

→ Research Paper 12 | 2012

LE CONCEPT DE 'REGIME SPECIAL' DANS LES RAPPORTS ENTRE DROIT HUMANITAIRE ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

J. E. Viñuales

LE CONCEPT DE 'RÉGIME SPÉCIAL' DANS LES RAPPORTS ENTRE DROIT HUMANITAIRE ET DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Jorge E. Viñuales*

Résumé

Une partie de la doctrine a accueilli de manière peu critique le concept de 'régime spécial', au point même que les interactions normatives sont parfois conceptualisées en termes de rapports entre des 'sous-systèmes' ou des 'régimes spéciaux', tels que le 'droit humanitaire' ou le 'droit de l'environnement'. Une analyse des techniques régissant l'applicabilité de normes potentiellement concurrentes dans une situation donnée montre, cependant, que le droit international positif fait peu de cas de telles étiquettes. Ces rapports sont, pour l'essentiel, aménagés au niveau des normes, traités ou systèmes de traités juridiquement liés. L'appartenance d'une norme ou d'un traité à un ensemble descriptif tel que le 'droit humanitaire' ou le 'droit de l'environnement' n'a de portée juridique qu'exceptionnellement et, même dans ces cas, cette portée ne va pas de soi. D'une manière plus générale, le chapitre souligne la nécessité d'utiliser de manière nuancée des catégories telles que le 'droit humanitaire' ou le 'droit de l'environnement', dont l'existence en tant que réalité juridique reste à démontrer.

Introduction

L'un des apports principaux des travaux de la CDI sur la fragmentation du droit¹ international est d'avoir fourni une cartographie des concepts et des termes employés couramment pour souligner des difficultés d'interprétation ou des incohérences entre des normes ou des groupes de normes. Certains de ces concepts reflètent une entité juridique. Il en va ainsi, par exemple, des 'maximes' ou 'méthodes' telles que *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generalis*

* Titulaire de la Chaire Pictet en droit international de l'environnement, Institut des hautes études internationales et du développement, Genève. Je remercie M. Mamadou Hébié pour sa lecture serrée d'une version préliminaire de ce chapitre et ses conseils pertinents.

¹ Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 2006 ('Conclusions-Fragmentation'), adoptées par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251). Voir également le Rapport établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) et le rectificatif du 11 août 2006 (A/CN.4/L.682/Corr.1) ('Rapport-Fragmentation').

ou, encore, de la règle d'intégration systémique décrite à l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.² D'autres, en revanche, ont un contenu juridique plus difficile à préciser. Parmi ces derniers, il en est un qui est au centre de la thématique de ce colloque: les rapports entre des 'régimes spéciaux'. Le concept de 'régime spécial' a plusieurs acceptions. Il est parfois employé pour renvoyer à des réalités juridiques (par exemple, un mécanisme particulier au sein d'un traité, un traité ou un système de traités juridiquement liés). Mais il est aussi utilisé, assez fréquemment, pour se référer à des agglomérations de normes partageant un but commun ou similaire, tels que le 'droit de l'environnement', le 'droit humanitaire', le 'droit des droits de l'homme', le 'droit international pénal' ou d'autres.

En dépit de son utilisation fréquente, la portée juridique de cette acception du terme 'régime spécial' reste obscure. A première vue, des expressions telles que 'droit de l'environnement', 'droit humanitaire' ou d'autres n'ont qu'une portée descriptive, leur but étant de faciliter le rattachement d'une norme ou d'un instrument à un certaine 'branche' du droit international à des fins diverses. Or, lorsqu'on examine de plus près la manière dont ces expressions sont utilisées en droit international positif, cette première impression se dissipe progressivement et cède la place à une vue plus nuancée combinant des dimensions descriptives avec des dimensions proprement juridiques. Cette difficulté avait été anticipée par la CDI dans ses travaux. Elle ne l'a pourtant pas examinée en détail.

Dans ce contexte, l'objet du présent chapitre est d'analyser si, et dans quelle mesure, cette acception du terme 'régime spécial' a une portée juridique. A défaut d'une telle portée, l'analyse des rapports entre le 'droit humanitaire' et le 'droit de l'environnement' (ou d'autres branches du droit international) n'aurait du sens qu'à un niveau plus détaillé, celui des rapports entre des normes, des traités et des systèmes de traités juridiquement liés. Comme nous essaierons de le montrer, certaines techniques de conflit de normes se situent à ce niveau plus détaillé, ne faisant que peu de cas de l'appartenance d'une norme ou d'un traité à une branche particulière du droit international. Cependant, il existe également des techniques de conflit de normes susceptibles de donner une portée proprement juridique à cette appartenance, non seulement en ce qui concerne les méthodes d'interprétation qui prévalent au sein d'une certaine branche, comme le laissait déjà entrevoir le Rapport sur la fragmentation,³ mais également à d'autres égards, comme les effets d'un conflit armé sur certains traités ou, à un niveau plus pratique, les préférences de certaines tribunaux spécialisés.

Dans les pages qui suivent, nous analyserons tour à tour diverses techniques de conflit afin d'identifier le niveau auquel elles opèrent et, par là-même, de déterminer quelle est la portée du concept de régime spécial dans les rapports

² Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 ('CVDI').

³ Rapport-Fragmentation, paragraphe 133.

entre droit humanitaire et droit de l'environnement. Nous laisserons donc de côté certaines questions qui ont déjà été abondamment traitées par la doctrine⁴ pour nous concentrer sur les méthodes de gestion des interactions normatives. Dans un premier temps, nous nous intéresserons au niveau auquel opèrent certaines 'normes de conflit spéciales', à savoir les normes de conflit prévues par des instruments que l'on regroupe d'habitude sous l'expression 'droit de l'environnement' (1). Nous verrons qu'il n'existe pas, pour le moment, un corps de normes de conflit spéciales régissant l'applicabilité des normes environnementales en temps de conflit armé. Dans les rares cas où cette question est prévue, les rapports normatifs sont aménagés au niveau des normes, traités ou systèmes de traités juridiquement liés. Nous verrons, pourtant, que l'appartenance d'une norme ou d'un traité à un régime spécial peut être prise en compte, d'un point de vue pratique, lorsqu'il existe des tribunaux spécialisés dans cette branche avec des sensibilités particulières à l'égard de leur 'propre' droit (2). Dans un deuxième temps, nous analyserons le niveau auquel opèrent les 'normes de conflit générales', notamment certaines normes du droit des traités, du droit de la responsabilité internationale ou les principes *lex superior*, *lex posterior* ou *lex specialis* (3). Nous verrons que certaines de ces normes sont susceptibles de donner aux termes 'droit de l'environnement' ou 'droit humanitaire' une certaine portée juridique. Enfin,

