

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	3-7
II. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT»: RETOUR SUR LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU STATUT DE LA COUR ET DE SA DEVANCIÈRE	8-16
III. AUTONOMIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EN TANT QUE «SOURCE» FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL	17-19
IV. LE RECOURS AUX PRINCIPES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR	20-25
V. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT — INTERNE ET INTERNATIONAL	26-47
1. Enseignements à tirer des travaux préparatoires du Statut de la Cour et de sa devancièrè	26-28
2. La doctrine et les principes généraux de droit	29-47
a) Du temps de la Cour permanente	29-36
b) A l'époque de la Cour	37-47
VI. CHAMP D'APPLICATION <i>RATIONE MATERIAE</i> DES «PRINCIPES GÉNÉRAUX» DU DROIT INTERNATIONAL	48-51
VII. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT	52-96
1. Le principe de prévention	54-61
2. Le principe de précaution	62-92
a) Les risques	69-73
b) L'incertitude scientifique	74-92
3. Les principes de prévention et de précaution combinés	93-96
VIII. LA RECONNAISSANCE DES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION PAR LES PARTIES ADVERSES	97-113
1. Le principe de prévention	100-102
2. Le principe de précaution	103-113
IX. LA DIMENSION TEMPORELLE À LONG TERME: L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE	114-131
X. LA DIMENSION TEMPORELLE SOUS-JACENTE: LE DÉVELOPPEMENT DURABLE	132-147

USINES DE PÂTE À PAPIER (OP. IND. CANÇADO TRINDADE)	136
1. La formulation et les implications du développement durable	132-140
2. Les Parties à l'instance avaient conscience des implications du développement durable	141-147
XI. L'ÉTABLISSEMENT JUDICIAIRE DES FAITS	148-151
XII. AU-DELÀ DE LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: ASPECTS CONNEXES	152-190
1. Les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations	153-164
2. Le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement	165-171
3. Au-delà de la réciprocité: les obligations à caractère objectif	172-178
4. La personnalité juridique de la CARU	179-190
XIII. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX EN TANT QUE SUBSTRAT DE L'ORDRE JURIDIQUE LUI-MÊME	191-200
XIV. LA DIMENSION AXIOLOGIQUE DES <i>PRIMA PRINCIPIA</i>	201-206
XV. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT» TÉMOINS DU <i>STATUS CONSCIENTIAE</i> DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE	207-217
XVI. ÉPILOGUE	218-220

1. Si je me suis rangé à la décision que la majorité de la Cour vient de rendre dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, c'est parce qu'elle énonce les conclusions pouvant être tirées d'une stricte appréciation des éléments de preuve versés au dossier, mais je ne puis, à mon grand regret, souscrire à certaines parties du raisonnement suivi dans le présent arrêt, déplorant en particulier le peu de cas que la Cour a fait des principes généraux de droit. Je me sens donc tenu d'exposer les fondements de ma position personnelle en la matière. A cette fin, j'examinerai dans la présente opinion individuelle le processus d'élaboration des principes généraux en droit international contemporain, afin de bien cerner les questions qui sont en jeu ici. Il ressortira clairement de l'examen ci-après que ma propre conception des enjeux de l'espèce diffère de celle de la majorité de la Cour, telle que révélée par le raisonnement formulé dans cette affaire des *Usines de pâte à papier*.

2. Ma position personnelle s'inscrit dans un courant de pensée qui s'est développé en droit international au fil des neuf dernières décennies (de 1920 à 2010) et qui, depuis le milieu des années 1970, a également trouvé écho dans le domaine du droit international de l'environnement. De mon point de vue, les principes généraux possèdent une autonomie propre aussi bien en droit interne qu'en droit international. Les juridictions internationales se sont ces dernières années intéressées à leur champ d'application *ratione materiae*, et la Cour internationale de Justice (la «Cour») a un rôle important à jouer en la matière, me semble-t-il, en prêtant l'attention voulue à la fonction de ces principes généraux, qui occupent une place particulière dans l'évolution du *corpus juris* foisonnant du droit international contemporain. Ces considérations à l'esprit, j'entame l'examen de quelques points préliminaires.

I. PROLÉGOMÈNES

3. Quelle que soit la façon dont les parties en litige lui présentent leur affaire, la Cour n'est ni limitée ni liée dans son action par leurs arguments: elle demeure totalement libre d'établir elle-même les faits et le droit applicable. Ce faisant — comme elle est totalement libre de le faire, dans l'exercice rigoureux de sa fonction —, la Cour dévoile nécessairement à un observateur perspicace sa propre conception du droit. Un raisonnement juridique peut toujours se construire de différentes manières, et, même dans une affaire comme celle des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, j'ai naturellement tendance à m'intéresser davantage aux principes juridiques qu'aux substances chimiques, contrairement à ce que la Cour a fait.

4. Dans le cadre de son examen des obligations de fond découlant du statut du fleuve Uruguay de 1975, la Cour s'est livrée, avec diligence et zèle, à une longue et nécessaire analyse de l'effet des rejets de l'usine sur la qualité de l'eau du fleuve Uruguay (arrêt, par. 234-264), mais elle semble

ne pas s'être donné autant de peine au sujet des principes généraux de droit (y compris ceux du droit international de l'environnement), qu'elle n'a évoqués qu'en passant, sans s'y arrêter, dans quelques paragraphes de son arrêt¹. Je me sens donc tenu, dans la présente opinion individuelle, de tenter de rétablir l'équilibre en faisant la part belle aux principes juridiques, en particulier à ceux qui sont applicables en l'espèce. J'agis ainsi dans un esprit constructif, en osant espérer que la Cour fera plus grand cas des principes juridiques dans ses décisions futures; après tout, ces dernières décennies, les principes juridiques m'ont été bien plus familiers que les substances chimiques.

