normative »<sup>53</sup>. 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 2021<sup>54</sup>. 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 Vienne<sup>55</sup> et la CourEDH a déjà eu l'occasion de la rappeler<sup>56</sup> 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 attaqué<sup>57</sup> 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 requérantes<sup>58</sup>.
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 Suisse<sup>59</sup>. 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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).

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

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

<sup>57</sup> Arrêt du Tribunal fédéral suisse 146 I 145 c. 4.3.

<sup>58</sup> 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/>.

<sup>59</sup> 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](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 applicables<sup>60</sup> 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 fédéral<sup>61</sup>.
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 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 suite<sup>62</sup>. 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'initiative<sup>63</sup>. 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.

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

<sup>61</sup> 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.

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

<sup>63</sup> 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.

European Court of Human Rights, *Verein KlimaSeniorinnen* and others v. Switzerland (Application no. 53600/20)

25 november 2022

**Third party intervention under article 44(3) of the Rules of Court**

Evelyne Schmid and Véronique Boillet

*(This is a translation of the intervention, originally written in French. We updated the document in light of the new questions by the Grand Chamber. Available online:*

*[https://serval.unil.ch/en/notice/serval:BIB\\_A64D62947BC2](https://serval.unil.ch/en/notice/serval:BIB_A64D62947BC2)*)

**Summary:**

- The main matter in dispute is an alleged omission. The applicants invoke an omission by state organs who have allegedly failed to take sufficient measures. The attributable facts concern this omission, not the effects of the omission occurring abroad.
- The invocation of a violation – which is the first step in assessing victim status – must inevitably involve an analysis of the positive obligation. International law on the responsibility of states for internationally wrongful acts confirms that an allegation of a violation by omission is evaluated by comparing the measures taken with those required by an international obligation. The impact on the claimants of the omission is assessed in a second step (see § 19ff) and the extent of the obligations must be assessed in light of the principles of precaution and prevention.
- The Court has already been called to evaluate measures adopted by domestic legislators or to interpret the rights protected under the ECHR in the light to other international instruments. In this respect, the peculiarities of the Swiss constitutional system (semi-direct democracy) do not affect the scope of the subsidiarity principle, nor the potential indication of general measures with regard to Art. 46 ECHR.

1. On 24 October 2022, the President of the Grand Chamber granted us leave to submit observations before the Court. We are professors at Lausanne University, express our own views and write in a personal capacity.<sup>1</sup>
2. Our intervention will address three topics: Part I is dedicated to the scope of the case and jurisdiction. Part II describes the interconnection between questions concerning admissibility and those concerning the material scope of articles 8 and 2 of the Convention and their interpretation in light of prevention and precautionary principles. Part III aims to establish if the peculiarities of a semi-direct democracy can have an impact on subsidiarity and on potential general measures.

**I. The scope of the case, attribution, and jurisdiction**

3. Regarding arts. 2 and 8 ECHR, the subject of the dispute is the alleged failure to comply with the positive obligation to put in place a legislative and administrative framework to protect against climate threats. The facts attributable to the state concern an alleged omission by state organs, in particular the legislator – and not the effects of this omission (see § 16). These facts fall within the Swiss territorial jurisdiction. The arguments raised by the applicants in October 2021 on emissions generated abroad illustrate that the current regulatory framework of the respondent State involves a very significant footprint, but it does

<sup>1</sup> For further details on our research and publications, see [www.unil.ch/unisciences/evelyneschmid](http://www.unil.ch/unisciences/evelyneschmid), [www.unil.ch/unisciences/veroniqueboillet](http://www.unil.ch/unisciences/veroniqueboillet).

not seem necessary to address the issue of extraterritorial jurisdiction since the alleged weaknesses in the regulatory framework emanate from the Swiss legislature and threaten individuals on Swiss territory.