⁴ En particulier : (i) le seuil d'application de certaines normes de droit international humanitaire (par exemple les articles 35(3) et 55 du Protocole additionnel I) visant spécifiquement la protection de l'environnement naturel en cas de conflit armé international ou assimilé ; (ii) la portée environnementales de certaines normes (par ex. articles 48, 52, 54(2), 56 et 57 du Protocole additionnel I) visant la protection de certains biens civils ou installations; (iii) la portée environnementale de certaines normes introduisant des restrictions à l'emploi de certains moyens, méthodes et techniques de guerre (outre la Convention ENMOD, qui interdit expressément la modification de l'environnement à des fins militaire, il existe de nombreux instruments dans ce sens); (iv) la portée environnementale de certains principes généraux du droit international humanitaire (notamment le principe de proportionnalité). Parmi les nombreuses études disponibles sur cette question voir notamment: M. Bothe, C. Bruch, J. Diamond, D. Jensen, 'International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities' (2010) 92 *International Review of the Red Cross* 569; Programme des Nations Unies pour l'Environnement, *Protecting the Environment During Armed Conflict. An Inventory and Analysis of International Law* (Nairobi : PNUE, 2009) ; J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Geneva : ICRC, 2006), chapter 14 ; L. Boisson de Chazournes, 'Vers une meilleure application du droit international humanitaire : Leçons tirées d'autres domaines du droit international', in *Actes du Colloque de Bruges, Améliorer le respect du Droit international humanitaire*, 11-12 septembre 2003, Collège d'Europe, CICR, pp. 57-66 ; K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé* (Paris : Pédone, 2001) ; J. E. Austin, C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War* (Cambridge University Press, 2000) ; S. Vöneky, 'Peacetime Environmental Law as a Basis of State Responsibility for Environmental Damage caused by War', in J. E. Austin, C. E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War ...*, pp. 190ss ; M. N. Schmitt, 'Green War : An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict' (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 1 ; R. G. Tarasofsky, 'Legal Protection of the Environment During International Armed Conflict' (1993) 24 *Netherlands Yearbook of International Law* 17 ; M. Bothe, 'The Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: Legal Rules, Uncertainty, Deficiencies and Possible Developments' (1991) 34 *German Yearbook of International Law* 54 ; M. Bothe, F. Kalshoven, A. Kiss, J. Salmon, K. R. Simmonds, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict*, Report prepared for the European Commission, 1985.

nous ferons quelques brèves observations sur la portée théorique de cette analyse pour la manière d'envisager l'étude des rapports normatifs.

1. *Techniques de conflit spéciales*

La doctrine a étudié en détail l'applicabilité du 'droit de l'environnement' en temps de conflit armé. Les approches varient d'un auteur à l'autre.⁵ Notre intention ici n'est pas de ré-ouvrir cette question mais, plus modestement, de préciser le rôle que joue dans ce cadre l'appartenance d'une norme au 'droit de l'environnement' en tant que régime spécial. Si on laisse de côté, pour le moment, la question de l'application des normes coutumières, un survol des principaux traités multilatéraux en matière de protection de l'environnement montre qu'il y a deux hypothèses possibles, selon que le traité se prononce ou non sur son applicabilité lors d'un conflit armé.

D'une manière générale, les principaux traités en cette matière – tels que la CITES,⁶ la Convention sur les espèces migratrices,⁷ le Protocole de Montréal,⁸ la Convention de Bâle,⁹ la Convention sur la diversité biologique,¹⁰ la Convention sur les changements climatiques,¹¹ la Convention de Rotterdam,¹² la Convention de Stockholm¹³ entre autres – ne règlent pas explicitement la question.¹⁴ L'applicabilité des normes environnementales prévues dans ces traités ne peut donc pas être déterminée au niveau du 'droit de l'environnement' et doit donc être analysée à la lumière de normes issues du droit international général. On objectera peut-être que l'on pourrait résoudre cette question d'applicabilité en restant sur le plan du droit de l'environnement, en particulier par voie de l'interprétation de la volonté des parties au traité en question. Or, dans une telle hypothèse, il s'agirait de déterminer l'applicabilité d'un 'traité' ou d'une 'norme', plutôt que du 'droit de l'environnement'. Par ailleurs, un tel exercice d'interprétation doit nécessairement faire appel à des normes générales d'interprétation des traités ainsi que,

⁵ Pour une synthèse voir PNUE, *Protection of the Environment ...*, pp. 43ss.

⁶ Convention sur le commerce international des espèces de flore et de faune sauvages menacées d'extinction, 3 mars 1973, 983 R.T.N.U. 243 ('CITES').

⁷ Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 23 juin 1979, 1651 R.T.N.U. 356.

⁸ Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3.

⁹ Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, 22 mars 1989, 1673 R.T.N.U. 57.

¹⁰ Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79.

¹¹ Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107.

¹² Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, 10 septembre 1998, 2244 R.T.N.U. 337.

¹³ Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, 22 mai 2001, 2256 R.T.N.U. 119.

¹⁴ Voir R. Tarasofsky, 'Legal Protection of the Environment During International Armed Conflict' (1993) 24 *Netherlands Yearbook of International Law* 17, pp. 61ss.

possiblement, à d'autres normes de conflit générales. L'appartenance au 'droit de l'environnement' ne serait, au mieux, qu'un élément parmi d'autres susceptible d'être retenu par de telles normes de conflit. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

Certains traités environnementaux se prononcent sur leur applicabilité en période de conflit armé, que ce soit pour l'affirmer ou pour l'exclure. Cette prise de position n'est pourtant pas toujours limpide, dans la mesure où cette question n'est réglée que d'une manière approximative dans le texte de certains traités. Afin de clarifier ce point, il semble utile de donner quelques exemples, en ordre de clarté. L'applicabilité (ou non) de certains traités environnementaux en cas de conflit armé ne fait pas de doute. Un exemple important est donné par l'article 11(4) de la Convention sur le patrimoine mondiale,¹⁵ qui envisage explicitement l'inclusion d'un site protégé sur la 'liste de patrimoine mondial en péril' au cas où il serait menacé par un 'conflit armé'.¹⁶ De même, certains traités en matière de responsabilité civile prévoient expressément qu'ils ne s'appliquent pas aux dommages environnementaux survenus lors d'un conflit armé.¹⁷ Dans ces deux exemples, les normes de conflit portent sur l'applicabilité (ou non) de certaines normes ou d'un traité particulier. Il en va de même dans d'autres hypothèses où les normes de conflit sont, pourtant, moins claires. Par exemple, l'article 4(2) de la Convention de Ramsar¹⁸ suggère que l'application du traité ne cesse pas lorsqu'une

¹⁵ Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 16 novembre 1972, 1037 R.T.N.U. 151 ('Convention sur le patrimoine mondial'), article 11(4) : 'Le Comité établit, met à jour et diffuse, chaque fois que les circonstances l'exigent, sous le nom de « liste du patrimoine mondial en péril », une liste des biens figurant sur la liste du patrimoine mondial pour la sauvegarde desquels de grands travaux sont nécessaires et pour lesquels une assistance a été demandée aux termes de la présente Convention. Cette liste contient une estimation du coût des opérations. Ne peuvent figurer sur cette liste que des biens du patrimoine culturel et naturel qui sont menacés de dangers graves et précis, tels que menace de disparition due à une dégradation accélérée, projets de grands travaux publics ou privés, rapide développement urbain et touristique, destruction due à des changements d'utilisation ou de propriété de la terre, altérations profondes dues à une cause inconnue, abandon pour des raisons quelconques, conflit armé venant ou menaçant d'éclater, calamités et cataclysmes, grands incendies, séismes, glissements de terrain, éruptions volcaniques, modification du niveau des eaux, inondations, raz de marée. Le Comité peut, à tout moment, en cas d'urgence, procéder à une nouvelle inscription sur la liste du patrimoine mondial en péril et donner à cette inscription une diffusion immédiate.'