5. Cette question est étroitement liée à celle de la détermination du droit applicable en l'espèce, qui renvoie elle-même inéluctablement aux «sources» du droit, du droit international s'entend. Même si les parties en litige n'invoquent pas les principes généraux de droit devant elle, la Cour est totalement libre de les prendre d'office en considération. Il se trouve que, dans cette affaire des *Usines de pâte à papier*, les deux Parties, l'Argentine et l'Uruguay, ont *bel et bien* invoqué ces principes; pourtant, la Cour, pour des raisons qui m'échappent, a préféré ne pas s'y arrêter, manquant une occasion unique d'apporter une contribution remarquable à notre discipline. En effet, une question déterminante qui vient immédiatement à l'esprit ici, pour régler une affaire comme celle-ci, est celle de savoir si une juridiction internationale telle que la Cour peut ou doit avoir recours aux *principes du droit de l'environnement*, en application de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut.

6. Ces principes, propres au droit international de l'environnement, comprennent les principes de prévention et de précaution, auxquels s'ajoutent celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans la durée, et la notion de pérennité sous-jacente au principe du développement durable. Ces principes doivent également être gardés à l'esprit pour statuer sur les faits de l'affaire qui nous occupe. Voici quelques-unes des questions préalables qui sont à prendre en considération, et qui ne semblent pas avoir été examinées de manière suffisamment claire jusqu'ici: a) la référence aux «principes généraux de droit» figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour vise-t-elle uniquement les principes établis *in foro domestico* ou englobe-t-elle aussi ceux définis à l'échelle du droit international? b) ces derniers sont-ils uniquement ceux du droit international général ou comprennent-ils également ceux qui sont propres à un domaine particulier de ce droit?

7. Dans la présente opinion individuelle, je m'intéresserai ensuite, compte tenu des faits qui sont en cause en l'espèce, à certains aspects

¹ Pour une lecture des considérants de la Cour (et non des arguments des Parties), voir le paragraphe 101 (principe de prévention), le paragraphe 145 (principe de bonne foi), le paragraphe 162 (principe dit *onus probandi incumbit actori*) et le paragraphe 164 («approche» de précaution).

connexes qui dépassent la dimension interétatique (si familière à la Cour), à savoir: les impératifs liés à la santé humaine et au bien-être des populations; le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement; les obligations revêtant un caractère objectif, au-delà de la réciprocité; et la personnalité juridique de la commission administrative du fleuve Uruguay (la «CARU»). Enfin, et ce n'est pas le moins important, j'envisagerai les principes généraux de droit pertinents dans leur dimension axiologique, et en tant qu'indicateurs du *status conscientiae* de la communauté internationale. Dans cette optique, il me faudra tout d'abord revenir sur les travaux préparatoires de l'article 38 du Statut (de la Cour et de sa devancière) — qui ont fait couler tant d'encre — ainsi que sur le recours aux principes dans la jurisprudence de la Cour, aux fins de l'examen à réaliser dans le cadre de la présente affaire.

II. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT»: RETOUR SUR LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU STATUT DE LA COUR ET DE SA DEVANCIÈRE

8. L'une des questions les plus débattues au sein du comité consultatif de juristes chargé d'élaborer le Statut de la Cour permanente de Justice internationale (la «Cour permanente»), en juin et juillet 1920, portait sur le sens et sur le contenu matériel à attribuer aux principes généraux de droit en tant que «source» (formelle) du droit international. Dans sa proposition initiale, le président Edouard Descamps recensa parmi les (quatre) sources possibles «les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés»². Lors des débats du 2 juillet 1920, cette proposition rencontra une vive opposition en la personne d'Elihu Root, pour qui les principes de justice variaient d'un pays à un autre³. Le président Descamps répondit que cela pouvait être «vrai en partie, lorsqu'il s'agi[ssai]t de certaines règles secondaires»; toutefois, ajouta-t-il,

«ce n'est plus vrai lorsqu'il s'agit de la loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée au cœur de tout être humain et qui reçoit son expression la plus haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peuples civilisés»⁴.

9. Albert de Lapradelle était lui aussi opposé à la vision positiviste d'Elihu Root selon laquelle les juges ne pouvaient statuer qu'en application de «règles reconnues» en l'absence desquelles ils devaient «prononcer[re] un *non liquet*» — une vision qu'il qualifia d'«inadmissible», avant

² Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920*, La Haye, Van Langenhuyens Frères, 1920, point 3, p. 306, annexe 3.

³ *Ibid.*, p. 310.

⁴ *Ibid.*, p. 310-311.

d'ajouter qu'«on p[ouvait] limiter la compétence des arbitres, mais non ... celle des juges»⁵. Tentant de débloquer la situation, lord Phillimore estima que, «[e]n général[,] tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de droit international»⁶. George Francis Hagerup ajouta que les juges devaient rendre leur décision à l'aune des «règles du droit», et «non pas déclarer qu'il leur est impossible, faute de règles, de se prononcer. Il ne faut pas qu'un déni de justice soit possible»⁷.

10. Dans cet ordre d'idées, le président Descamps, lui aussi hostile à la possibilité d'un *non liquet*, affirma que, si aucune règle n'existait en droit conventionnel ou coutumier, le juge devait alors appliquer les principes généraux de droit⁸. Il réaffirma ensuite clairement sa position jusnaturaliste, en confirmant la quête à mener — au-delà des traités et de la coutume — pour trouver

«la norme de la justice objective dans des conditions qui soient précisément de nature à prévenir l'arbitraire... [L]a justice objective est la norme naturelle dont l'application s'impose au juge... Le second des clairs regards que je donne au juge, c'est la conscience juridique des nations civilisées dans ses éclatantes manifestations.»⁹

11. Lors des débats du lendemain, le 3 juillet 1920, lord Phillimore exprima son propre point de vue, à savoir que les principes généraux (visés au point 3 tel qu'amendé) étaient ceux qui étaient acceptés par toutes les nations *in foro domestico*¹⁰. Albert de Lapradelle admit que ces principes «constitu[ai]ent aussi des sources de droit international», pourvu toutefois qu'ils fissent «l'unanimité ou la quasi-unanimité»¹¹. La proposition initiale (*supra*) fut modifiée et, dans la proposition soumise par Elihu Root, les «quatre» sources possibles comprenaient «les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés»¹². Cette solution constituait manifestement, pour le comité consultatif de juristes, un compromis entre les partisans de l'approche jusnaturaliste et les tenants du positivisme, dont les chefs de file étaient le président Edouard Descamps et Elihu Root, respectivement.