## II. The scope of the obligation at stake and its consequences on admissibility

4. The complex relationship between the acknowledgement of positive obligations and the possibility of invoking them before courts calls for an analysis of whether the obligation to protect against large-scale threats has consequences on the analysis of admissibility conditions under the ECHR. In its questions to the parties, the Court asked two distinct questions on the victim status (question 3) and on the applicability of the Convention provisions (question 4).
5. The analysis of the victim status raises conceptual questions in relation to the destabilization of the climate. In particular, the nature of the violations alleged by the applicants makes it difficult to strictly separate the questions related to victim status and the applicability of the Convention provisions. Under customary international law on the responsibility of States for internationally wrongful acts, the identification of a violation by omission necessary implies a comparison between the conduct of the State and the international obligation. It is only afterwards that the personal – direct or potential – impact on the applicants' well-being can be addressed.

### A. Positive obligations in the ECHR and their classification

6. The ECHR contains positive obligations that the Court and the legal doctrine had the opportunity to analyze. On a general level, positive obligations are those that 'require [member States] to take action'.<sup>2</sup> They are relevant when there is (1) a foreseeable and significant risk concerning the enjoyment of a right, (2) and a possibility for the State to prevent or limit a risk or remedy its consequences. A preliminary and necessary condition is that the State knew, or ought to have known,<sup>3</sup> of the existence of a real and immediate risk to a significant legal value.<sup>4</sup> In the *Balmer-Schafroth and others c. Switzerland* case, the Grand Chamber referred to a 'danger that was not only serious but also specific and, above all, imminent'.<sup>5</sup> In the *Di Sarno and others v. Italy* case, the Court underlined that 'the crucial element (...) is the existence of a harmful effect on a person's private or family sphere and not simply the general deterioration of the environment'.<sup>6</sup> We will address the intensity and time horizon of the threat, as well as the issue of the effects on the applicants, in section II.E. below.

---

<sup>2</sup> This simple definition was given in Judge Martens' Dissenting Opinion, *Gül v. Switzerland*, 1996, §7.

<sup>3</sup> ECtHR, *Osman v. United Kingdom* (GC), 1998, § 116: It 'must be established (...) that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.'

<sup>4</sup> Ibid, § 116, 'real and immediate risk'. ECtHR, *Opuz v. Turkey*, 2009, § 131: 'real and immediate risk to life'.

<sup>5</sup> ECtHR, *Balmer-Schafroth and others v. Switzerland* (GC), 1997, § 40. The expression 'above all, imminent' recurs in ECtHR, *Athanassoglou and others v. Switzerland* (GC), § 51.

<sup>6</sup> ECtHR, *Di Sarno and others v. Italy*, 2012, § 80. Quoting ECtHR, *Kyrtatos v. Greece*, 2003, § 52 ('the existence of a harmful effect on a person's private or family sphere'); and ECtHR *Fadejeva v. Russia*, 2005, § 68, 'the interference must directly affect the applicant's home, family or private life').

7. The State must be *factually*<sup>7</sup> and *legally*<sup>8</sup> capable of influencing the risk. It is not essential to know if a State can, or not, eradicate the consequences that climate change has on the applicants: the question is whether the State can *influence* the risk.<sup>9</sup>
8. The Court and the legal doctrine have suggested several categories for positive obligations (e.g. procedural, preventive or corrective positive obligations). The present case primarily concerns preventive positive obligations under articles 2 and 8 ECHR: the applicants complain of the lack of measures against climate change, and of the present and future effects of such inaction.<sup>10</sup> Among preventive positive obligations, it is possible to discern two sub-categories: the *one-time* positive obligations to intervene, and the positive obligations to *limit and prevent* damages on a wider scale. A considerable number of cases concern obligations of the first kind. This is, for instance, the situation of a non-State actor threatening another person, e.g. in the context of domestic violence. If the State has knowledge of the threat and has the means to avoid it, then it has the obligation to intervene (e.g. through police measures).
9. The second kind of preventive positive obligation – the obligation to prevent harm on a wider scale – is also acknowledged by the Court's case law. The Court refers to a 'primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence' against threats.<sup>11</sup> The protection by law, or the obligation to put in place a legislative framework designed to effectively protect Convention rights, has even been referred to as 'the first and foremost positive obligation'.<sup>12</sup> The protection by law means that States develop legislation (in the wider meaning) in a way that allows to prevent and remedy threats to the enjoyment of rights. In this scenario, danger is less specific, more diffuse, it does not derive necessarily from a single non-State actor, and it potentially manifests itself within a longer timeframe. Therefore, it has been acknowledged that States must, for instance, adopt measures against discrimination,<sup>13</sup> criminalise certain behaviours in order to prevent them,<sup>14</sup> or protect through 'reasonable and appropriate measures' inhabitants against environmental pollution.<sup>15</sup> It is not only an obligation to intervene in specific incidents against ongoing non-State violations, but also an obligation to regulate, in order to avoid and prevent risks that might affect the enjoyment of rights protected under the ECHR.
10. The case *Bevacqua and others v. Bulgaria*, dealing with domestic violence, is interesting in this regard as it provides a description of preventive obligations of both kind: the Court not only identifies the obligation

