

Désobéissance « civique » et reviviscence du « bien commun » : mésinterprétations et mésusages des décisions de justice en matière climatique

Nous publions, au titre de bonnes feuilles, un extrait d'un livre collectif qui ne paraîtra pourtant qu'en mai 2021 aux Puf, Désobéir pour la Terre. État de nécessité (sous la direction de Dominique Bourg, Clémence Demay et Brian Favre). Il nous a toutefois paru opportun de publier sans attendre le dernier chapitre de cet ouvrage. Rédigé par un juriste-philosophe, spécialiste de méthodologie juridique, le Professeur Alain Papaux de l'Université de Lausanne, il nous apporte des éclaircissements décisifs. Ces derniers permettent de couper court aux commentaires à l'emporte-pièce, dont nous avons été gratifiés après le récent jugement du tribunal de Genève sur l'affaire des « mains rouges » et du Crédit suisse ; cela avait été aussi le cas après le jugement du tribunal de Renens, en janvier dernier, au sujet des joueurs de tennis au sein d'une succursale lausannoise du même Crédit Suisse. L'article d'Alain Papaux est d'autant plus intéressant qu'il ne tanche nullement sur le fond. Il éclaire simplement le travail nécessairement interprétatif du juge et le fonctionnement de la jurisprudence. Et c'est pourquoi nous ne pouvons qu'en recommander instamment la lecture.

Nous ne reprendrons pas ici l'ensemble des commentaires produits à l'occasion des ces deux affaires. Ils ont été, et c'est on ne peut plus normal, contrastés. Rappelons ceux de l'ancien juge fédéral Niklaus Oberholzer favorables aux activistes climatiques (<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/m-kalten-krieg-haette-ein-richter-die-aktivisten-wohl-verurteilt/story/13050425>). Sur un tout autre plan, mentionnons l'intervention d'Alain Macaluso sur les ondes de la RTS, dans la foulée du jugement, le 20 octobre dernier, lors de l'émission Forum. Alain Macaluso a été présenté comme professeur de droit et de procédure pénale à l'Université de Lausanne, également. Le problème en l'occurrence n'est pas qu'Alain Macaluso n'ait pas apprécié la décision du juge. Non, le problème est autre : 1) les raisons données à l'appui de son appréciation ; 2) le fait qu'il n'ai jamais été mentionné pour l'auditeur de la RTS que ce Monsieur est par ailleurs

avocat
(

du

Crédit

suisse

contrasting tone. We can recall those of the former Federal justice Niklaus Oberholzer, which were favorable to the climate activists (<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/im-kalten-krieg-haette-ein-richter-die-aktivisten-wohl-verurteilt/story/13050425>). Of a wholly different tone, we can mention Alain Macaluso's intervention, broadcasted on the RTS radio shortly after the court ruling was issued, on October 20th, during the program *Forum*. Alain Macaluso was introduced as a professor of law as well as criminal procedure at the University of Lausanne. The quandary at hand is not that Alain Macaluso took issue with the judge's decision. The problem lies elsewhere: in 1) the reasons given to support his opinion; 2) the the i whe i o fodbheheheMacaluso e

attendre du droit en matière environnementale.

A) Une vision sclérosée de la séparation des pouvoirs

En premier lieu, une conception naïve et formaliste de la séparation des pouvoirs, les affirmant distincts absolument, sans influence réciproque, à tout le moins des inférieurs sur le supérieur. En termes de force, le supérieur, le législatif, adopterait ce que bon lui semble. Ce « fait du prince » trouve un démenti dès l'examen le plus superficiel de l'institution judiciaire, l'existence de tribunaux administratifs, a fortiori de cours constitutionnelles, soit le judiciaire contrôlant *en pratique* le législatif, lequel récupère certes, *en théorie*, sa primauté par le motif d'une délégation formelle – précisément, à la forme laissant des choix axiologiques importants dans l'exercice *concret* du pouvoir de contrôle juridictionnel. La notion anglo-saxonne (notre aussi sous les apparences) des *checks and balances* révèle mieux l'équilibre *dynamique* des pouvoirs et contre-pouvoirs entre les trois organes et en leur sein.