¹⁶ Le conflit armé affectant depuis plusieurs années la République Démocratique du Congo a conduit à l'inclusion de certains sites sur la liste du patrimoine mondial en péril. Voir UNESCO/WHC, *World Heritage in the Congo Basin* (Paris : UNESCO/WHC, 2010).

¹⁷ Voir, par exemple, Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, 29 juillet 1960, 956 R.T.N.U. 251, article 9 ; Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, 21 mai 1963, 1063 R.T.N.U. 265, article IV(3)(a) ; Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 29 novembre 1969, 973 R.T.N.U. 13, article III.

¹⁸ Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, 2 février 1971, 996 R.T.N.U. 245 ('Convention de Ramsar'), articles 2(5) et 4(2). Cette dernière disposition prévoit que : '[l]orsqu'une Partie contractante, pour des raisons pressantes d'intérêt national, retire une zone humide inscrite sur la Liste ou en réduit l'étendue, elle devrait compenser autant que possible toute perte de ressources en zones humides et, en particulier, elle devrait créer de nouvelles

partie contractante décide de retirer un site de la liste des sites protégés ‘pour des raisons pressantes d'intérêt national’. Mais cette application pourrait se voir restreinte à certaines obligations de substitution, spécifiquement désignées par cet article. De même, l'article 236 de la Convention de Montego Bay ne règle pas l'applicabilité de ses obligations environnementales de manière claire.¹⁹ En principe, ces obligations ne sont pas applicables aux forces navales ou aéronefs affectés à des activités non commerciales. Cependant, les Etats parties sont soumis à une obligation résiduelle de prendre de mesures pour que ces forces ‘agissent, autant que faire se peut, d'une manière compatible avec la Convention’. Même dans cette dernière hypothèse, la ligne de démarcation entre l'applicabilité et la non-applicabilité de ces obligations n'est pas donnée par référence à un régime spécial. Ce que l'article 236 limite est l'applicabilité des ‘dispositions de la Convention relatives à la protection et à la préservation du milieu marin’. Les références au ‘droit de l'environnement’ pourront être utiles pour déterminer, dans un cas spécifique, si une disposition de la Convention est exclue ou non, mais cela uniquement à cause de l'application de certaines normes de conflit générales sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

Comme le suggèrent les divers exemples donnés – qui sont représentatifs d'une tendance plus générale – le droit international conventionnel ne fournit pas un corps de normes de conflit spéciales permettant d'articuler l'interaction entre les normes rattachées au ‘droit de l'environnement’ et celles rattachées au ‘droit humanitaire’. On peut, dès lors, se demander si un tel corps (ou du moins une norme) existe en droit coutumier. La question peut être formulée de diverses manières. On peut, tout d'abord, se demander si le ‘droit de l'environnement’ est applicable en temps de conflit armé ou s'il existe une norme coutumière rendant le ‘droit de l'environnement’ applicable en temps de conflit armé.²⁰ Nous verrons plus loin que le projet d'articles de la CDI relatif aux effets des conflits armés sur les traités donne à cette question, malgré sa généralité, une portée juridique. Ceci dit, une question formulée de manière aussi générale sera vraisemblablement beaucoup plus difficile à répondre, car elle ne permet pas de saisir des phénomènes juridiques plus fins. Il conviendrait en effet de démêler les diverses questions juridiques qui sous-tendent de telles formulations. Par exemple, existe-il une

réerves naturelles pour les oiseaux d'eau et pour la protection, dans la même région ou ailleurs, d'une partie convenable de leur habitat antérieur.’

¹⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (‘Convention de Montego Bay’), article 236: ‘Les dispositions de la Convention relatives à la protection et à la préservation du milieu marin ne s'appliquent ni aux navires de guerre ou navires auxiliaires, ni aux autres navires ou aux aéronefs appartenant à un Etat ou exploités par lui lorsque celui-ci les utilise, au moment considéré, exclusivement à des fins de service public non commerciales. Cependant, chaque Etat prend les mesures appropriées n'affectant pas les opérations ou la capacité opérationnelle des navires ou aéronefs lui appartenant ou exploités par lui de façon à ce que ceux-ci agissent, autant que faire se peut, d'une manière compatible avec la Convention.’

²⁰ Vöneky, *Peacetime Environmental Law* ... , p. 273-274 ; PNUE, *Protecting the Environment* ... , pp. 43ss.

norme de conflit de nature coutumière affirmant l'applicabilité de tel ou tel traité ou de tel ou tel principe prévu dans un traité ou par une norme coutumière ? Une telle question peut recevoir une réponse beaucoup plus claire et circonstanciée (par exemple, le principe de prévention continue de s'appliquer en cas de conflit armé²¹) que celle, plus générale, de savoir si toute coutume environnementale (y compris, par exemple, l'obligation de conduire préalablement une évaluation d'impact environnemental²²) reste applicable. Cet exemple montre que, en règle générale, les normes de conflit passées en revue n'aménagent pas les rapports normatifs au niveau des rapports entre des 'régimes spéciaux'.

2. *Le raisonnement des juridictions internationales*

La conclusion à laquelle nous sommes parvenus dans la section précédente – la pertinence limitée de l'appartenance d'une norme à la catégorie 'droit de l'environnement' – est, en pratique, soumise à des réserves de nature factuelle. Cette précision est nécessaire car il ne s'agit pas, à proprement parler, de véritables exceptions, dans la mesure où elles ne reposent pas sur des raisons juridiques, mais uniquement sur des considérations de fait.

Premièrement, le 'régime spécial' auquel on rattache conceptuellement la norme permet, en pratique, de restreindre le domaine de recherche des moyens de protection les plus 'pertinents'. Cette manière de procéder peut-être illustrée par le raisonnement de la Cour dans son *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*.²³ La manière dont la Cour a identifié, dans ce cas, les normes les plus directement 'pertinentes' pour la question qui lui avait été posée a été guidée par plusieurs considérations, y compris le domaine auquel ces normes appartenaient. Mais il s'agit là d'une analyse en quelque sorte pré-juridique, souvent influencée par les soumissions des parties et des divers intervenants. Certes, en vertu du principe *jura novit curia*, un tribunal a le pouvoir de (re-)caractériser une situation factuelle dans des termes juridiques différents de ceux plaidés par les parties. Mais le rôle des 'régimes spéciaux' dans cet exercice de caractérisation reste en toile de fond, dans la mesure où, en principe, il prend la forme d'un choix parmi divers moyens de droit appartenant tous au même traité.²⁴ L'admission d'un moyen de droit 'externe' au domaine de spécialisation d'un tribunal est en pratique extrêmement rare. Ceci nous amène à la deuxième réserve.