<sup>7</sup> *Osman v. United Kingdom* (GC), 1998, § 116: 'in a manner which fully respects the due process and other guarantees'.

<sup>8</sup> International Court of Justice (ICJ), Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment of 26 February 2007, § 430: 'The State's capacity to influence must also be assessed by legal criteria, since it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law.'

<sup>9</sup> *Osman v. United Kingdom* (GC), 1998, § 116 (the Court uses the verb 'pallier le risque' in French / 'avoid the risk' in English). The International Court of Justice used the terms 'capacity to influence', 'so far as possible': ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, merits, (supra n. 8, § 430).

<sup>10</sup> And of corrective obligations concerning the current effects on climate change.

<sup>11</sup> ECtHR, *Öneriyildiz c. Turkey*, GC, 2004, § 89.

<sup>12</sup> 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 and Eva Brems (Dordrecht: Springer, 2014), 69-129: p. 85. Referring to Keir Starmer, "Positive Obligations under the Convention," in *Understanding Human Rights Principles*, ed. Jeffrey Jowell and Jonathan Cooper (Oxford: Hart, 2001), 139-59: p. 152.

<sup>13</sup> ECtHR, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

<sup>14</sup> ECtHR, *Söderman v. Sweden* (GC), 2013, § 85 ('to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection').

<sup>15</sup> ECtHR *Fadejeva c. Russie*, 2005, § 89. v. aussi ECtHR, *Powell and Rayner v. United Kingdom*, 1990, § 41; *Guerra and others v. Italy*, 1998, § 58.

to intervene in the specific incident through police forces, but it also reminds to the respondent State its positive obligation to put in place an adequate legislative and administrative framework against domestic violence – i.e. an obligation of the second kind – for instance by adopting measures indicated in a recommendation elaborated at the intergovernmental level.<sup>16</sup>

11. While the distinction between the two categories is not clear-cut, it is nonetheless useful, as it allows to pinpoint the difficulties that the examination of a violation implies in respect of the establishment of the victim status. For the first sub-category – the *one-time* positive obligations – there is a physical and temporal closeness between the person and the threat; and this allows to tackle the issue of the victim status more easily than for the second category. The case of obligations to protect against threats requiring more than one-time intervention is examined below.

B. Victim status: The starting point

12. The Court may receive applications from any person 'claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention of the Protocols thereto' (art. 34 ECHR). The Court verifies whether an applicant was 'directly affected' by the measure complained of (direct victim)<sup>17</sup> and/or if he or she is member of a group who risks 'being directly affected' by the legislation complained of (potential victim).<sup>18</sup>

C. Victim status in case of disputed omissions

13. It is impossible to determine whether a person can be considered as the victim of a violation without preliminary establishing the scope of the invoked international obligation. The same is true in cases of alleged interferences (and thus negative obligations), where the examination of the victim status requires equally, at least implicitly, a preliminary examination of the scope of protection of the invoked rights.
14. Rigidly separating the analysis of the victim status from that of the invoked obligation entails the risk that the nature of the obligation at stake determines the issue of admissibility: this is not desirable under article 1 of the Convention and the effective protection of 'rights that are not theoretical or illusory but rights that are practical and effective.'<sup>19</sup> Admittedly, the positive obligations at issue in the present case are addressed to the legislator (and they thus interest political institutions),<sup>20</sup> but their nature cannot have the consequence of rendering any application inadmissible for procedural reasons.<sup>21</sup> If such an approach was adopted, a two-speed protection would be put in place: the allegations concerning interference or violation of *one-time* positive obligations would benefit of a more favourable treatment than the allegations concerning violations of obligations to protect against potentially severe threats on a larger scale. The Court can avoid this gap by considering that the allegation concerns an alleged omission of protection against a diffuse threat, requiring more than one-time intervention. Such an approach is justified also in respect of the general international law of States responsibility for omissions.

