

Quelles ruptures dans l'ordre juridique pour gérer le changement climatique ?

Intervention de Pierre Calame à l'atelier du Forum China Europa
Paris 04 décembre 2014

Je vous propose qu'on réfléchisse en commun sur les ruptures dans l'ordre juridique qui vont être nécessaires si l'on veut arriver à gérer le climat et plus largement à sauver la planète. Hier, en plénière, tous les intervenants ont dit que faire face au changement climatique impliquerait des ruptures très profondes dans le modèle de développement économique, dans le modèle de gouvernance -y compris le système juridique qui fait partie intégrante du modèle de gouvernance-, dans l'éthique et dans les systèmes de pensée.

Ces ruptures ne se sont pas encore produites. En outre, le mode actuel de négociation internationale sur le climat empêche que cette rupture survienne. D'où le slogan actuellement porté à Lima par la société civile mondiale : changeons le système, ne changeons pas le climat. Or, les négociations internationales, par essence, font partie du système et pensent en réalité : ne touchons pas au système et faisons semblant de protéger le climat.

L'incohérence se révèle à deux niveaux : celui du mode de négociation et celui des ambitions que s'assignent les négociateurs.

Le mode de négociation. Je l'ai dit hier lors de la plénière, il n'y a rien de plus domestique, de plus propre à chaque société, de plus propre à chacun d'entre nous, à notre foyer commun qu'est la planète, que le climat. C'est par définition une question intérieure. Alors les négociations sont menées selon les critères de la diplomatie internationale vieille de trois siècles, selon le modèle de l'Etat Westphalien selon lequel il n'y a rien de plus haut que la souveraineté de l'Etat. La négociation consiste à commencer par inventer l'idée d'intérêt national, avant de confronter ces intérêts nationaux entre eux. Il n'y a pas besoin d'être un expert de la théorie des jeux pour comprendre que ce mode de négociation, au lieu d'aller au bout de ce que les sociétés sont prêtes à faire et à entendre empêche au contraire que les sociétés construisent des perspectives à la hauteur des défis.

Les ambitions des négociateurs. L'itinéraire choisi pour construire des perspectives d'émission de gaz à effet de serre et de changement climatique est la seconde incohérence. Les calculs qui ont été faits à partir de l'accord récent entre le gouvernement chinois et le gouvernement des Etats-Unis montrent que leurs engagements de réduction se situent sur un itinéraire qui mène à une augmentation des températures de 4° d'ici la fin du siècle, c'est-à-dire la destruction de l'humanité. Ils montrent aussi que si l'on considère la quantité totale d'émission de gaz à effet de serre acceptable d'ici la fin du siècle pour maintenir l'augmentation climatique à 2°, et en faisant l'hypothèse qu'à la fin du siècle on n'émettrait plus de gaz carbonique, qu'on serait revenu à un système neutre, avec l'itinéraire présenté actuellement la totalité de ces possibilités d'émission sera épuisée en une génération, donc dans le tiers du temps correspondant à la fin du siècle. Ce qui a pour conséquence que ce que nos gouvernements disent qui est *faisable* (sans changer le système) est contradictoire avec ce qu'ils reconnaissent comme ce qui est *raisonnable* du point de vue climatique.

En faisant de cette quantité émise au cours du siècle un impératif catégorique pour les gouvernements et pour la communauté internationale, on arrête de se demander quelle est la réduction possible sans toucher au système et on se demande plutôt quels changements de système -y compris de système juridique- sont nécessaires pour arriver à la survie.

2. Les ruptures nécessaires dans l'ordre juridique

Première rupture, *constitutionnaliser les 2° d'augmentation maximum c'est à dire la quantité maximum de gaz à effet de serre émise au cours du vingt et unième siècle*. Alors qu'est-ce que ça implique comme changement, comme rupture dans l'ordre juridique ?

Deuxième rupture, *constitutionnalisation du principe de responsabilité*. Nous avons élaboré un projet de Déclaration universelle des responsabilités humaines et nous sommes arrivés à la conclusion que si l'on articule l'évolution actuelle du droit international avec l'interprétation par les cours internationales de justice du principe de prévention et du principe de précaution (voir l'intervention de Yann Kerbrat) avec l'adoption de cette Déclaration et avec la reconnaissance constitutionnelle de l'obligation de préserver l'intégrité et la planète (échange hier avec Luca d'Ambrosio : faut-il parler de sûreté de la planète ou d'intégrité de la planète ? je pense qu'il faut plutôt parler d'intégrité de la planète pour exprimer le caractère interdépendant des différentes actions) on dispose d'un levier pour rendre justiciables les différents acteurs y compris les Etats et les chefs d'Etats par rapport à la mise en œuvre du principe de responsabilité.

Cela suppose aussi que *les Etats s'engagent dans leur ordre interne à constitutionnaliser le principe de responsabilité*.