²¹ Mollard-Bannelier, *Protection de l'environnement ...*, pp. 319-322.

²² Voir *Affaire relatif à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, C.I.J. Rôle général n° 135, paragraphe 204.

²³ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, paragraphes 23, 25, 34.

²⁴ Voir, par exemple, *Bernard Ominayak and the Lubicon Band v. Canada*, HRC Communication No. 167/1984, 26 mars 1990, paragraphes 32.1-32.2; *Affaire Guerra et autres c. Italie*, CEDH Requête 14967/89, arrêt du 19 février 1998, paragraphes 44-46.

En pratique, l'appartenance d'une norme à un régime spécial peut déployer des effets significatifs sur sa réception par un tribunal spécialisé dans cette branche. En effet, certains tribunaux spécialisés ont tendance (consciemment ou inconsciemment) à faire pencher la balance au profit de leur 'propre' régime, du moins dans une certaine mesure. A cet égard, il est intéressant de noter une différence d'approche entre les tribunaux des droits de l'homme, qui ont laissé une place importante aux considérations environnementales,²⁵ et les tribunaux spécialisés sur le droit du commerce international²⁶ ou sur le droit des investissements,²⁷ où l'accueil des normes externes (droits de l'homme ou normes environnementales) a été plus froid malgré la marge de manœuvre significative dont disposent ces tribunaux en matière de droit applicable.²⁸ Cependant, ce phénomène a pour le moment un intérêt limité pour les rapports entre le 'droit de l'environnement' et le 'droit humanitaire', dans la mesure où il n'existe pas de tribunaux spécialisés dans ces branches. Les tribunaux pénaux internationaux ont, certes, une certaine compétence en matière de droit international humanitaire, lorsqu'ils ont à juger certains crimes internationaux. Mais la pratique de ces tribunaux en ce qui concerne la protection de l'environnement est encore trop maigre pour dégager une impression, fût-ce préliminaire, sur le rôle des normes environnementales dans le raisonnement de ces fors.

3. Techniques de conflit générales

3.1. Fonctions et types de techniques de conflit générales

Si l'appartenance à un régime spécial n'a qu'une pertinence limitée en ce qui concerne le fonctionnement des normes de conflit spéciales, on peut se demander s'il en va de même lorsqu'on se place sur le plan des normes de conflit générales.

²⁵ Voir, à cet égard : A. Boyle, M. Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Oxford University Press, 1998) ; D. K. Anton, D. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights* (Cambridge University Press, 2011). La Cour européenne de droits de l'homme a reconnu, dans une affaire qui a par la suite influencé nombre de cas similaires, que : 'La protection de la nature et des forêts et plus généralement l'environnement constituent une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique, et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu. Des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement, en particulier lorsque l'Etat a légiféré en la matière', *Affaire Turgut et autres c. Turquie*, CEDH Requête 1411/03, arrêt (fond), 8 juillet 2008, paragraphe 90.

²⁶ Voir, par exemple, S. Zleptnig, *Non-Economic Objectives in WTO Law* (The Hague: Kluwer, 2010).

²⁷ Voir, par exemple, J. E. Viñuales, 'Foreign Investment and the Environment in International Law' (2009) 80 *British Yearbook of International Law* 244 ; J. E. Viñuales, 'Conflit de normes en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements', in Société française pour le droit international (SFDI), *Le droit international face aux enjeux environnementaux* (Paris : Pédone, 2010), pp. 407-427.

²⁸ Voir Viñuales, *Foreign Investment ...*, pp. 261ss; Rapport-Fragmentation, paragraphe 45.

Sur ce plan, la question se pose d'une manière techniquement similaire que l'on soit en présence de l'article 35(3) du Protocole additionnel I ou de l'article 194(2) de la Convention de Montego Bay, pour ne citer que deux exemples. Certes, la pertinence de l'article 35(3) en la matière est hors de doute (les difficultés d'application se situant plutôt dans le niveau d'exigence que l'article lui-même fixe pour son application²⁹), mais cette pertinence est évaluée de par son rapport d'adéquation à une certaine réalité matérielle. Nombre de normes environnementales présentent un rapport d'adéquation suffisant à cette même réalité. Dans certains cas, des obligations de comportement qui seraient tout à fait pertinentes (par exemple l'article 194(2) ou d'autres obligations de protection de l'environnement prévues dans la Convention de Montego Bay) sont soumises à des conditions qui excluent ou limitent considérablement leur applicabilité (l'article 236 de la Convention de Montego Bay). Mais, si l'on met ces normes de conflit spéciales de côté – la plupart des traités environnementaux n'en ont d'ailleurs pas – quelle est la différence entre les conditions d'application de l'article 35(3) et celles de l'article 194(2) ? S'agit-il d'une question de pertinence matérielle (du fait que l'article 35(3) envisage explicitement une situation de conflit armé alors que l'article 194(2) ne le fait pas) ? Est-ce l'une des dispositions véritablement plus (ou moins) générale que l'autre ? Et même si une telle relation de généralité/spécialité (ou de hiérarchie ou, encore, de priorité temporelle) pouvait être établie, quels seraient les effets spécifiques sur l'applicabilité des normes en question (exclusion pure et simple ? articulation, mais laquelle ?). Plus fondamentalement, quel est l'impact – s'il en est un – de l'appartenance d'une norme au 'droit de l'environnement' ou au 'droit humanitaire' sur ces diverses questions ?

Le droit international offre, à cet égard, une panoplie de normes de conflit générales qui permettent de guider le raisonnement en cette matière aussi bien en l'absence de normes de conflit spéciales que lorsque de telles normes ne conduisent pas à une solution claire. Ces normes générales sont elles-mêmes diverses et leurs rapports ne sont pas toujours clairs. Nous ne pouvons pas entrer dans l'analyse de cette question dans le cadre restreint de ce chapitre. Nous nous bornerons donc à identifier les catégories principales de normes de conflit générales et à analyser brièvement leur portée en ce qui concerne la protection de l'environnement en temps de conflit armé.

D'une manière générale, quatre types de normes de conflit générales peuvent être identifiés, à savoir (i) les normes de conflit *stricto sensu* (*lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*), (ii) les normes d'interprétation, (iii) certaines normes régissant l'application/suspension/extinction des traités en cas de conflit armé, et (iv)

²⁹ Voir Bothe, Bruch, Diamond, Jensen, *International law protecting the environment ...*, pp. 575ss ('the crucial problem raised by Additional Protocol I is the meaning of the three conditions attached to the prohibition on «long-term, widespread and severe» damage to the environment'); PNUE, *Protecting the Environment ...*, p. 2 (Finding 1); Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement ...*, pp. 89ss.

certaines normes régissant les effets d'une violation d'une norme internationale induite par un conflit armé. Ces normes de conflit partagent toutes leur appartenance au droit international général et, par conséquent, elles sont potentiellement applicables indépendamment de la source conventionnelle ou coutumière des normes de comportement en concurrence. En revanche, elles diffèrent de manière significative en ce qui concerne le niveau auquel elles aménagent les rapports normatifs. Certaines d'entre elles envisagent des rapports entre des normes, des traités ou des systèmes juridiquement liés, et font peu de cas de l'appartenance de telles normes (ou ensembles de normes) à un régime spécial tel que le 'droit de l'environnement' ou le 'droit humanitaire'. D'autres donnent à cette appartenance une certaine portée juridique.