12. Cette formulation fut adoptée à titre provisoire, pour former la base de ce qui allait devenir peu de temps après le paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente, puis de la Cour actuelle (actuel alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38). Deux déclarations importantes

⁵ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra* note 2, p. 335.

⁶ *Ibid.*, p. 316.

⁷ *Ibid.*, p. 317.

⁸ *Ibid.*, p. 318-319; voir aussi p. 322.

⁹ *Ibid.*, p. 323.

¹⁰ *Ibid.*, p. 335.

¹¹ *Ibid.*, p. 313-314.

¹² *Ibid.*, p. 344, annexe 1.

furent faites en faveur de l'insertion d'une référence expresse aux principes généraux de droit dans le projet de liste recensant les sources formelles du droit international. La veille de l'adoption provisoire, le président Edouard Descamps défendit avec éloquence l'existence d'une «justice objective», dans les termes suivants :

«C'est une des convictions les plus profondes de ma vie vouée à l'étude et à la pratique du droit international qu'il n'est pas possible de chasser du domaine de l'ordre juridique, en ses applications, une loi fondamentale de justice, ... pour promulguer certaines règles comme nécessairement liées à l'économie essentielle des rapports sociaux dans la vie internationale, et comme s'appliquant à la diversité des faits qu'embrasse cette vie.

.....

N'hésitons donc pas ... à placer, parmi les normes que doit suivre le juge dans la solution des différends qui lui sont soumis, la loi de la justice objective... [L]a loi du juste et de l'injuste, telle qu'elle est gravée et tracée de façon ineffaçable au cœur des peuples civilisés, ... est non seulement l'élément générateur par excellence du progrès du droit international, mais le complément indispensable pour le juge de l'application du droit, dans la haute mission qui lui est confiée.»¹³

13. Le jour de l'adoption provisoire, Raul Fernandes s'exprima lui aussi en faveur de l'inclusion, dans la partie du texte à l'examen, d'une référence expresse aux principes généraux de droit, afin de répondre aux besoins du juge et de lui permettre de statuer. Il indiqua que «les sentences ainsi fondées» — sur les principes généraux de droit — «sont en règle générale les plus justes, car les principes s'inspirent toujours de la justice, tandis que la loi formelle s'en écarte souvent»¹⁴. Les règles découlant de ces principes «ne sont établies ni par convention ni par coutume», et le projet examiné aurait, de l'avis de Raul Fernandes, beaucoup gagné «en accordant à la Cour internationale de Justice le pouvoir de juger — à défaut de droit conventionnel ou coutumier — selon les principes de droit international»¹⁵.

14. Dernier point, mais non des moindres, Albert de Lapradelle fit observer au cours des débats qu'il suffisait de faire référence aux «principes généraux de droit» sans exiger que ceux-ci aient été reconnus par les «peuples civilisés»; cette exigence lui semblait «superflue puisque qui dit droit dit civilisation»¹⁶. Ses confrères ne virent toutefois pas l'intérêt de

¹³ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra* note 2, p. 324-325.

¹⁴ *Ibid.*, p. 345-346.

¹⁵ *Ibid.*, p. 346.

¹⁶ *Ibid.*, p. 335.

la supprimer, et elle fut conservée. Le projet, qui faisait référence aux principes généraux de droit en question, fut adopté¹⁷ et devint le projet d'article 35¹⁸, puis l'article 38 du Statut de la Cour permanente.

15. Un quart de siècle plus tard, lors des débats de la conférence de San Francisco de 1945 qui précédèrent l'adoption de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour, les délégations participantes (quatrième commission, premier comité) convinrent que l'article 38 correspondant du nouveau Statut ne ferait pas l'objet d'une révision générale; le moment n'était «pas opportun», comme le rapporteur Jules Basdevant le fit observer¹⁹. La seule modification mineure introduite — dans le chapeau de l'article 38 — fut le résultat d'une proposition chilienne, adoptée à l'unanimité²⁰.

16. Le nouvel article 38 du Statut débutait — et débute toujours — comme ceci: «La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique...» Il a parfois été dit que cette modification mineure, la seule qui ait été apportée au libellé de l'article 38, devait servir à éclaircir le texte: pourtant, l'absence de cette précision dans la version antérieure du Statut n'avait pas empêché la Cour permanente, en son temps, de «se considérer comme un organe de droit international; cet ajout a[vait] néanmoins pour effet de renforcer ce caractère chez la nouvelle Cour»²¹.

III. AUTONOMIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EN TANT QUE «SOURCE» FORMELLE DU DROIT INTERNATIONAL

17. La *mens legis* de l'expression «principes généraux de droit» figurant à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour indique clairement que ces principes constituent, en eux-mêmes, une «source» (formelle) du droit international, et qu'ils ne doivent pas nécessairement être subsumés sous la coutume ou les traités. La position d'une partie de la doctrine contemporaine, qui consiste à tenter de déterminer si un principe donné a atteint le «statut» de «norme» du droit international coutumier, ou s'il est «reconnu» en droit international conventionnel, passe tout bonnement à côté de l'essentiel et pêche d'un point de vue conceptuel. Elle revient à ne pas saisir qu'un principe général de droit est très différent d'une règle du droit international coutumier ou d'une norme du droit international conventionnel. Un principe n'est pas une norme ou une règle; celles-ci en sont inspirées, et lui restent subordonnées. Un principe n'est pas une coutume ni une norme conventionnelle.

¹⁷ Cour permanente de Justice internationale, comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité avec annexes, 16 juin-24 juillet 1920, op. cit. supra* note 2, p. 584.

¹⁸ *Ibid.*, p. 730.

¹⁹ *Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale* (San Francisco, 1945), t. XIV, p. 843.

²⁰ *Ibid.*, t. XIII, p. 284-285.

²¹ *Ibid.*, t. XIII, p. 392.