<sup>16</sup> ECtHR, *Bevacqua and others v. Bulgaria*, 2008, § 83. Quoted in 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.

<sup>17</sup> ECtHR, *Roman Zakharov v. Russia* (GC), 2017, § 164.

<sup>18</sup> See below, part II.E.

<sup>19</sup> ECtHR, *Airey c. United Kingdom*, 1979, § 24.

<sup>20</sup> Federal Supreme Court ruling of May 5, 2020, 1C\_37/2019, [Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. gegen Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)], consideration 4.3.

<sup>21</sup> See also 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: 503, qui argumente qu'il n'est pas pertinent de vouloir séparer « le droit » de « la politique » par le biais du droit procédural.

- D. Customary international law: identifying a violation requires a comparison of the State conduct with the international obligation
15. About twenty years ago, the United Nations International Law Commission (ILC) adopted the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("ILC Articles").<sup>22</sup> The ECtHR has quoted the ILC Articles repeatedly, in light of their relevance under general international law.<sup>23</sup> The responsibility of a State is engaged: if an act or omission<sup>24</sup> can be attributed to it; if there is violation of an international obligation; and if no circumstance preclude wrongfulness. In the present case, the ILC Articles help analyzing the alleged omission and identifying a potential violation for the purpose of interpreting art. 34 ECHR.
  16. The question of attribution poses no difficulty in the present case, as the alleged omission emanates from State organs (which, according to the applicants, should have acted more).<sup>25</sup> The facts to attribute concern the omission by the state, not the effects thereof.
  17. In order to examine the second condition for responsibility, i.e. to establish if the omission constitutes a violation of an international obligation of the respondent State, art. 12 of the Articles establishes that '[t]here is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character'. The Commentary points out that '[i]n the terms of article 12, the breach of an international obligation consists in the disconformity between the conduct required of the State by that obligation, and the conduct actually adopted by the State—i.e. between the requirements of international law and the facts of the matter.'<sup>26</sup> In order to interpret the wording of art. 34 ECHR ('claiming to be the victim of a violation') when an unlawful omission is alleged, the ILC Articles impose to evaluate the measures adopted by the State against what is required under the international obligation – in the present case, articles 2 and 8 of the Convention, interpreted in the light of present-day conditions as determined in accordance with 'best available science'<sup>27</sup> and 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties'<sup>28</sup> (question 5.3).
  18. Ultimately, the ILC Articles and the case law of the International Court of Justice<sup>29</sup> uphold the idea that the Court, when interpreting art. 34 ECHR, must necessarily compare the positive obligations under

---

<sup>22</sup> ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, annexed to the General Assembly resolution 56/83, 12 December 2001.

<sup>23</sup> For recent overviews, see e.g. 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.

<sup>24</sup> ILC Articles concern acts and omissions, ILC Articles, art. 2.

<sup>25</sup> ILC Articles, art. 4. See also Margaretha Wewerinke-Singh, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights Under International Law* (Oxford: Hart, 2020), 88 ; Pierre d'Argent et Alexia de Vauceroy, "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.

<sup>26</sup> Commentary to ILC Articles, *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II(2), p. 54 (§2 commentary to art. 12).

<sup>27</sup> Paris Agreement, art. 4(1). Needless to say, the Paris Agreement is relevant for the interpretation of the respondent State's obligations under the ECHR as regards climate issues.

<sup>28</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, art. 31(3)c.

<sup>29</sup> The International Court of Justice has confirmed that identifying the violation by omission requires evaluating measures taken against those that are required under the primary obligation. See e.g. in its very first judgment: International Court of Justice, Corfu Channel case (*United Kingdom of Britain and Northern Ireland v. Albania*), judgment on the merits of 9 April 1949, p. 23.



articles 2 and 8 against the measures adopted by the respondent State. The link between the alleged omission and the applicants is to be evaluated afterwards.