Le contrôle mesuré du législatif ou de l'exécutif par le judiciaire au sens large constitue-t-il vraiment un empêchement de la démocratie, à l'exemple des politiques publiques conçues dans certains systèmes juridiques, la France notamment, comme des instruments juridiques dont le bon exercice est redevable des tribunaux ? Les Pays-Bas ont-ils perdu leur qualité de démocratie par la défaite du gouvernement face à des associations environnementalistes dans l'affaire Urgenda ? C'est bien peu comprendre la démocratie comme vivante et au droit comme dynamique que de le prétendre.

La cause écologique permet au rebours un approfondissement de nos institutions en les interrogeant comme la recherche sur le principe de la désobéissance civile, en ce sens véritablement *civique*. Civique dans l'acception romaine du terme, *civis*, le citoyen, à l'instar du droit *civil* romain, le vénérable ancêtre de la méthodologie juridique, certes actualisée, de nos systèmes juridiques contemporains et surtout le porteur d'un esprit global du droit, dans sa dimension anthropologique d'humanisation, de socialisation, et non d'individualisation, d'atomisation de l'homme.

N'est-ce pas cette dimension collective du juridique que tente de réhabiliter le droit de l'environnement ? Le juridique le plus originel, savoir la *mesure* et non la « con-formité », le respect de la mesure et non la servitude de la forme, sauf à confondre la fin et le moyen[2].

Une essence collective ressuscitée dans l'*esprit de réhabilitation collective*

manière de l'« action par omission », figure précieuse de la responsabilité pénale ? Un authentique choix *politique*, qu'il conviendrait toutefois d'assumer.

Admettons ici : qu'il existe des lois injustes et nous ne disons pas que ne pas inscrire l'urgence climatique dans l'état de nécessité est injuste, mais qu'il s'agit d'un *choix*, qui partant pourrait être autre et qu'il n'est pas sain de postuler que toute loi est nécessairement juste, ce qui est non seulement prétentieux d'un point de vue politique, mais logiquement erroné, puisque la loi n'étant que générale et abstraite, elle ne peut garantir que la solution de son application dans un cas est nécessairement *juste*. Raison pour laquelle les études portant sur le juridique ne devraient jamais se contenter du *law in books* à cette aune, le droit de l'environnement, en particulier international, serait admirable avec ses centaines de conventions et un état de la planète toujours plus déplorable mais regarder au *law in action*, là où l'on mesure l'engagement réel des acteurs, la normativité effective de la loi telle que *dite* par la « *juri-diction* », *réalisée* par la parole du juge et non simplement *annoncée* par le législateur[4] ou *pérorée* par la diplomatie internationale.

D'où la symétrie des erreurs. Du côté des désobéissants, il ne suffit pas d'arguer de sa propre conception de la justice pour justifier sa position, sincérité qui ne la rend pas *ipso facto* civique, c'est-à-dire collective. Du côté des autorités, il ne suffit pas d'exhiber des « bons » *textes* juridiques pour couper court aux remontrances, mais s'appuyer sur le bilan des *applications*, le « droit en acte », *law in action*, les décisions de justice singulièrement.

Rien n'interdit dès lors d'interroger la *loi* dans un esprit constructif par des actions citoyennes, pourvu qu'elles

politikon » [6].