18. Il n'est pas rare que les principes juridiques généraux soient expressément invoqués, ou visés, non seulement dans des traités et la pratique internationale (des Etats et d'autres sujets du droit international), mais aussi dans la jurisprudence nationale et internationale (voir *infra*), et dans la doctrine. Mais, quand bien même ils ne seraient pas invoqués de la sorte, ils n'en demeureraient pas moins une «source» formelle autonome du droit international. En outre, à notre époque, ils sont également invoqués ou visés dans les résolutions d'organisations internationales (à commencer par celles de l'Organisation des Nations Unies); bien que ces résolutions ne figurent pas dans la liste contenue à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut, la Cour en tient compte et les applique (voir *infra*). Le fait que les principes généraux soient ainsi visés ou invoqués dans différentes manifestations ou sources formelles du droit international témoigne de leur importance et la proclame. Mais, même si tel n'était pas le cas, les principes généraux conserveraient tout de même leur place, aux origines et aux fondements de tout système juridique; à mes yeux, nul système juridique ne peut exister sans eux. La Cour ne peut les laisser de côté.

19. Qui plus est, il me semble que les principes généraux de droit — qu'ils s'expriment en droit interne ou en droit international — constituent en eux-mêmes, dans la liste des sources «formelles» recensées à l'article 38 du Statut de la Cour, une catégorie foncièrement distincte du droit international coutumier ou conventionnel. Ils ont leur existence propre, en tant que l'une des «sources» (formelles) du droit international (dotée d'une autonomie) auxquelles le juge peut avoir recours, compte tenu des circonstances de l'affaire concernée. Lors de la rédaction du Statut de la Cour permanente (et de la Cour actuelle), ces principes n'ont pas été assimilés à la coutume ni aux traités, mais ont été désignés comme un autre type, différent, de source «formelle» du droit international. Et c'est ainsi qu'ils ont, si je ne m'abuse, été appliqués par la Cour et par sa devancière dans une jurisprudence constante (voir *infra*).

IV. LE RECOURS AUX PRINCIPES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

20. Dans sa jurisprudence, la Cour et sa devancière ont, pour régler les affaires portées devant elles, souvent eu recours aux principes généraux de droit. Elles ont interprété cette expression comme englobant également les principes généraux du droit international. La Cour permanente, par exemple, dans son arrêt en l'affaire *Oscar Chinn* (1934), fit expressément référence aux «principes généraux du droit international» (*arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 81 et 87*). Dans la célèbre affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (1928), elle vit dans l'obligation de réparer en cas de manquement à un engagement international «un principe [général] du droit international» (*fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29*). Et dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), elle présenta la protection des ressortissants ou des personnes fai-

sant l'objet du recours à la protection diplomatique comme «un principe élémentaire du droit international» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12*).

21. Quant à la Cour actuelle, elle a également appliqué les principes généraux de droit en ce sens, c'est-à-dire en tant qu'englobant les principes reconnus à la fois *in foro domestico* (puis transposés à l'échelle internationale) et dans le cadre du droit international lui-même. Ainsi, dans son arrêt en l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949), la Cour invoqua les «principes ... bien reconnus» du droit international (*Royaume-Uni c. Albanie, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22*). Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), la Cour, après s'être référée à la «conscience humaine», indiqua que les principes sous-tendant la convention contre le génocide «obligea[ie]nt les États même en dehors de tout lien conventionnel» (*C.I.J. Recueil 1951, p. 23*).

22. Dans son arrêt en l'affaire *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, la Cour se référa à plusieurs reprises aux «principes généraux de base du droit humanitaire» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1986, p. 113-114, par. 218, p. 114-115, par. 220, et p. 129-130, par. 255*). Toujours dans cet arrêt (du 27 juin 1986), la Cour renvoya aux «principes que l'Assemblée générale a[vait] qualifiés de «principes fondamentaux du droit international»» (*ibid.*, p. 107, par. 203), invoquant elle-même «le principe de non-intervention» (*ibid.*, p. 106, par. 202, et p. 107, par. 204). Longtemps auparavant, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour avait pris note du fait que le Portugal avait invoqué la «coutume internationale générale et les principes généraux de droit» (*Portugal c. Inde, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 43*), sans les considérer comme synonymes, bien entendu.

23. La Cour a par exemple invoqué le principe de l'autodétermination des peuples dans son avis consultatif sur la *Namibie* (*C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 52*), dans son arrêt en l'affaire relative au *Timor oriental* (*Portugal c. Australie, C.I.J. Recueil 1995, p. 201, par. 29*), dans son arrêt en l'affaire du *Différend frontalier* (*Burkina Faso/République du Mali, C.I.J. Recueil 1986, p. 566-567, par. 25*), dans son avis consultatif sur le *Sahara occidental* (*C.I.J. Recueil 1975, p. 31-32, par. 55, et p. 33, par. 59*) et dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (*C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 271, par. 88*). Dans son arrêt précité relatif au *Timor oriental*, la Cour pré-senta le principe de l'autodétermination des peuples comme l'«un des principes essentiels du droit international contemporain» (*C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29*). Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour utilisa indifféremment les expressions «un principe du droit international», «un principe général de droit» (*Hongrie/Slovaquie, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 53, par. 75*) et «un principe de droit international ou un principe général de droit» (*ibid.*, par. 76).

24. Les principes généraux de droit appliqués par la Cour relèvent aussi bien du droit substantiel²² que du droit procédural. Dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (1974), la Cour invoqua, entre autres, le principe de la bonne foi (*bona fides*) (*Nouvelle-Zélande c. France*, C.I.J. Recueil 1974, p. 472, par. 46). Dans son avis consultatif relatif à la *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies*, la Cour fit fond sur le principe général de droit dit de l'égalité des armes (des parties à la procédure) (C.I.J. Recueil 1973, p. 180, par. 36). En d'autres occasions (voir, par exemple, l'avis consultatif quant à l'*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, C.I.J. Recueil 1954, p. 53, et l'arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 90, par. 115), elle invoqua le principe de la chose jugée. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 565, par. 20, et p. 567, par. 26), elle eut recours au principe de l'*uti possidetis*.