E. Are the applicants 'directly affected' by the alleged unlawful omission?

19. If the Court finds a potential disproportionality between the measures adopted by the respondent State and articles 2 and 8 of the Convention, then, under article 34, it must be verified if the applicants can claim to be victims. To claim to be victim of a violation, an applicant must be able to show that he or she was 'directly affected' by the measure complained of,<sup>30</sup> i.e., in the present case, the allegedly omitted adoption of sufficient measures notwithstanding an international obligation binding upon Switzerland. The Court has pointed out that article 34 concerns persons 'who would have a valid and personal interest in seeing it [the violation] brought to an end'.<sup>31</sup> A person can claim to be a potential victim if he/she risks 'being directly affected' by a certain conduct (active or passive), e.g. because he/she is a member of a group who risk being prejudiced by the measure complained of.<sup>32</sup> This criterion, which rules out any *actio popularis*, imposes an analysis of the situation of the applicants and their peculiar vulnerability (here: as elderly women but importantly also the association required to represent individuals confronted with particularly complex legal problems<sup>33</sup>).
20. Three questions arise on the link between the alleged omission and the applicants (relevant to questions 3 to 5 of the Court): a) Does the necessary link between the applicants and the omission complained of require evidence of a prejudice?; b) What is the time-frame within which the effects of an omission must occur in order to grant the status of potential victim?; c) What is the necessary degree of intensity?
1. Absence of the prejudice
21. Article 34 ECHR requires that the person be, or risks being, 'directly affected by the act or omission in issue'. However, the existence of a violation of the Convention is conceivable even in the absence of prejudice, as the latter 'is relevant only in the context of [just satisfaction]'<sup>34</sup> and – after Protocol 14 – in the context of art. 35 § 3 b ECHR. The Convention does not require that the omission causes prejudice in order to grant victim status. It is necessary that the applicants are, or risk being, 'directly affected'.
2. Time-frame
22. In respect of positive obligations, the risk of being directly affected must be real and – according to the Court in *Osman v. United Kingdom* and other cases – *immediate*.<sup>35</sup> However, several authors have pointed out that this requirement is not systematically dealt with in the case law: it implies sometimes that the

---

<sup>30</sup> ECtHR, *Tănase v. Moldova* (GC), 2010, § 104; *Burden v. United Kingdom* (GC), 2008, § 33; *Lambert and others v. France* (GC), 2015, § 89.

<sup>31</sup> ECtHR, *Vallianatos and others v. Greece* (GC), 2013, § 47; quoting *Defalque v. Belgium*, 2006, § 46; *Tourkiki Enosi Xanthis and others v. Greece*, 2008, § 38.

<sup>32</sup> E.g. ECtHR, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 1992, § 44: In this case, two applicants were not pregnant, but they could claim to be victims of the prohibition to distribute to pregnant women information about abortion because they were part of a group risking to be directly prejudiced by the measure complained of. See also *Burden v. United Kingdom* (GC), 2008, § 35.

<sup>33</sup> ECtHR, *Gorraiz Lizarraga v. Spain*, 2004, § 38.

<sup>34</sup> ECtHR, *Amuur v. France*, 1996, § 36; ECtHR, *Balmer-Schafroth and others v. Switzerland* (GC), 1997, § 26; ECtHR, *Brumărescu v. Romania* (GC), 1999, § 50.

<sup>35</sup> ECtHR, *Osman v. United Kingdom* (GC), 1998, § 116.

harm is imminent, sometimes that it is foreseeable.<sup>36</sup> The notion of foreseeability must be apprehended, in environmental matters, by the principles of prevention and precaution.<sup>37</sup>

23. On the basis of these considerations, it appears that the temporary requirement must be interpreted, in climate matters, in the light of the principles of prevention and precaution. Specifically, the question is whether the lack of measures to reduce climate risks threatens the health and lives of the applicants in a way that is sufficiently foreseeable to admit their victim status. In this regard, the Court has acknowledged that account must be taken of the special features of the activity in question, 'particularly with regard to the level of the potential risk'.<sup>38</sup>

3. Intensity

24. To grant victim status, the Court requires a 'level of severity' in environment cases<sup>39</sup> or a 'degree of probability' between the threat and individuals' well-being.<sup>40</sup> In the decision on admissibility in the case *Ouardiri v. Switzerland*, the majority quotes a phrase recurring in three other decisions on admissibility, and in the judgment *Gorraiz Lizarraga and others v. Spain*, according to which there must be a 'sufficiently direct link between the applicant and the prejudice which they consider they have sustained on account of the alleged violation'. In *Ouardiri* the Chamber adds the term 'whether the victim is direct, indirect or potential'.<sup>41</sup> However, these wordings do not seem compatible with the very idea of potential victims,<sup>42</sup> nor with the above-mentioned case law on the prejudice criterion.