Deux ou trois illustrations des huit principes énoncés dans le projet de déclaration :

- *chacun est responsable à proportion de son pouvoir et de son savoir*. Cette formulation est apparemment proche de celle de « responsabilités communes mais différenciées », à la différence près que dans la pratique ce principe de responsabilités communes mais différenciées a servi à l'inaction de tous ;

- *la responsabilité des institutions n'exonère pas la responsabilité des dirigeants et vice-versa*, c'est-à-dire qu'il faut s'intéresser à la fois à la responsabilité des institutions en tant que personnes morales et à celle de leurs dirigeants en tant que personnes physiques. C'est un point tout à fait essentiel. On le voit dans un domaine que je connais bien qui est celui de la finance où l'incrimination d'une personne morale au motif qu'on ne peut pas tracer en détail les rapports de cause à effet entre les décisions des dirigeants successifs et les risques qu'on a fait courir à la planète, finalement ne résout pas l'aléa moral (moral hazard), c'est-à-dire la propension des dirigeants à adopter des comportements irresponsables. Le caractère conjoint de la responsabilité institutionnelle et de la responsabilité personnelle concerne en particulier les dirigeants des Etats auxquels s'applique le principe de « due diligence », qui conduit à ce que « l'inertie fautive » engage la responsabilité personnelle des chefs d'Etats. Je ne suis pas sûr que ce genre de proposition puisse être adoptée sans les pressions de la société civile !. Il ne faut pas perdre de vue le changement immense que représente le fait de dire qu'on doit assumer la responsabilité de ses actes parce que dans la situation juridique actuelle les responsables politiques considèrent qu'ils n'ont à rendre compte qu'à leurs citoyens ou à leurs électeurs (dans le cadre de la démocratie) et les responsables des entreprises à leurs actionnaires. Vu sous cet angle, notre ordre public actuel est aussi irresponsable que les entreprises, car dans un cas comme dans l'autre la responsabilité et le devoir de rendre compte de ses actes ne s'étend pas à ceux qui subissent l'impact, positif ou négatif, de ces actes.

Il découle de ce qui précède une troisième rupture : *la définition juridique de ce qu'est le climat* et, en conséquence, *son régime de gouvernance*. J'ai posé la question hier : est-ce que le climat existe juridiquement. Il a été répondu non c'est l'air qui existe mais ce n'est pas la même chose. Et c'est là où le parallèle avec la mer est très intéressant. Je crois qu'au climat s'applique tout à fait la catégorie juridique du droit romain « res communis omnium », la chose commune à tous, ce qui n'est pas la même chose que la chose publique.

Ce qui veut dire que si on veut gérer le climat, il faut le constituer en un *global public trust* et le doter d'un régime de gouvernance adapté à la préservation de sa stabilité, au lieu qu'aujourd'hui le climat est la résultante d'une somme d'actions des uns et des autres sur un objet qui est plutôt un *res nullius*, vis-à-vis duquel tout le monde est irresponsable.

Pour construire cet objet juridique du *res communis omnium* planétaire, on peut bénéficier de toutes les réflexions qui sont menées depuis quatre ou cinq ans à différents niveaux qu'on regroupe sous l'appellation générale de « renaissance des communs ». Un exemple intéressant, la qualification de l'eau dans la constitution de Hawaï de public trust, qui conduit à définir son régime de gouvernance. Le simple fait de créer la catégorie juridique de bien commun mondial oblige à se poser l'ensemble des questions de sa gouvernance, qui ne se réduit plus à une question de négociation internationale entre Etats. Trois exemples concrets :

-la qualification de *global public trust* oblige à *énoncer les priorités d'usage*. En d'autres termes, il faut que les droits à émettre respectent les besoins élémentaires de la population, ce qui est autre chose que l'attribution par le marché des droits à émettre à celui qui peut payer.

-deuxième dimension, essentielle, la question déjà posée en 1990 par un très grand écologiste indien, Anil Agarwal : à qui appartiennent les puits de carbone (carbon sinks) ? Il faut bien voir que ce qui pour l'instant rend la vie supportable encore sur terre c'est que les $\frac{3}{4}$ des émissions de gaz à effet de serre sont absorbés par des puits à carbone. S'ils restaient dans l'atmosphère, la température aurait déjà augmenté de 7 ou 8°. S'il y a bien une caractéristique majeure du bien commun climatique c'est *la propriété commune de ces puits de carbone*. Or, le système actuel d'émission et de gestion de notre économie fait comme si c'était le principe « premier venu premier servi » qui fonctionnait. En d'autres termes, ce sont des gros émetteurs qui *s'approprient* le bien commun des puits de carbone.

-le corollaire est évident. Dans la gouvernance de ce bien commun mondial, c'est une règle de *plafonnement* des émissions qui s'applique : pour construire un itinéraire qui permette aux émissions totales au cours du siècle de rester en dessous d'un plafond global, il faut fixer un plafonnement annuel qui décroîtra d'année en année et ces quantités annuelles doivent être réparties au pro rata de la population, ce qui donne naissance à *des quotas universels négociables* d'un Etat à l'autre, d'une ville à l'autre, ce qui est tout à fait différent du système actuel où ces quotas sont fixés de façon assez arbitraire et se limitent aux grandes entreprises, donnant naissance aux marchés du carbone. Ce qui veut dire que les pays, à commencer par les pays développés mais la Chine en fait maintenant partie, qui consomment plus que leur part d'émission de CO2 devront racheter les parts non utilisées des pays pauvres. Tous les gens qui ont réfléchi profondément à ces questions arrivent aux mêmes conclusions. Il en résultera que l'organe de gestion du bien commun mondial qu'est le climat devient la banque émettrice de *la monnaie énergie*, car ce qui est vital, pour découpler la croissance de la consommation énergétique, c'est de considérer l'énergie fossile comme *une monnaie à part entière*.