25. Dans le dernier avis consultatif qu'elle a rendu, il y a cinq ans, sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (2004), que j'ai déjà évoqué, la Cour a déterminé les « principes de droit international » à appliquer pour répondre à la question qui lui avait été posée par l'Assemblée générale des Nations Unies (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 154, par. 39, p. 171, par. 86, et p. 181, par. 114). La Cour a expressément mentionné le principe de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force (paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies), et celui de l'autodétermination des peuples²³ (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 171, par. 87), qu'elle a également présenté comme le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes (ainsi qu'exposé à l'article premier des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme — *ibid.*, p. 171, par. 88, et p. 182, par. 118). La Cour s'est aussi référée au principe du règlement pacifique des différends (*ibid.*, p. 200, par. 161), ainsi qu'aux principes du droit international humanitaire (*ibid.*, p. 199, par. 157).

V. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT — INTERNE ET INTERNATIONAL

1. Enseignements à tirer des travaux préparatoires du Statut de la Cour et de sa devancière

26. Lorsque l'article 38 du Statut de la Cour permanente fut adopté, deux courants de pensée prédominaient au sein du comité consultatif

²² Voir, par exemple, l'avis consultatif sur la *Namibie*, C.I.J. Recueil 1971, p. 48, par. 98.

²³ Tel qu'établi dans la déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats (Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale).

de juristes. Les partisans du premier (Elihu Root et lord Phillimore) voulaient présenter ces principes comme ayant été reconnus *in foro domestico*, tandis que ceux du second (Edouard Descamps et Raul Fernandes) voulaient renvoyer simplement aux principes de droit international. Je peux comprendre la première attitude (sans pour autant l'accepter) puisque c'est en droit interne qu'historiquement les principes généraux du droit (et surtout du droit procédural) ont trouvé leur première expression. Le droit des gens (tel que nous l'entendons aujourd'hui) n'est apparu que plus tard.

27. Toutefois, dire qu'il ne saurait en être autrement revient à adopter une position statique et dogmatique dont le bien-fondé reste à démontrer; elle ne me paraît pas du tout convaincante. De nos jours, étant donné l'évolution extraordinaire du droit des gens, il n'existe du point de vue épistémologique aucune raison de ne pas avoir recours aux principes généraux de droit tels qu'ils sont reconnus en droit interne comme international (voir *infra*). Dès 1920, certains penchaient déjà en ce sens. Ce point de vue est en outre, à mes yeux, parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 38 du Statut de la Cour et de sa devancière, et il tient compte du développement progressif que connaît le droit international à notre époque.

28. En droit international contemporain, en effet, les principes généraux de droit trouvent leur expression concrète non seulement *in foro domestico*, mais aussi au niveau international. Nul système juridique ne peut exister sans eux. Gardant toujours leur autonomie, ils peuvent trouver expression dans d'autres «sources» ou manifestations formelles du droit international (et non pas uniquement dans les traités ou la coutume) dont la Cour a tenu compte dans la pratique, même si elles ne figuraient pas dans la liste de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut. Je songe notamment aux résolutions adoptées par les organisations internationales, en particulier par l'Assemblée générale des Nations Unies²⁴. Ces considéra-

²⁴ Voir d'une manière générale, par exemple, [divers auteurs], *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation* (M. Sahovic, dir. publ.), Belgrade, Institute of International Politics and Economics/Oceana Publications, 1972, p. 3-275; M. Sahovic, «Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 137 (1972), p. 249-310; G. Arangio-Ruiz, «The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *ibid.*, p. 419-742; [divers auteurs], *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe et C. Warbrick, dir. publ.), Londres, Routledge, 1994, p. 1-255. Enfin, en ce qui concerne le point de vue selon lequel les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies reconnaissent les principes généraux de droit comme des principes universels du droit international, voir les débats sur «The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions», *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese et J. H. H. Weiler, dir. publ.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, p. 34, 37, 47-48, 50-52 et 54-55 (interventions de W. Riphagen, J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga, G. Abi-Saab et A. Cassese); voir aussi G. Ballardore Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 8^e éd. révisée, Milan, Giuffrè, 1962, p. 25-26 et 95-97; A. Verdross, «Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 526 et 530.

tions à l'esprit, je vais maintenant rappeler certains développements doctrinaux intéressants sur les principes généraux de droit (tant au niveau national qu'à l'échelle internationale), qui datent non seulement de l'époque de la Cour mais aussi du temps de sa devancière.

2. La doctrine et les principes généraux de droit

a) Du temps de la Cour permanente

29. L'examen qui va suivre ne vise pas à l'exhaustivité mais se veut sélectif pour illustrer le point que j'entends démontrer, tel qu'il ressort des ouvrages de doctrine rédigés tant à l'époque de l'ancienne Cour qu'à celle de la Cour actuelle. Dans son analyse de la jurisprudence de la Cour permanente sur les sources du droit international, par exemple, Max Sørensen, bien qu'adhérant au point de vue, alors dominant, selon lequel les principes généraux de droit étaient ceux qui s'étaient cristallisés *in foro domestico*²⁵, ne manqua pas de relever que, déjà à l'époque, certains juristes (comme Jules Basdevant et Frede Castberg) étaient d'un autre avis. En effet, une minorité d'auteurs estimait déjà, alors que la Cour permanente se trouvait au crépuscule de son existence, que ces principes lui permettaient de statuer également sur la base des *principes généraux du droit international* lui-même²⁶.

30. En fait, l'un des tenants de cette position minoritaire — et, selon moi, plus éclairée —, Jules Basdevant, soutint par exemple dès 1936 que «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent être cherchés non seulement dans le droit interne, mais aussi dans le droit international particulier ou relatif par l'emploi de la méthode comparative»²⁷. Rechercher ces principes uniquement *in foro domestico* ne serait guère approprié, leur transposition dans le droit international n'allant pas toujours sans difficultés, d'où la nécessité absolue de les identifier ou de les reconnaître également au niveau de l'ordre international lui-même, même si cela supposait toujours à l'époque de «sortir des sentiers battus», si je puis dire²⁸.

31. De même, dès 1933, Frede Castberg, lorsqu'il examina les travaux du comité consultatif de juristes qui avait rédigé en 1920 le Statut de la Cour permanente (voir *supra*), contesta le point de vue qui s'était rapidement imposé, à savoir — selon une remarque de lord Phillimore — que les principes généraux de droit étaient ceux appliqués *in foro domestico*. En particulier, Frede Castberg, qui voyait dans ces principes de véritables *principes de justice*, fit valoir que

²⁵ Max Sørensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, p. 113.