3.2. Techniques de conflit *stricto sensu*

Lorsque deux (ou plusieurs) normes ont vocation à s'appliquer à la même situation, leurs relations mutuelles doivent être déterminées, en particulier lorsqu'elles prévoient des comportements différents. En l'absence d'une norme de conflit spéciale ou lorsque celle-ci semble insuffisante pour régler le conflit, le droit international général offre trois normes de conflit principales: *lex superior*,³⁰ *lex posterior*³¹ et *lex specialis*.³² En rigueur, il ne s'agit pas toujours de 'normes' au sens de 'normes' individuelles. En effet, alors que les principes *lex posterior derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generalis* existent en tant que normes individuelles (même si leur source formelle est quelque peu ambiguë), le principe *lex superior* est en réalité une propriété implicite à une norme de comportement qui donne priorité à cette dernière sur toute autre norme d'un rang inférieur.

L'application de ces principes pour résoudre des tensions entre des normes de droit humanitaire et de droit de l'environnement exige, en pratique, un certain niveau de tension. Le plus souvent, les conflits normatifs seront réglés par voie d'interprétation (voir infra 3.3.). Mais des tensions significatives peuvent surgir entre, d'une part, des normes telles que les articles 35(3) ou 55 du Protocole additionnel I et, d'autre part, des normes comme le principe de prévention, les obligations de conserver le patrimoine naturel³³ ou la diversité biologique³⁴ ou,

³⁰ En droit international, la hiérarchie normative découle du contenu de certaines normes et non pas de leur source formelle. La caractérisation d'une norme en tant que *jus cogens* donne à celle-ci une hiérarchie normative supérieure, alors même que la source formelle de ces normes est la coutume internationale. Sur le concept de *jus cogens* voir notamment: A. Verdross, 'Jus dispositivum and jus cogens in International Law' (1966) 60 *American Journal of International Law* 55; G. Gaja, 'Jus cogens beyond the Vienna Convention', in *RCADI*, t. 172, 1981-III, pp. 271-316 ; R. Kolb, *Théorie du Jus Cogens international : Essai de relecture du concept* (Paris/Genève : PUF/IUHEI, 2001) ; A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006).

³¹ Voir Conclusions-Fragmentation, paragraphes 24-30; Rapport-Fragmentation, paragraphes 223-323.

³² Voir Conclusions-Fragmentation, paragraphes 5-16; Rapport-Fragmentation, paragraphes 46-222.

³³ Voir, par exemple, la Convention sur le patrimoine naturel, articles 4 et 5 ; Convention de Ramsar, articles 2-4.

encore, le milieu marin.³⁵ Par exemple, une partie à une action militaire peut argumenter qu'elle s'est conduite en toute légalité dans la mesure où elle a veillé 'à protéger l'environnement naturel contre des dommages *étendus, durables et graves*' (article 55 du Protocole additionnel I), même si elle a causé des dommages significatifs à l'environnement marin d'un autre Etat en violation *inter alia* du principe de prévention et des articles 192 et 194(2) de la Convention de Montego Bay, et 3 de la Convention sur la Diversité Biologique. Dans une telle hypothèse, quelle serait l'impact de l'appartenance de chacune de ces normes, respectivement, au 'droit humanitaire' et au 'droit de l'environnement' ?

Notre avis est qu'une telle appartenance ne ferait pas de différence en ce qui concerne les principes *lex superior* et *lex posterior*. Ce dernier n'attribue pas des priorités normatives en raison du contenu (ou de l'appartenance) des normes en concurrence. Quant au premier, la hiérarchie matérielle s'apprécie soit au niveau des normes (c'est le cas de la qualification d'une norme en tant que norme impérative ou *jus cogens*³⁶) soit, plus rarement, au niveau des traités (c'est le cas de la Charte des Nations Unies³⁷). Les 'domaines' ou 'régimes spéciaux' n'entretiennent pas de relations hiérarchiques entre eux.

La situation est plus nuancée en ce qui concerne l'application du principe *lex specialis*. Ce principe est fondé sur l'idée que le droit spécial est généralement plus adéquat que le droit général pour régir une situation. La difficulté se pose au moment de déterminer quel est le droit spécial et, surtout, à quel niveau cette détermination doit intervenir. L'appartenance d'une norme au 'droit de l'environnement' ou au 'droit humanitaire' lui donnerait, en principe, un avantage sur l'application d'une norme de droit international général, à moins, bien entendu, que cette dernière l'emporte pour d'autres raisons (par exemple, une norme impérative). Un rapport de spécialité/généralité peut également être établi entre des ensembles de normes plus spécialisés. S'agissant de la protection de l'environnement lors d'un conflit armé, l'établissement d'un rapport de spécialité/généralité du seul fait de l'appartenance d'une ou plusieurs normes au 'droit humanitaire' ou au 'droit de l'environnement' dépendrait du critère déterminant pour définir l'adéquation. S'agit-il de l'existence d'un conflit armé ?

³⁴ Convention sur la diversité biologique, articles 3, et 6 à 11.

³⁵ Convention de Montego Bay, partie XII notamment.

³⁶ Sur l'existence de normes rattachées au droit humanitaire ou au droit de l'environnement relevant du *jus cogens* voir : Conclusions-Fragmentation, paragraphe 33 ; V. Chetail, 'The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law' (2003) 85 *International Review of the Red Cross* 235, pp. 247ss ; E. Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht. Kriterien, Quellen und Rechtsfolgen zwingender Völkerrechtsnormen und deren Anwendung auf das Umweltvölkerrecht* (1997) ; E. Kornicker, 'State Community Interests, jus cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms', (1998-1999) 11 *Georgetown International Environmental Law Review* 101.

³⁷ Voir Conclusions-Fragmentation, paragraphes 34-36 et 40-41 ; Rapport-Fragmentation, paragraphes 328-360 ; R. Bernhardt, 'Article 103', in B. Simma (éd.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), pp. 1293ss.

Ou, s'agit-il, plutôt, de la protection de l'environnement ? Ces questions nous confrontent, à nouveau, aux difficultés posées par l'emploi de la catégorie de 'régime spécial'. En effet, dans l'exemple donné plus haut, la détermination de la *lex specialis* exigera une analyse non pas des 'régimes spéciaux' en question mais des normes, voire des traités en question. C'est ainsi que ce principe pourrait conduire à des solutions différentes selon que les normes en concurrence soient, par exemple, le principe de prévention et l'article 55 du Protocole additionnel I ou le principe de proportionnalité et l'article 4 de la Convention sur le patrimoine mondial (lorsqu'un Etat bombarderait un site sur son propre territoire pour obtenir un avantage militaire). Par ailleurs, la priorité fondée sur la spécialité n'exclut pas forcément l'application de la norme générale, laquelle peut rester pertinente pour des questions non couvertes par la norme spéciale (par exemple la réparation du dommage collatéral à l'environnement causé par une action militaire permise) ou même pour l'interprétation de cette dernière (notamment la proportionnalité d'une action militaire). Donc, d'une manière générale, l'impact de l'appartenance à un régime spécial dans la manière dont opère le principe *lex specialis* ne saurait être surestimé.