25. Nevertheless, it must be noted that a certain intensity of the threat is required under art. 34 ECHR. In the *Cordella v. Italy* judgment, the Court has accepted that an individual is 'personally affected' by the measure complained of if he/she finds him/herself in a situation 'of high environmental risk', in which the environmental threat 'becomes potentially dangerous for the health and well-being of those who are exposed to it'.<sup>43</sup>

F. Conclusions on victim status: the Court cannot avoid pronouncing itself on substantive questions

26. When the Court will examine article 34 ECHR, it will need to pronounce itself on substantive issues. We have seen that the analysis of the victim status in case of alleged omission against extended (or 'non-one-time') threats inevitably requires an evaluation of the behavior of the respondent State against the

<sup>36</sup> See notably these three articles. The authors conclude that the test of a 'real and imminent risk' is not adequate for positive obligations to prevent harm on a wide scale. 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 and 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: 365ff.

<sup>37</sup> Principle 15 of the Rio Declaration, read together with the other instruments mentioned in question 5.3.2 of the Court (see also § 31f).

<sup>38</sup> ECtHR, *Öneryıldız v. Turkey* (GC), 2004, § 90.

<sup>39</sup> ECtHR, *Fadejeva v. Russia*, 2005, § 70.

<sup>40</sup> ECtHR, *Balmer-Schafroth and others v. Switzerland* (GC), 1997, § 40.

<sup>41</sup> ECtHR, *Ouardiri v. Switzerland* (admissibility decision), 2012, § 1 (our translation), quoting (adding potential victims) the following decisions: Commission, *Taurira and others v. France*, 1995; *Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus and others v. France*, 1998; *Comité des médecins à diplômes étrangers and others v. France* 1999; ECtHR, *Gorraiz Lizarraga v. Spain* 2004, § 35.

<sup>42</sup> ECtHR, *Taşkın and Others v. Turkey*, 2004, §111-113 (speaking of a threat which 'may affect' applicants, rather than a threat which 'has affected').

<sup>43</sup> ECtHR, *Cordella and others v. Italy*, 2019, § 100-109.

primary obligation (that is to say, the obligations under articles 2 and 8 ECHR). In the event of a wrongful omission, an applicant can 'claim to be victim' of a violation of the ECHR if she/he is, or risk being, directly affected by said omission.

### III. What is the role of semi-direct democracy?

27. The Court asked, *inter alia*, whether Switzerland has complied with the positive obligations imposed under articles 2 and 8 ECHR, particularly with regard to its margin of appreciation, and to what extent international environmental law should be considered (question 5.3). This section points out that the Court has already had to assess Swiss legislation in the past. Considering the subsidiary nature of the ECtHR's jurisdiction, and that the obligations invoked by the applicants in the present case are mainly addressed to the domestic legislator, the question arises whether – and at what extent – the Court is called to reduce the width of the freedom enjoyed by the democratically elected legislator. In order to answer these questions, we suggest comparing the issues at stake in the present case with another case which the Court has had to face in the past, and to examine the extent to which the instruments of Swiss semi-direct democracy must be taken into account by the Court (questions 5.3 and 8).