²⁶ *Ibid.*, p. 113.

²⁷ Jules Basdevant, «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 58 (1936), p. 504.

²⁸ Voir *ibid.*, p. 498-504.

«[i]l serait par trop irrationnel de permettre à la Cour de rechercher les normes à appliquer dans ses décisions parmi les principes généraux de n'importe quel domaine de droit interne, sans qu'elle pût statuer selon les principes généraux du droit international. Il n'y a aucun motif rationnel pour supposer que, de tous les principes généraux du droit, précisément ceux du droit international soient exclus comme base des décisions de la Cour permanente de Justice internationale. Il est vrai que bien des principes généraux du droit interne sont valables aussi dans les rapports entre États.

.....

Il y a quelques dizaines d'années, on était peut-être trop porté, dans la théorie du droit international, à exclure toute application des principes du droit interne. Mais il ne faut pas maintenant se jeter à l'autre extrême et vouloir même exclure les principes du droit international en faveur des principes du droit interne. Un système aussi peu rationnel ne saurait être accepté, à moins qu'il ne soit établi d'une manière expresse par un traité...»²⁹

32. Je rappellerai aussi le point de vue que deux autres juristes exprimèrent publiquement sur la question, toujours à l'époque de l'ancienne Cour. Dans le cours thématique qu'il donna en 1935 à l'Académie de droit international de La Haye, Alfred Verdross fit observer que, s'agissant des «sources» du droit international, il existait finalement deux conceptions fondamentalement opposées: l'une partait de l'«idée du droit» et l'autre privilégiait le consentement ou la volonté; la seconde se retrouvait dans le positivisme (au sens philosophique), tandis que la première tendait à affirmer que l'«idée du droit», émanation de la conscience humaine, ouvrait la voie à un *jus gentium* universel³⁰.

33. Cette approche, fondée sur l'idée d'une «justice objective», défend l'autonomie des principes en question, s'opposant ainsi à la conception positiviste classique, qui soutient qu'ils doivent trouver leur expression dans les traités ou la coutume³¹. Les principes généraux de droit, tels qu'évoqués au paragraphe 3 de l'article 38 du Statut de la Cour permanente, consti-

²⁹ Frede Castberg, «La méthodologie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 43 (1933), p. 370 et 372. Exactement quarante ans plus tard, en 1973, Frede Castberg, se référant «au grand principe dit *pacta sunt servanda*», un «principe fondamental du droit international public», fit observer que, à l'époque, les limites entre ce principe et le droit interne «étaient devenues plus floues», et insista sur le fait qu'il n'existait selon lui «aucune raison de détacher ... les principes généraux de droit» des deux grandes branches «traditionnelles» du droit, à savoir «le droit interne et le droit international public»; Frede Castberg, «International Law in Our Time», *RCADI*, t. 138 (1973), p. 5 et 8. En d'autres termes, les principes généraux de droit peuvent se retrouver aussi bien au niveau du droit interne qu'à l'échelle du droit international lui-même.

³⁰ A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 52 (1935), p. 195-197 et 202-203.

³¹ *Ibid.*, p. 216 et 221.

tuent donc une «source» autonome du droit international³², et ils peuvent être appliqués conjointement avec les traités et la coutume, et utilisés pour interpréter les dispositions de traités ou de règles du droit coutumier³³.

34. Pour sa part, dans une étude publiée dix ans plus tard, en 1944, Charles Rousseau souligna que la notion de «principes généraux de droit» ne visait pas uniquement les principes du droit interne, mais comprenait également les principes généraux du droit international³⁴. Il insistait sur le fait que cette notion recouvrait «les principes universellement admis dans les législations internes et les principes généraux de l'ordre juridique international», «englobant [ainsi] de toute évidence le droit international aussi bien que le droit interne»³⁵.

35. Les principes généraux de droit, entendus en ce sens — poursuivait-il —, constituent une «source» autonome du droit international, distincte des règles coutumières et des normes conventionnelles³⁶. Il relevait en outre que, déjà à l'époque, la doctrine semblait partagée sur la question : «les auteurs positivistes, pour qui le droit international a un contenu exclusivement volontaire, ont naturellement cherché à minimiser le rôle des principes généraux du droit»³⁷; les détracteurs du dogme positiviste attachaient une plus grande importance à ces principes «provenant directement du droit objectif»³⁸.

36. Voilà quelques-unes des réflexions les plus prégnantes qui aient été faites au sujet des principes généraux de droit (y compris les principes du droit international) du temps de la Cour permanente. Comme je l'ai déjà dit, ce ne furent pas les seules, d'autres ouvrages de doctrine ayant été consacrés à ce thème particulier, qui suscitait une attention considérable à l'époque³⁹. Ainsi, Alejandro Alvarez, dans un exposé de motifs concernant un projet de déclaration sur les principes du droit international, publié à la veille de la seconde guerre mondiale, appela à une reconstruction du droit international tenant compte non seulement du droit positif mais aussi des *principes*, qui orientaient les normes et règles juridiques et qui, à ses yeux, présidaient au droit international tout entier comme des «manifestations de la conscience juridique des peuples»⁴⁰.

³² A. Verdross, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale», *op. cit. supra* note 30, p. 223, 228, 234 et 249.

³³ *Ibid.*, p. 227.

³⁴ Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, vol. I (*Sources*), Paris, Pedone, 1944, p. 891.

³⁵ *Ibid.*, p. 901.

³⁶ *Ibid.*, p. 913-914.

³⁷ *Ibid.*, p. 926.

³⁸ *Ibid.*, p. 927.

³⁹ Voir aussi, entre autres, T. J. Lawrence, *Les principes de droit international*, 5^e éd. (trad. J. Dumas et A. de Lapradelle), Oxford, University Press, 1920, p. 99-120; P. Derévitzy, *Les principes du droit international*, Paris, Pedone, 1932; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953; G. Scelle, *Précis de droit des gens — principes et systématique*, Paris, Rec. Sirey, 1934.