Pour bien comprendre l'enjeu il faut repartir des consommations énergétiques. Les gens pauvres sont très dépendants du coût de l'énergie. Ce qu'on appelle dans nos pays la précarité énergétique. Mais, au niveau des classes moyennes, les consommations énergétiques varient de 1 à 10. En d'autres termes, les modes de vie adoptés par les classes moyennes, le choix entre différents modes de vie, a un impact immense sur les consommations énergétiques.

Comment financer la gouvernance du climat ? là aussi la solution est évidente et seule la myopie

du système international empêche de voir ce qui frapperait n'importe quel enfant. Une taxe carbone édictée au niveau d'un seul pays (dans le cas de la France il y a eu deux débats politiques successifs à ce sujet) est totalement inefficace : d'une part c'est un impôt qui frappe plus durement les pauvres que les riches ; d'autre part c'est un impôt qui pousse à renvoyer ailleurs les productions coûteuses en énergie. Par contre *une taxe mondiale à la source sur la production d'énergie fossile* est très simple à concevoir, parce que cette production est concentrée, qu'il s'agisse du charbon ou du gaz ou du pétrole, et elle résoudrait instantanément les débats qui durent depuis Rio en 1992 sur le financement de la condition énergétique.

Si je reviens à l'ordre juridique, il me semble que si on veut avoir tout l'impact souhaité de l'adoption du principe de responsabilité, il faut agir sur deux volets complémentaires. Le premier volet c'est que les Cours de Justice nationales soient explicitement en charge de se prononcer sur la responsabilité. Yann Kerbrat a évoqué le rôle de l'interprétation progressive par les cours de principes comme le principe de précaution, le principe de prévention. On obtiendra la même chose avec le principe de responsabilité. Le processus d'interprétation des principes généraux, notamment des principes constitutionnels ou ceux qui sont énoncés par les conventions internationales, et les jurisprudences croisées entre les Cours Régionales comme la Cour européenne ou la Cour inter-américaine des droits de l'homme sont aujourd'hui les processus essentiels de transformation du droit. Au point que la mise en réseau de la formation des juges, la mise en réseau des procureurs nationaux sont un des facteurs très importants de transformation du droit international.

Un deuxième mouvement très important est ce que Guy Canivet, membre éminent du Conseil Constitutionnel français appelle *la constitutionnalisation du droit*. Ce mouvement comporte deux aspects. Premier aspect, le juge constitutionnel en vient à interpréter le préambule des constitutions, ce qui est *une manière alternative à la loi de produire du droit*. Deuxième aspect, l'interpellation par la société civile de la Cour constitutionnelle l'amène à se prononcer sur la conformité des lois au préambule de la constitution. Ce mécanisme combiné avec l'adoption du principe de responsabilité, amènerait dans la pratique très rapidement une interprétation qui *mettrait les gouvernements dans l'obligation de faire tout ce qui aura été dans leur possible pour respecter l'intégrité de la planète*.

Dans la même perspective, il faudra réinterpeller un certain nombre de conventions internationales, à commencer par l'Organisation Mondiale du Commerce sur leur compatibilité avec la recherche d'un système économique assurant la soutenabilité de la planète. Pour cela, revenir au préambule de l'OMC, la déclaration de Marrakech, qui mentionne explicitement le développement durable comme objectif du développement du commerce international. Or, pour qu'il y ait intégrité de la planète, il faut que ce soit la durabilité des filières de production qui soit au cœur du commerce international.

Cette réflexion est nourrie à la fois d'une réflexion sur le droit, qu'on mène avec le Collège de France, réflexion qui permet de bien comprendre ce que sont les processus transformateurs du droit international aujourd'hui, et d'une réflexion citoyenne, exprimée dans le manifeste de Lima qui va être débattu prochainement avec la société civile sud-américaine, manifeste qui se résume à une interpellation vis-à-vis des gouvernants : « si vous ne savez pas ce qu'il y a à faire on va vous le dire » ! Ce qui rejoint un autre courant, celui de *l'autonomisation des acteurs de la société dans les initiatives à prendre*. Je pense notamment aux réseaux de villes qui ont compris qu'elles devaient prendre leurs propres responsabilités. Les deux sont complémentaires : les changements dans l'ordre juridique relèvent des Etats mais dans le contexte actuel, seule la société civile sera en mesure d'avancer des propositions radicalement nouvelles comme celles qui précèdent et de réclamer leur mise en œuvre par les Etats ; et, parallèlement, les acteurs non étatiques ont à assumer leurs propres responsabilités sans attendre des consignes des Etats.