#### A. The national legislator before the ECHR

28. As is evident from questions 5.2 and 5.3, it is important to remind that the Convention binds all State organs, including the legislator.<sup>44</sup> More specifically, the Court requires the adoption of measures – notably, legislative ones – whenever it ascertains the presence of *lacunae* determining a violation of the Convention.<sup>45</sup> As the Court noted already in 1979, there is no room to distinguish between acts and omissions: States cannot limit themselves to 'remain passive', because the Convention is not limited to 'primarily negative undertakings' but requires from the States the adoption of 'positive measures'.<sup>46</sup>
29. Switzerland has already made legislative amendments following a judgment from the Court. For example, Switzerland was held responsible by the ECtHR in 1994 because of its legislation that did not grant the same rights to husband and wife as regards their name.<sup>47</sup> The parliamentary works are interesting in this respect. They allow to describe the impact that a judgment can have on the legislator: conscious of their obligation to render legislation compatible with the ECHR, members of the Federal Assembly forwarded their draft to the Commission for legal affairs 'with the assignment of limiting itself to the mere modifications that are absolutely necessary in light of the judgment issued by the [ECtHR] in the *Burghartz v. Switzerland* case'.<sup>48</sup> As demonstrated by the scope of the assignment given to the Commission for legal affairs, the National Council clearly understood that, if the Swiss legislator is free as regards the choice and identification of the measures that need to be adopted, it is however limited as to their content, because the legislative review must comply with the standards of the ECHR.
30. To conclude, it emerges from this example that the ECtHR already intervened to evaluate Switzerland's alleged shortcomings to its obligations to adopt measures aiming at granting compliance with the Convention, and that the judgments had an impact on the Swiss legislator.

<sup>44</sup> Cf. art. 46 ECHR, Zimmermann (supra 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 and Mark E. Villiger (Baden-Baden: Nomos, 2015), 59-74.

<sup>45</sup> Zimmermann (supra n. 16), p. 547.

<sup>46</sup> ECtHR, *Airey v. Ireland*, 1979, § 25 and e.g. also ECtHR, *Marckx v. Belgium*, 1979, § 31.

<sup>47</sup> ECtHR, *Burghartz v. Switzerland*, 1994. See also ECtHR, *Affaire Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) v. Switzerland* (n° 2), 2009, (GC), § 78 ss.

<sup>48</sup> Parliamentary initiative 'Nom et droit de cité des époux. Egalité', Report of the Commission on Legal Affairs of the National Council, Federal Gazette 2009 6843, 6845.

B. The Swiss legislator's margin of appreciation in environmental matters

31. When translating these findings in the field of environment, it is important to remember that positive obligations imply a duty of care both in respect of art. 8 ECHR<sup>49</sup> and 2 ECHR.<sup>50</sup> According to the Court, States have a 'primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against damages to the environment and to human health'.<sup>51</sup> As to the role played by international environmental law in the interpretation of the ECHR by the Court (question 5.3.2), it must be reminded that the Court has already had the opportunity to clarify the scope of the duty of care by reference to the Stockholm and Rio Declarations.<sup>52</sup> In this regard, it is accepted that a certain 'synergy of sources' is present in the ECtHR case law, pertaining to a 'normative densification'.<sup>53</sup> The ratifications of the Paris Agreement, the massive support of the UN General Assembly resolution A/76/L.75 of 26 July 2022 and the contribution of States to the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) are part of State practice within the meaning of Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Through this practice, States admit to limiting their margin of appreciation regarding climate risks and the implementation of positive obligations under the ECHR.

C. Peculiarities of the Swiss democratic system: can the instruments of semi-direct democracy influence the analysis?

32. As previously noted, Switzerland has already been required to amend its legislation in the past. In this respect, it is worth recalling that the availability of democratic instruments does not increase the margin of appreciation (question 5.3.1) and does not allow a State to exempt itself from its obligations. This is valid both in respect of referendums and in respect of popular initiatives.
33. As for the referendum, it is certainly susceptible of threaten a legislative reform (see art. 140 al. 1 let. a Federal Constitution). This was the case of the federal legislative draft on Co2 in June 2021.<sup>54</sup> However, a State cannot exempt itself from its international obligation by invoking its own domestic law. This rule derives from art. 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,<sup>55</sup> and the ECtHR has already had the opportunity to remind the rule<sup>56</sup> in connection with the Convention obligations.
34. As for the popular initiative, typical instrument of Swiss democracy, does it represent – as claimed by the Federal Supreme Court in the contested judgment<sup>57</sup> or the Swiss government in its response (ch. 4) – a sufficient alternative, allowing the applicants to assert their rights?
35. It is necessary to underline that, notwithstanding the clear interest of these instruments, neither the Convention nor the Federal Constitution make the enjoyment of a right conditional upon previous use of the instrument of semi-direct democracy.
36. In addition to requiring the holding of political rights – which implies the exclusion of minors, foreigners and persons with diminished legal capacity (see art. 136 al. 1 Federal Constitution) – it will be

<sup>49</sup> ECtHR, *Tătar v. Romania*, 2009, § 88.