⁴⁰ A. Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, 2^e éd., Paris, Editions internationales, 1938, p. 8-9 et 16-23, et p. 27 et 51.

b) *A l'époque de la Cour*

37. L'attention consacrée aux principes du droit international était bien plus grande il y a quelques dizaines d'années (notamment du temps de la Cour permanente) qu'à l'heure actuelle. Pourtant, ces principes n'en demeurent pas moins, selon moi, de la plus haute importance, puisqu'ils inspirent et façonnent les normes constituant tout système juridique. Par le passé, des ouvrages de doctrine successifs furent consacrés en particulier à l'étude des principes du droit international, sous l'angle des fondements de cette discipline et de la validité des normes existant en la matière. Ainsi, dans les années 1950⁴¹ et 1960⁴², certains cours furent donnés à l'Académie de droit international de La Haye sur le thème des principes de droit international, qui fut repris dans des monographies des années 1960⁴³ et 1970⁴⁴. Par la suite, exception faite de quelques ouvrages⁴⁵, l'intérêt pour la question semble avoir décliné, de façon assez surprenante, à mesure que se répandait une approche apparemment pragmatique — et regrettable — de l'étude du droit international.

38. Bien que la nécessité d'examiner les principes de droit international semble avoir été reléguée au second plan ces vingt-cinq dernières années, ces principes sont toutefois restés très présents dans la doctrine, y compris contemporaine⁴⁶. Le système juridique international tout entier est impré-

⁴¹ Voir H. Rolin, «Les principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 77 (1950), p. 309-479; G. Schwarzenberger, «The Fundamental Principles of International Law», *RCADI*, t. 87 (1955), p. 195-385; P. Guggenheim, «Les principes de droit international public», *RCADI*, t. 80 (1952), p. 5-189; Ch. Rousseau, «Principes de droit international public», *RCADI*, t. 93 (1958), p. 369-549; G. Fitzmaurice, «The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *RCADI*, t. 92 (1957), p. 1-223.

⁴² Voir M. Sorensen, «Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 101 (1960), p. 1-251; P. Reuter, «Principes de droit international public», *RCADI*, t. 103 (1961), p. 429-656; R. Y. Jennings, «General Course on Principles of International Law», *RCADI*, t. 121 (1967), p. 327-600.

⁴³ Voir M. Miele, *Principi di Diritto Internazionale*, 2^e éd., Padoue, Cedam, 1960; L. Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962; L. Delbez, *Les principes généraux du droit international public*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1964; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2^e éd., New York, Holt Rinehart & Winston, 1966; W. Friedmann, «The Uses of «General Principles» in the Development of International Law», *American Journal of International Law* (1963), vol. 57, p. 279-299; M. Virally, «Le rôle des «principes» dans le développement du droit international», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 531-554; M. Bartos, «Transformations des principes généraux en règles positives du droit international», *Mélanges offerts à J. Andrassy*, La Haye, Nijhoff, 1968, p. 1-12.

⁴⁴ Voir, par exemple, B. Vitanyi, «La signification de la «généralité» des principes de droit», *Revue générale de droit international public* (1976), vol. 80, p. 536-545.

⁴⁵ Voir, par exemple, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 3 et suiv.

⁴⁶ Voir, par exemple, H. Thierry, «L'évolution du droit international — Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 222 (1990), p. 123-185; G. Abi-Saab, «Cours général de droit international public», *RCADI*, t. 207 (1987), p. 328-416.

gné de ces principes, qui jouent un rôle important dans l'élaboration du droit international et dans son application. Dans certaines disciplines (par exemple le droit de l'espace extra-atmosphérique), ils ont ouvert la voie à l'élaboration d'un nouveau *corpus juris*, dans un nouveau domaine du droit international qui devait être réglementé, et les principes initialement proclamés demeurent parfaitement d'actualité⁴⁷. Tel est le cas, par exemple, du droit international moderne de l'environnement (voir *infra*).

39. Les principes de droit international sont des principes directeurs d'ordre général et, en cela, ils diffèrent des normes ou règles du droit international positif, qu'ils transcendent. Piliers fondamentaux du système juridique international (comme de tout système juridique), ces principes expriment l'idée de droit, ainsi que l'idée de justice, puisqu'ils sont le miroir de la conscience de la communauté internationale⁴⁸. Quelle que soit la façon dont on les appréhende, ces principes se trouvent à un niveau incontestablement supérieur à celui des normes et règles du droit international positif. Celles-ci sont certes obligatoires, mais elles obéissent aux principes⁴⁹. Sans eux, les règles ou les techniques pourraient être utilisées à n'importe quelle fin, ce qui serait indéfendable.

40. Dans le cadre des Nations Unies déjà, Grigori Tounkine milita avec sagacité en faveur de l'application par la Cour des principes généraux du droit international. Attentif à la seule modification introduite (sur la proposition du Chili) à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 du nouveau Statut de la Cour en 1945 (*supra*) — qui donna à celle-ci pour fonction «de régler conformément au droit international les différends qui lui [étaient] soumis» —, Grigori Tounkine fit valoir que cette modification indiquait clairement que les principes généraux de droit comprenaient les principes *communis* aux systèmes juridiques nationaux *et* au droit international: il s'agissait de postulats juridiques en vigueur «dans les systèmes juridiques nationaux et en droit international», et invoqués pour interpréter et appliquer les règles pertinentes dans des affaires concrètes⁵⁰.

41. Au milieu des années 1950, Hildebrando Accioly mit l'accent sur le «caractère prééminent» des principes généraux de droit, sur les plans interne et international, en tant qu'ils découlaient directement du droit naturel et donnaient une dimension concrète aux normes et règles du droit positif, qui leur étaient conformes⁵¹. Peu après, à la fin des années 1950,

⁴⁷ Voir M. Lachs, «Le vingt-cinquième anniversaire du traité régissant les principes du droit de l'espace extra-atmosphérique, 1967-1992», *Revue française de droit aérien et spatial* (1992) n° 4, vol. 184, p. 365-373, et en particulier p. 370 et 372.

⁴⁸ G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 7, 17, 175 et 186-187; voir aussi p. 215.

⁴⁹ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, *op. cit. supra* note 39, p. 393.

⁵⁰ G. Tounkine, ««General Principles of Law» in International Law», *Internationale Festschrift für A. Verdross* (R. Marcic, H. Mosler, E. Suy et K. Zemanek, dir. publ.), Munich/Salzburg, W. Fink Verlag, 1971, p. 526 et 531.