3.3. Techniques d'interprétation

Les techniques d'interprétation permettant d'harmoniser ou d'intégrer³⁸ des normes concurrentes sont particulièrement importantes pour la prise en compte des valeurs véhiculées par les normes environnementales. La grande majorité des normes et des traités visant à protéger l'environnement étant postérieurs à l'émergence du droit humanitaire, les techniques d'interprétation permettent aussi bien d'éviter des tensions que de rendre certaines normes de droit humanitaire plus sensibles aux considérations environnementales. Ici, il s'agira d'analyser dans quelle mesure ces techniques d'interprétation tiennent compte de l'appartenance d'une norme à un 'régime spécial'. D'un point de vue juridique, cette appartenance peut être pertinente notamment en ce qui concerne l'application d'une technique d'interprétation particulière à un certain 'régime spécial'.³⁹ On peut donc se poser la question de savoir si une telle technique s'est développée au sein de l'agglomération de normes ou traités désignés par l'appellation de 'droit de l'environnement'.

Certaines décisions jurisprudentielles suggèrent que c'est en effet le cas. Ce que le vice-président de la CIJ, C. Weeramantry, avait appelé le 'principe de la contemporanéité dans l'application des normes écologiques' dans son opinion

³⁸ Voir Conclusions-Fragmentation, paragraphe 4, 17-23 ; Rapport-Fragmentation, paragraphes 410-480; C. McLachlan, 'The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention' (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly* 279.

³⁹ Rapport-Fragmentation, paragraphe 133 ; Conclusions-Fragmentation, paragraphe 12.

individuelle dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*,⁴⁰ semble devenir de nos jours une règle d'interprétation *in statu nascendi*. Selon cette règle, les traités conclus antérieurement à l'émergence de certains principes environnementaux doivent être interprétés à la lumière de ceux-ci. Des références plus ou moins explicites à cette règle ont été faites par l'organe d'appel de l'O.M.C., des tribunaux arbitraux et, plus récemment, par la CIJ elle-même.⁴¹ Or, même si cette règle devait se consolider, son applicabilité généralisée à tout le 'droit de l'environnement' reste à être démontrée. Par ailleurs, selon la manière dont la règle est comprise, elle pourrait être vue soit comme un aspect de la règle du droit dit intertemporel,⁴² soit comme une variante de la règle plus générale d'intégration systémique, prévue à l'article 31(3)(c) de la CVDT. Dans les deux hypothèses, les implications en ce qui concerne la portée de l'appartenance d'une norme ou d'un traité à un régime spécial seraient significatives. En effet, ni la règle du droit intertemporel ni la règle de l'intégration systémique n'opèrent au niveau des régimes spéciaux. En revanche, si la règle de la contemporanéité est conçue comme une méthode distincte, ce qui donnerait des effets juridiques non-négligeables aux normes appartenant à la catégorie 'droit de l'environnement', le prix à payer est l'incertitude quant au fondement coutumier de la règle, une incertitude qui n'existe pas si la règle est rattachée à l'une des méthodes d'interprétation mentionnées antérieurement.

3.4. Normes régissant l'application/suspension/extinction des traités

Le droit des traités a une incidence importante en matière de conflit de normes, notamment en ce qui concerne l'application/suspension/extinction de certains traités lors de la survenance d'un conflit armé.⁴³ Les normes du droit des traités susceptibles de régler des conflits sont de deux ordres.

Premièrement, des clauses générales de suspension ou d'extinction des traités codifiées par les articles 61 (exécution temporairement ou définitivement

⁴⁰ *Gabcikovo-Nagymaros*, opinion individuelle du Vice-Président Weeramantry, p. 113.

⁴¹ Voir à ce sujet J. E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press, 2012), section 6.3.5.3. Selon les cas, cette prise en compte pourrait avoir des effets déterminants pour l'issue d'un différend. Voir, par exemple, l'*Affaire du Rhin de Fer ("Ijzeren Rijn") (Belgique/Pays-Bas)*, sentence du 24 mai 2005, *RSJ*, vol. XXVII, pp. 35-125, paragraphes 59-60.

⁴² Voir sur cette règle : *Island of Palmas case (Pays Bas/Etats-Unis)*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, *RSJ*, vol. II, p. 829, p. 845: 'The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law'; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 16, paragraphe 53 'tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu'.

⁴³ Le droit des traités a évolué considérablement en cette matière de l'idée d'une suspension automatique de l'applicabilité des traités en cas de guerre à une analyse contextualisée, tenant compte de divers éléments. Voir Mollard-Bannelier, *Protection de l'environnement ...*, pp. 248ss et 282ss ; Vöney, *Peacetime Environmental Law ...*, pp. 276ss.

impossible) ou 62 (*rebus sic stantibus*) de la CVDT, pourraient être déclenchées par la survenance d'un conflit armé *lato sensu*.⁴⁴ A cet égard, il se pose la question de savoir dans quelle mesure l'application de ces clauses est influencée par l'appartenance du traité dont on allègue la suspension ou l'extinction au 'droit humanitaire' ou au 'droit de l'environnement'. Il ne fait pas de doute que les traités que l'on peut rattacher au droit humanitaire resteront applicables⁴⁵ avec, certes, des particularités selon la nature du conflit (conflit armé international ou assimilé, conflit armé non-international, tensions internes ou troubles intérieurs⁴⁶). La question est plus difficile en ce qui concerne les traités relevant du 'droit de l'environnement'. Dans le cas de l'article 61, la doctrine donne l'exemple d'un Etat qui aurait perdu le contrôle sur une partie de son territoire où un groupe rebelle commettrait des exactions sur des espèces protégées par un traité environnemental.⁴⁷ Dans quelle mesure l'Etat serait-il tenu par les obligations découlant du traité environnemental ? Cette manière de poser la question mène, à notre avis, à des confusions. Il nous semble clair que l'Etat reste tenu par ses obligations en ce qui concerne les espèces situées hors de la zone contrôlée par les rebelles. Quant à cette zone, il faut distinguer les questions de responsabilité (qui supposent l'applicabilité du traité) de celles d'applicabilité. En principe, l'Etat ne pourrait pas être tenu pour responsable des violations du traité environnemental, car les actes des rebelles ne lui seraient pas attribuables. Ce n'est que si les rebelles devaient devenir le gouvernement de l'Etat que la responsabilité de ce dernier pourrait être engagée.⁴⁸ Dans les deux hypothèses, la question de la responsabilité suppose l'applicabilité du traité. Pour notre enquête, ce qui doit nous intéresser est si, en l'absence de dispositions spécifiques dans le traité, sa seule appartenance au 'droit de l'environnement' a un impact juridique sur son applicabilité de principe en cas de conflit armé.