Ce bien commun disparu, l'espace pour la désobéissance « civique » n'en devient que plus restreint. Insistons sur « civique » pour souligner le lien intime avec le politique, selon une acception plus large que le sens technique de droits civiques ou droits politiques. Un politique a adit, que traduit le droit devenu « domestique », au détriment de l'espace public, le seul réellement politique, celui de la *res publica* : « depuis l'accession de la société, autrement dit du « ménage » (*oikia* qui donnera *Oekonomie*) ou des activités économiques, au domaine public, l'économie et tous les problèmes relevant jadis de la sphère familiale sont devenus des préoccupations « collectives ». » [7] La chose publique devient domestique, subit la logique *privée*, consacrée à la seule poursuite des intérêts personnels de l'individu, de la *domus* (la maison privée). Le (bien) commun n'a plus « droit de cité » parce qu'il ne fait plus la Cité, simple conglomérat désormais, dans une veine utilitariste appauvrie encore par l'économicisme. Cet adissement du bien commun se remarque à la place centrale qu'occupe dans le droit moderne la sanction, seule à pouvoir imprimer et garantir une certaine convergence aux actions individuelles, même en cas de menace collective immédiate comme une pandémie [8].

Arendt a-t-elle écrit sur le thème de la désobéissance pour tenter de réhabiliter un peu le politique, le civique au sein de nos sociétés trop « domestiques », selon un double dépassement soutiendrions-nous. De l'absence de bien commun d'une part, du côté de maints détracteurs de l'écologie, l'*usage* du droit privé n'étant plus interrogé, comme s'il était ontologique, et en ce sens absolu, alors que la liberté *individuelle* poussée à son extrémité, le néolibéralisme (qui n'a que très peu à voir avec le libéralisme), détruit le droit privé, le marché y compris, puisqu'il conduit inexorablement à des monopoles, même au pays de la dogmatique libre concurrence que sont les États-Unis et leurs GAFA. Du monopole, pourtant partiel et partial, du bien commun dans la sincérité des désobéissants, d'autre part, convaincus d'être dans le « vrai », oubliant que le *juste* [9] se *construit* de manière *intersubjective* partout où règne la

ressortissent à des plans logiques différents, la loi étant par définition *générale* et *abstraite* alors que le cas est par nature *singulier* et *concret*. Aucune inférence automatique, objective, en bref de logique formelle (et en ce sens aucun algorithme), ne permet le passage de la première vers le second. Partant, des jugements de valeurs interviennent nécessairement dans la démarche, qui se révèle ainsi subjective (tout en évitant l'arbitraire), appelant la médiation d'humains tout pénétrés de valeurs et de choix. Une banalité pour tout plaideur, la personnalité du juge et la composition du tribunal, notamment, constituant une donnée à intégrer dans l'argumentation judiciaire.

Le grand écrivain animé de l'esprit de justice ravivait une vénérable distinction aplanie par le formalisme juridique moderne : le *titre* n'est pas la *mesure*. Le droit est mesure et la loi l'indique ; et ne peut *que* l'indiquer, point la commander (l'obéissance est quant à son principe éthique) ni la déterminer à l'avance car la loi n'est que générale et abstraite et le cas singulier et concret. Voilà pourquoi le juge est indispensable, consubstantiel à la loi. Il n'y a pas la loi et le juge mais le juge *en* la loi. L'exercice interprétatif-constructif^[11] de la loi par le juge est d'autant plus créatif que la notion à concrétiser est ouverte à l'exemple de l'état de nécessité !

C) L'« état de nécessité » comme *open texture* : une habitude cognitive prise pour une « nature des choses »

Apparaît ici la troisième erreur, l'ignorance de la délégation implicite au juge assortissant *nécessairement* toutes les notions juridiques de par leur « *open texture* », les fameuses notions juridiques à contenu variable. Or, toutes les notions fondamentales du droit sont telles, jamais déniées, tout juste esquissées : nul ne peut en connaître a priori les termes ou les limites. Pour cause, ce sont des *matrices*, toujours susceptibles de produire du nouveau, certes dans une continuité tenue selon l'analogie (intégrant ressemblances et dissemblances), mais aux possibilités d'extensions non prévisibles. Le principe de l'état de nécessité n'échappe pas à ce constat scientifique que des savoirs croisés de la linguistique, de la sémiotique et de la logique en sa sempiternelle et pourtant toujours ni comprise ni entendue différence de nature entre un *type*, une proposition générale et abstraite la loi et une *occurrence* singulière et concrète le cas. Décidément, le droit (législatif comme juridictionnelle) ne se *calcule* pas, il se *juge*.