<sup>50</sup> ECtHR, *Öneryildiz v. Turkey*, 2004, § 90.

<sup>51</sup> ECtHR, *Tătar v. Romania*, 2009, § 88 and references quoted therein.

<sup>52</sup> See e.g. ECtHR, *Tătar v. Romania*, 2009, § 111 and 120.

<sup>53</sup> 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. See also the references indicated in footnotes n. 324 and 337. By way of example, see also ECtHR, *Nada v. Switzerland*, 2012 (GC), § 169.

<sup>54</sup> Swiss Federal Chancellery, Popular vote of June 13, 2021, Provisional official result, <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>.

<sup>55</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, art. 27.

<sup>56</sup> E.g. ECtHR, *N.D. and N.T. v. Spain* (GC), 2020, § 109.

<sup>57</sup> Judgment of the Swiss Federal Supreme Court 146 I 145, consideration 4.3.

demonstrated that the popular initiative is not a tool that can guarantee the implementation of Switzerland's obligations to protect the applicants' fundamental rights.<sup>58</sup>

37. First of all, it is important to remind that, if initiatives are frequently used, they are however rarely accepted by people and cantons in Switzerland.<sup>59</sup> In addition, when they are accepted, the implementation of the new constitutional provision is everything but automatic.
38. Very few initiatives have led to the adoption of directly applicable constitutional provisions,<sup>60</sup> and even when this is the case, their effect is limited by reason of a peculiarity of the Swiss constitutional system, i.e. art. 190 of the Federal Constitution. This provision prevents the declaration of invalidity of federal laws even if they are unconstitutional. In practice, this means that, if a popular initiative on the protection of environment is accepted, it will not prevent the adoption of federal laws having negative effects on the environment, as their unconstitutionality cannot be remedied by the Federal Supreme Court.<sup>61</sup>
39. A popular initiative mandating the Federal Assembly to legislate along certain guidelines does not have more chances of granting respect for fundamental rights. Constitutional provisions of this kind can certainly prompt the legislative procedure on a specific topic, but they do not grant conformity. If the Parliament does not follow – or does not follow entirely – the substantive constitutional guidelines to which it is bound and adopts an insufficient law, no domestic legal instrument allows the declaration of invalidity of its choice. The above-mentioned peculiarity of the Swiss legal system is contained in the immunity clause under art. 190 Federal Constitution, according to which 'the Federal Supreme Court and the other judicial authorities apply the federal acts and international law', and article 189 al. 4 Federal Constitution (like art. 82 of the federal Act on the Federal Supreme Court *a contrario*) excluding any control *in abstracto* of federal normative acts. The consequence is that, even if a popular initiative leads to the adoption of a constitutional provision mandating the legislator to adopt a regulation aiming at reducing Co2 emissions, no domestic legal procedure can guarantee that the legislator will act.<sup>62</sup> Furthermore, in cases where an initiative prompts the Federal Assembly to draw up a counter-proposal (direct or indirect), the said draft then proposes a less ambitious version compared to the initial objectives of the initiative.<sup>63</sup> In light of the above, the peculiarities of the Swiss democratic system do not allow a specific interpretation of the subsidiarity principle in respect of Switzerland.

---

<sup>58</sup> 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/>.

<sup>59</sup> Swiss Federal Chancellery, Provisional voting results of 13 June 2021, <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20210613/can644.html>. It should also be noted that the new project developed as an indirect counterproposal to the 'Glacier Initiative' is also the subject of a request for a referendum (referendum deadline 19 January 2023), FF 2022 2403).

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

<sup>61</sup> Art. 190 of the Federal Swiss Constitution, *a contrario*; art. 82 let. b of the Federal Act of the Federal Supreme Court, RS 173.110.

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

<sup>63</sup> This is the case, for example, of the indirect counterproposal that led to the conditional withdrawal of the 'Glacier Initiative', which, in contrast to the initiative, refrains from enshrining a ban on fossil fuels. FF 2022 2403.