Ceci nous amène à l'analyse du deuxième type de normes de conflit générales relevant du droit des traités, celles qui ont trait aux effets d'un conflit armé sur les traités internationaux. En droit international classique, la règle générale était celle de l'abrogation des traités lors de la survenance d'un conflit armé. Comme le notait

⁴⁴ D'autres clauses (par exemple, l'article 60 de la CVDT, prévoyant l'exception *inadimplenti non est adimplendum*) pourraient éventuellement trouver application dans une hypothèse de conflit armé, lorsque, par exemple, la conduite des hostilités par l'un des belligérants constitue une violation de certains traités.

⁴⁵ A. D. McNair, 'Les effets de la guerre sur les traités', in *RCADI*, vol. 59-I, 1937, pp. 523-585, plus précisément p. 556.

⁴⁶ Cette précision est importante. Comme le note le rapport du PNUE: '[t]he majority of international legal provisions protecting the environment during armed conflict were designed for international armed conflicts and do not necessarily apply to internal conflicts: Given that most armed conflicts today are non-international or civil wars, much of the existing legal framework does not necessarily apply. This legal vacuum is a major obstacle for preventing the often serious environmental damage inflicted during internal conflicts', *Protecting the Environment ...*, finding 3.

⁴⁷ Mollard-Bannelier, *Protection de l'environnement ...*, pp. 285-286.

⁴⁸ Voir R. Ranjeva, 'Les peuples et les mouvements de libération nationale', in M. Bedjaoui (dir.), *Le droit international: bilan et perspectives* (Paris: Pédone, 1989), pp. 107-118.

Arnold McNair dans son cours à l'Académie de droit international sur cette question : 'plus loin nous remontons dans l'étude des textes, plus tranchante et inconditionnelle est la généralisation d'après laquelle le fait de guerre abroge *tous* les traités d'une espèce quelconque auxquels les belligérants sont Parties Contractantes'.⁴⁹ Or, dès le début du vingtième siècle cette règle commence à être nuancée, sur la base de critères tels que la nature du traité en question, le type de conflit et les parties à l'égard desquelles les effets de suspension ou d'extinction sont susceptibles de se produire. Il ne semble pas nécessaire de reprendre ici le détail de cette évolution.⁵⁰ Il suffira de noter qu'elle a été recueillie par des efforts importants de codification, comme la résolution de l'Institut de Droit International sur 'Les effets des conflits armés sur les traités'⁵¹ et, plus récemment, par le 'Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités' adopté par la CDI en 2011.⁵² L'article 3 de ce Projet exprime bien la règle 'primordiale' qui, selon le commentaire, reflète 'la position qui prévaut en droit international', à savoir que:

[I]l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application:

- a) Entre les États parties au conflit;
- b) Entre un État partie au conflit et un État qui ne l'est pas'

Les articles 4 à 7 du Projet s'évertuent ensuite à fournir une méthodologie pour déterminer quels traités resteraient applicables, renvoyant tour à tour à l'existence de normes de conflit spéciales, aux règles d'interprétation, à certains 'facteurs' utiles pour cette détermination et, ce qui est plus important pour notre enquête, au '[m]aintien en vigueur de traités en raison de leur matière' (article 7).

Cette dernière disposition, qui selon le commentaire 'a un caractère déclaratif, attache des effets juridiques importants (une présomption de maintien en vigueur) à certaines catégories de traités énumérées dans un annexe. Cette annexe renvoie, aux lettres (g), (h) et (i), respectivement, aux 'traités relatifs à la protection internationale de l'environnement', aux 'traités relatifs aux cours d'eau internationaux et aux installations et ouvrages connexes' et aux 'traités relatifs aux aquifères et aux installations et ouvrages connexes'. On peut se demander si cette présomption de maintien en vigueur équivaut à une présomption d'applicabilité en temps de conflit armé. Le maintien en vigueur d'un traité qui ne serait, de par la volonté des parties, pas applicable lors d'un conflit armé est, naturellement, une

⁴⁹ McNair, *Les effets de la guerre ...*, p. 527.

⁵⁰ Voir Mollard-Bannelier, *Protection de l'environnement ...*, pp. 250ss.

⁵¹ Institut de Droit International, 'Les effets des conflits armés sur les traités', Session d'Helsinki (1985), Rapporteur Bengt Broms, *Annuaire de l'IDI 1992*, p. 174, article 2 ('Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application').

⁵² Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, *Annuaire de la Commission du droit international, 2011*, vol. II(2).

question différente de son applicabilité. Mais le rapporteur spécial a clarifié cette question dans le commentaire, en renvoyant à l'*Avis consultatif de la CIJ sur la licéité des armes nucléaires* ainsi qu'au principe 24 de la Déclaration de Rio,⁵³ selon lequel '[l]es États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin'. Il conclut, de ces observations, qu'elles :

'militent généralement et indirectement en faveur d'une présomption d'applicabilité des traités relatifs à l'environnement en cas de conflit armé, en dépit du fait que, comme il était indiqué dans les exposés écrits déposés dans l'affaire ayant donné lieu à l'avis consultatif, il n'y avait pas d'accord général sur cette question juridique précise'.⁵⁴

L'appartenance d'un traité au régime spécial 'droit de l'environnement' serait donc susceptible de déclencher une présomption d'applicabilité en cas de conflit armé. L'emploi du conditionnel est ici nécessaire du fait de la nuance introduite par le rapporteur spécial dans le paragraphe précité du commentaire. Il existe, certes, des facteurs qui 'militent' pour le maintien de l'applicabilité, mais les désaccords exprimés lors de l'avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires laisseraient planer un doute sur le caractère coutumier de la présomption codifiée à l'article 7 du Projet lorsqu'elle renvoie aux traités rattachés au 'droit de l'environnement'. En l'absence d'une telle présomption, l'appartenance cesserait de déployer des effets proprement juridiques pour jouer un rôle essentiellement pratique par l'intermédiaire de sa prise en compte par d'autres normes de conflit, notamment les règles d'interprétation ou le principe *lex specialis*.

3.5. Normes en matière de responsabilité internationale

Outre les normes de conflit générales mentionnées dans les sections précédentes, certaines normes découlant du droit de la responsabilité internationale de l'Etat⁵⁵ pourraient opérer également comme des normes de conflit. Or, il faut souligner d'emblée que ces normes ne visent pas l'applicabilité des normes d'un régime spécial ; elles visent le principe ou l'étendue de la responsabilité d'un Etat qui, du fait de la survenance d'un conflit armé, ne s'acquitterait pas de ses obligations environnementales. La raison pour laquelle ces normes peuvent opérer en tant que normes de conflit réside dans leur incidence sur les effets des normes environnementales.

⁵³ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 juin 1992, Doc. O.N.U. A/CONF.151/26.

⁵⁴ Commentaire, paragraphe 55.

⁵⁵ Voir Mollard-Bannelier, *Protection de l'environnement ...*, pp. 293ss ; Vöneky, *Peacetime Environmental Law ...*, pp. 299ss. Ces deux auteurs ne s'accordent pas sur les circonstances excluant l'illicéité qui seraient les plus pertinentes en cas de conflit armé, sauf en ce qui concerne l'état de nécessité.