Le droit s'avérant à l'aire d'argumentation, rien n'empêche *sur le principe* de faire entrer l'urgence climatique dans l'état de nécessité juridique. Que l'on ne trouve pas convaincant aujourd'hui cette qualification peut parfaitement s'entendre (d'où le succès de l'Appel vaudois) ; que l'on ne *peut pas*, demain, attribuer cette qualification à l'urgence climatique traduit en revanche une ignorance de ce *qu'est* le droit, de son *essence* aussi bien que de son *actualisation* (son exercice, la vie du droit, sa dynamique), elles de la *contingence* et du *choix*. La Chambre d'appel genevoise vient d'ailleurs d'admettre l'inverse, soit de *choisir* une autre interprétation. Et la Cour suprême, par la seule vertu procédurale d'être la dernière instance, *arrêtera* la version qu'elle *juge*, c'est-à-dire *choisit*, comme la plus pertinente *pour l'heure*.

Sans même discuter le ressort ultime du droit, commun à tous les ordres juridiques, le *sentiment de la justice*, dont il est difficile d'admettre qu'il est objectif, identique en tous temps et lieux, immuable. Naguère, les génocides étaient plébiscités et les peines de mort légion.

Le droit *peut* dès lors évoluer, s'adapter aux nouvelles sensibilités, servir des systèmes de valeurs différents, insulant l'existence légale à des non-humains, animaux, rivières ou montagnes, ou inscrivant l'urgence climatique dans une définition renouvelée de l'état de nécessité. Question de temps et de volonté politique, sans qu'aucune « nature des choses » n'y fasse obstacle au rebours, simple *habitude*, valant un temps, son temps.

Mais le temps est-il déjà venu de recourir à une *ultima ratio* (raison ultime et figure exceptionnelle) du droit ou, au

rebours, en n'advenant de traduire *juridiquement* l'urgence climatique à n'en prévenir (ralentir seulement) cette catastrophe *réelle*[12] ?

2 La jurisprudence ne fait pas toujours jurisprudence. Ou ne pas prendre ses aspirations écologiques pour des réalités juridiques

Une avocate, d'obédience verte, a rétorqué, face au parlementaire légaliste, que le jugement allait « faire jurisprudence », sans autre argument que l'évidence de la cause, *juste* par essence. Si une partie de l'opinion publique pouvait aisément l'entendre, l'observateur juriste mesurait immédiatement l'imprudence de cette *opinion*, compréhensible dans l'ordre chaud du sentiment, mais inexcusable dans l'analyse froide du droit.

La déception ne tarderait point, histoire d'une désillusion annoncée : Appel victorieux du procureur vaudois et défaite des désobéissants en toute vraisemblance corroborée par la Cour suprême (le Tribunal fédéral). Prendre ses désirs écologiques, aussi respectables et louables soient-ils, pour des réalités juridiques, savoir que la décision favorable dans l'espèce *ne peut que* s'imposer dans les cas futurs est de bonne rhétorique politique, mais de mauvaise pragmatique juridique. Rien dans la technique juridique, pas plus que dans la théorie du droit, ne permet d'affirmer qu'une décision rendue dans telle espèce fera jurisprudence pour d'autres cours dans des espèces analogues, comme mécaniquement ou par enchantement, *un* (et non *le*) *juste* au triomphe assuré par cette seule qualité. De l'analogie, il faut au reste *juger*, savoir que les ressemblances entre deux occurrences comparées l'emportent sur les différences ; elle est une construction et non une constatation, une évaluation et non une addition.

L'espérance s'en ira par aveugler la lecture des arguments de l'arrêt, biaisée par le désir d'une avancée écologique jusqu'à passer sous silence les marques répétées de la configuration *unique* de la conduite jugée exemplaire, en mesure et en retenue en particulier. Le jugement tant désiré « modèle reproductible » met en évidence et un soin remarquable à souligner l'*idiosyncrasie* de la affaire jugée, son caractère *éminemment singulier*, guère reproductible, témoignant de la parfaite lucidité du tribunal quant à la portée juridique à futur de la décision adoptée. La décision genevoise (en appel), favorable au désobéissant « aux mains rouges », souligne que nul blanc-sein n'est de la sorte donné pour d'autres actes militants.

Ruinée juridiquement sans délai, l'Appel vaudois défavorable venant d'être tranché, le pouvant prévoir sans difficulté, la première instance cherchait bien plutôt à montrer les possibles, à démontrer que l'état de nécessité est une

intervention in échissant la trajectoire encore contenue, à l'exemple paradigmatique du réchauffement climatique. Le virtuel désigne seulement ce qui *pourrait être*, pouvant tout aussi bien ne jamais advenir (avec ou sans intervention humaine), une *option* ontologique sans pré-inscription dans le réel.

Le virtuel est étranger au droit, sauf extension démesurée, imprudente, alors que le potentiel doit y entrer, certes suivant le degré d'anticipation politiquement recevable dans la Cité concernée, en considération du *juste*.

En synthèse, en droit rien n'est écrit dans le marbre. On oublie d'ailleurs que même dans les sciences dures, régies pourtant par un principe de *nécessité* des relations observées, les théories scientifiques changent, une mutabilité valant a fortiori pour les domaines gouvernés par la *contingence* et le *choix*, le droit et la politique éminemment.

Derrière la confusion des relations *nécessaires* et des rapports *contingents* se cache une erreur épistémologique grave en ce qu'elle pollue le débat écologique, devant les cours de justice en particulier, un fourvoiement difficile à identifier.

réchauffement climatique *ne commande ni ne décrète* la taxe carbone de lui-même, soulageant de la sorte bien des débats parlementaires ; on *peut* ne pas l'adopter, ne pas se soucier du réchauffement climatique, mais on *doit* alors l'assumer, fût-ce sous la forme de l'action par omission, inaction de volonté commune et délibérée.

Il n'est dès lors pas *vrai* que l'urgence climatique *ne peut pas* être qualifiée d'état de nécessité. Il ne s'agit *que* d'un *choix*, souvent masqué par une habitude de pensée prise pour une « nature des choses », démarche d'ontologisation analogue à celle du « texte clair » : limpide, il n'appellerait aucune interprétation alors que sa clarté est précisément le résultat de cette interprétation. Inversion de la logique que Perelman rendait d'une phrase : « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair. » [15]

Une *ontologisation* du *choix* juridique qu'un regard supérieur sur le droit ne perçoit plus, mais que l'histoire d'une institution donnée révèle aisément. Ainsi de la prétendue « nature des choses » de la filiation (juridique) maternelle, si bien assurée par l'évidence anatomique, ramassée dans l'adage romain « *mater semper certa est* » (la mère est toujours certaine). L'accouchement sous X du droit français, soit une mise au monde n'emportant aucune filiation avec la mère, t mentir l'*imposition* de la vérité biologique au juste juridique ; les contrats de mère porteuse et les dons de gamète achèvent de « dé-couvrir » les *choix* présidant à la définition du juste.

Le choix n'est donc pas *dicté* par la *science* mais *documenté* et *éclairé* par elle. Comme tout choix en démocratie, il dépend de la *volonté politique*, dont les tribunaux ne sont pas les dépositaires premiers, mais pas non plus les perroquets serviles.

Aux citoyens de ne pas prêter trop à la justice ; à la justice de ne pas mésestimer sa fonction « civique » de défense du bien commun au risque de passer avant-gardiste.