La violation d'une norme environnementale devrait entraîner, normalement, la responsabilité internationale de l'Etat. Cependant, le droit international modifie exceptionnellement les conséquences attachées à une telle violation lorsque certaines circonstances sont présentes.⁵⁶ La nature et l'étendue de cette modification ont été débattues. Il existe un désaccord entre la question de savoir si chacune (ou seulement certaines) de ces 'circonstances' a pour effet d'exclure l'illicéité de l'acte ou plutôt de l'excuser.⁵⁷ La différence essentielle entre ces deux hypothèses est à chercher dans l'étendue de l'obligation de réparation.⁵⁸ Dans le cadre de notre enquête, la question qui se pose est dans quelle mesure l'appartenance à un 'régime spécial' tel que le droit de l'environnement ou le droit humanitaire a des conséquences sur la manière dont ces normes opèrent. La question est vaste et exigerait une analyse détaillée de chaque circonstance excluant l'illicéité reconnue en droit international. Nous nous bornerons ici à deux commentaires.

Premièrement, la caractérisation d'un 'intérêt' en tant qu'intérêt essentiel de l'Etat dans le sens de la clause sur l'état de nécessité (article 25 du Projet CDI) pourrait être influencée par l'existence d'une norme ou d'un traité protégeant cet intérêt. Par exemple, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ a qualifié la protection de l'environnement d'intérêt essentiel de l'Etat⁵⁹ en se référant à son avis de l'année précédente dans lequel elle avait reconnu le caractère coutumier du principe de prévention.⁶⁰ Mais l'incidence de l'appartenance de cette norme (ou d'un traité) à un régime spécial est ici très indirecte. Elle serait plus visible s'il s'agissait de comparer deux intérêts (celui de l'Etat victime de la violation et celui de l'Etat invoquant l'Etat de nécessité), l'un protégé par une branche 'commerciale' du droit international et l'autre par une branche 'normative', telle que le droit des droits de l'homme, le droit de l'environnement ou le droit humanitaire. Mais la pesée des intérêts n'est pas explicitement contemplée par la norme sur l'état de nécessité⁶¹ et, même si elle l'était, une telle pesée des intérêts opérerait sur un plan pratique plutôt que juridique.

S'agissant de l'adoption de contre-mesures (article 22 du Projet CDI), l'appartenance d'une obligation au 'droit humanitaire' pourrait en effet avoir une

⁵⁶ Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite, 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*.

⁵⁷ Voir V. Lowe, 'Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses' (1999) 10 *European Journal of International Law* 405.

⁵⁸ J. Crawford, 'Revising the Draft Articles on State Responsibility' (1999) 10 *European Journal of International Law* 435, p. 444.

⁵⁹ *Gabčíkovo-Nagymaros*, paragraphe 53.

⁶⁰ Viñuales, *The Contribution of the International Court of Justice ...*, pp. 248-249.

⁶¹ Voir J. E. Viñuales, 'State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law' (2008) 14 *NAFTA: Law and Business Review of the Americas* 79.

portée juridique aux termes de l'article 50(1)(c) du Projet CDI. Cette norme prévoit que l'adoption de contre-mesures ne peut pas porter atteinte 'aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles'. Certes, cette norme fait une différence entre deux types d'obligations de caractère humanitaire, celles excluant les représailles et celles les admettant. Ce faisant, on se situe au niveau des obligations plutôt que du régime spécial 'droit humanitaire'. Ceci dit, l'exception à l'adoption de contre-mesures est définie par référence aux obligations de 'caractère humanitaire' ce qui, dans une certaine mesure, donne à l'appartenance d'une obligation au 'droit humanitaire' une portée juridique. Quant à l'appartenance d'une norme au 'droit de l'environnement', elle ne semble pas avoir la même portée. On pourrait éventuellement prendre en compte cette appartenance par voie indirecte, dans la mesure où certaines normes de droits de l'homme ou de droit humanitaire ont un contenu environnemental, mais la portée juridique ne serait ici pas fonction de l'appartenance au 'droit de l'environnement' mais à celle de ces autres régimes spéciaux.

4. *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*

Au vu des résultats de l'analyse conduite dans les paragraphes précédents, la célèbre formule que l'on utilise pour se référer au 'rasoir' de Guillaume d'Occam nous semble pertinente pour caractériser le débat sur les rapports entre 'sous-systèmes' ou 'régimes spéciaux'. Est-il véritablement nécessaire de donner à des expressions telles que 'droit humanitaire', 'droit de l'environnement' et peut-être aussi d'autres, une portée qu'elles ne semblent pas avoir en droit international ? Elles sont, sans doute, utiles pour orienter l'étude du droit international, définir des domaines et, même parfois, pour analyser des questions juridiques. Mais doit-on pour autant surestimer leur existence juridique au point de situer l'analyse des rapports normatifs sur le plan des prétendus 'sous-systèmes' du droit international plutôt que sur le plan, moins séduisant mais bien plus conforme au droit international positif, des interactions entre des normes, des traités ou des systèmes de traités juridiquement liés ?

L'analyse qui précède suggère que, du moins en ce qui concerne les rapports entre 'droit humanitaire' et 'droit de l'environnement', le rasoir d'Occam reste un réflexe salutaire. Les interactions normatives sont aménagées à un niveau plus détaillé de ce que la formule des 'rapports entre sous-systèmes' ne permettrait de le voir. Certes, on peut parler de rapports entre des 'sous-systèmes' ou des 'régimes spéciaux' de manière descriptive, si l'analyse juridique est ensuite conduite au niveau auquel le droit international positif aménage ces rapports.⁶² Par ailleurs, il est tout à fait possible que les relations entre d'autres ensembles normatifs puissent être analysées juridiquement au niveau des 'régimes spéciaux'. Cela exigerait, bien

⁶² Voir, par exemple, Viñuales, *Foreign Investment and the Environment ...*, chapitre 2.

entendu, une analyse préalable des niveaux auxquels les interactions normatives de ces ensembles sont aménagées, similaire à celle conduite ici. Vraisemblablement, les interactions normatives auront lieu à plusieurs niveaux, dont le niveau des ‘régimes spéciaux’ n’est pas nécessairement exclu. Une illustration de ce dernier point est donnée par la manière dont le droit international (par voie du principe *lex specialis*, du principe de contemporanéité dans l’application des normes environnementales ou de la présomption d’applicabilité des traités environnementaux) tient compte, même si de manière limitée, de l’appartenance d’une norme à une branche du droit international. Mais, même dans cette hypothèse, il ne faut pas confondre la règle (le niveau plus fin auquel les rapports normatifs sont aménagés) et l’exception (la portée juridique assignée aux branches du droit international).

Plus fondamentalement, cette conclusion nous semble importante pour montrer dans quelle mesure une modeste analyse des règles – que certains qualifieraient sans doute de positiviste – peut être utile pour guider une question théorique, à savoir la manière dont les interactions normatives devraient être approchées. La cartographie fournie par le groupe CDI sur la fragmentation est, sans conteste, fort utile pour comprendre ces interactions normatives, à condition que les ‘entités ne soient pas multipliées au-delà du nécessaire’.