[1] L'expression « juge » désigne dans cette étude de manière générique toute autorité en charge de l'application de la loi, plus simplement de dire le droit ou « juri-diction » (*juris dictio*).

[2] Comme si le 120 km/h (130 km/h en France) désignait la vitesse autorisée en soi, simple *forme* ou *mode d'apparaître* de la règle, le critère véritable (la *mesure*) étant une vitesse adaptée au *contexte* de la circulation (le *juste*).

[3] Sur l'idée délicate de *communauté* internationale (qui n'est malheureusement pas un sujet de droit (international)) et les divers degrés d'internationalité, voir en particulier E. Wyler et A. Papaux, « le mythe structurant de l'humanité : la communauté internationale vivante », in *Universalité et diversité du droit international*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 175-200.

[4] Ainsi la Constitution suisse peut-elle déclarer que « la dignité humaine doit être respectée et protégée » (art. 7), certes, mais seul le juge dira si le lancer de nain ou le *canonballman* constitue une activité « légale ».

[5] Faut-il rappeler que les droits de l'homme-individu ont été collectivement *choisis* il y a moins d'un siècle, que la Chine décline au reste aujourd'hui, les déclarant pertinents pour les seuls Occidentaux ? Que la peine de mort a été écartée des sanctions licites il y a moins d'un demi-siècle ? Que sa réintroduction a été envisagée en Suisse, il y a peu,

par une initiative, heureusement retirée par ses auteurs avant le vote populaire. Que les femmes ont reçu le droit de vote sur le plan fédéral helvétique qu'en 1971 ?

[6] A. Papaux, « Éthique de la nature et philosophie du droit : peut-on (bien) penser l'ingénierie du climat et de l'environnement ? Si *faber* savait, si *sapiens* pouvait » à paraître dans un ouvrage sur la géoingénierie dirigé par A. Langlais et M. Lemoine-Schonne, Université de Rennes.

[7] H. Arendt, 1983 (1958), *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 71.

[8] Combien souvent le montant de l'amende, les fameux 135 euros ont été rappelés ; aveu de l'échec du sens civique ?

[9] *Infra* II. la distinction essentielle pour toutes questions environnementales entre le vrai et le juste.

[10] V. Hugo, *Les Misérables*, La Pléiade, Paris, 1951, 1349.

[11] Inspiré par l'anglais *to construct*, signifiant en termes de substantifs aussi bien interprétation que construction, un exercice nécessairement créatif, non seulement pour des raisons linguistiques et sémiotiques – il n'existe pas de texte clair ; si on préfère, il n'y a pas d'application sans interprétation –, mais encore pour des raisons *politiques* au sens fort (et véritable) du *bien commun* que le droit doit poursuivre pour conserver sa légitimité, comme l'ont si nettement montré ici même C. Demay et B. Favre, dans le passage du micro-politique au macro-politique de toute *jurisdictio* (diction du droit), le « droit-dit », exercé, accompli, par le tribunal.

[12] Le réel s'exprime sous deux modes, intimement liés : le potentiel et l'actuel. En ce sens, le réchauffement climatique est réel même s'il demeure, pour l'instant, en large part potentiel ; ce qui justifie de parler déjà d'urgence climatique d'un point de vue descriptif, et de prendre des mesures politiques (et juridiques) d'un point de vue prescriptif – si le collectif concerné le veut ; sur ces points, *cf.* III.

[13] Le droit redeviendra alors naturellement macro-politique ; voir ici même la contribution de C. Demay et B. Favre.

[14] Nous en avons traité en matière environnementale dans de nombreuses publications, notamment avec D. Bourg dans un *Petit traité politique à l'usage des générations écologiques* (Uppr éditions, Paris, 2018), et encore récemment « Procès climatiques : le magistrat (à nouveau) au cœur du droit » in *Les cahiers de la justice. La cause environnementale*, École nationale de la magistrature-Dalloz, 2019, pp. 455-466, revue dirigée par D. Salas.

[15] C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, p. 36.