⁵¹ H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2^e éd., vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E., 1956, p. 33 et 37.

Clarence Wilfred Jenks se déclara convaincu qu'un examen des principes généraux de droit (existant dans différents systèmes juridiques, et comprenant également les principes du droit international lui-même) pouvait beaucoup contribuer à jeter les «premières bases d'un système universel fondé sur le droit international»⁵². Dix ans plus tard, en 1968, Antoine Favre indiqua que les principes généraux de droit étaient «des traductions fidèles de l'idée de justice» ayant une portée universelle et exprimant la «conscience juridique de l'humanité»; ils n'étaient pas dictés par la «volonté» des Etats, mais revêtaient un «caractère objectif» et constituaient un «fonds juridique commun pour l'ensemble des Etats»⁵³, assurant ainsi la cohésion du droit et renforçant la notion de justice au profit de la communauté internationale dans son ensemble. C'est à l'aune de ces principes que tout le *corpus* du droit des gens devait être interprété et appliqué.

42. Au milieu des années 1980, Hermann Mosler fit observer que les principes généraux de droit trouvaient leur origine soit dans les systèmes juridiques nationaux, soit au niveau des relations juridiques internationales, étant ainsi consubstantiels au *jus gentium*, et qu'ils s'appliquaient aux relations entre Etats ainsi qu'aux relations entre individus. Selon lui, ces principes, qui sont autonomes et façonnent le *jus gentium*, découlent non pas d'un processus formel de création juridique mais d'une connaissance intime qui nous conduit à les exprimer: ce sont des «commandements» éthiques émanant de la «conscience de l'humanité», qui les tient pour «indispensables à la coexistence des hommes au sein d'une société organisée»⁵⁴.

43. La pérennité des principes de droit international a été confirmée dans le droit des Nations Unies, qui est en constante évolution. La Cour, en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), ne peut s'en désintéresser lorsqu'elle exerce sa fonction contentieuse. Les principes généraux du droit international, tels que proclamés par les Nations Unies dans la Charte (art. 2) en 1945 puis réaffirmés en 1970 dans la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats⁵⁵, demeurent pleinement valides de nos jours. Une violation d'une

⁵² C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, p. 106 et 120-121; voir aussi p. 172.

⁵³ A. Favre, «Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens», *Recueil d'études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 369, 374-375, 379, 383 et 390.

⁵⁴ H. Mosler, «General Principles of Law», *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, dir. publ.), vol. 7, Institut Max Planck pour le droit public comparé et le droit international/éd. North-Holland, Amsterdam, 1984, p. 90-92 et 95. Pour sa part, Alfred Verdross estima dans ses vieux jours que les principes généraux de droit «éclairaient l'ordre juridique international tout entier»: A. Verdross, *Derecho Internacional Público* (5^e éd. espagnole, 1^{re} réimp. — trad. de la 4^e éd. de *Völkerrecht*, 1959), Madrid, éd. Aguilar, 1969, p. 98.

⁵⁵ Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale.

norme ou règle de droit international n'affecte pas la validité du *corpus juris* et des principes directeurs qui le sous-tendent.

44. Etant donné leur importance cardinale, il n'est guère étonnant que ces principes aient été consacrés dans la Charte des Nations Unies (art. 2), adoptée en 1945. Un quart de siècle plus tard, la déclaration de principes de 1970 était censée leur donner juridiquement expression et, ainsi, guider tous les Etats dans leur comportement. Contrairement aux principes généraux de droit traditionnels (existant *in foro domestico*), qui revêtent un caractère assez procédural, les principes généraux du droit international — tels que ceux proclamés dans la déclaration de 1970 — portent sur le fond (pour guider les Etats dans leur comportement), ce qui est le propre des fondations mêmes du droit international; ces principes généraux du droit international (tels qu'énoncés dans la déclaration de principes de 1970) revêtent donc une importance universelle pour la communauté internationale elle-même⁵⁶.

45. Les principes de droit international constituent dans leur ensemble les piliers de l'ordre juridique international lui-même. A l'aube de ce siècle, dans sa *Déclaration du millénaire* du 18 septembre 2000 (résolution 55/2), l'Assemblée générale des Nations Unies déclara que les principes énoncés dans la Charte «[avaient] une valeur éternelle et universelle» (par. 3). Cinq ans plus tard, dans son récent *Document final du sommet mondial de 2005* (du 15 septembre 2005), l'Assemblée générale invoqua à nouveau les principes de la Charte des Nations Unies, en faisant expressément référence à la susdite déclaration de principes de 1970 (par. 73).

46. Comme nous l'avons déjà vu, la Cour (la Cour actuelle et sa devancière s'entend) a souvent appliqué les principes généraux de droit dans sa *jurisprudence constante* (voir *supra*). Elle les a appliqués comme une «source» formelle autonome du droit international. Mais, contre toute attente, la Cour, d'habitude si soucieuse de les appliquer, n'a apparemment pas estimé nécessaire de s'y arrêter ici, ni même d'en souligner l'importance fondamentale; dans son présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, elle n'a même pas exposé ni fait siens les principes généraux du droit international de l'environnement (tels que le principe de prévention et le principe de précaution). Je me sens donc tenu de combler cette lacune, d'autant plus que, en l'espèce, les *deux* Parties, l'Argentine et l'Uruguay, ont elles-mêmes invoqué expressément ces principes dans le cadre de leur procédure contentieuse devant la Cour.

47. Il importe en effet de relever — et il ne devrait échapper à personne — que l'Uruguay et l'Argentine, invoquant à l'unisson les principes

⁵⁶ Voir les débats sur «The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions», *Change and Stability in International Law-Making* (A. Cassese et J. H. H. Weiler, dir. publ.), Berlin, W. de Gruyter, 1988, p. 47-48 et 54-55 (interventions de J. H. H. Weiler, E. Jiménez de Aréchaga et A. Cassese).

généraux de droit, sont tous deux restés fidèles à la tradition profondément ancrée dans la conception latino-américaine du droit international, qui consiste à toujours prêter une attention particulière aux principes généraux de droit et à en faire grand cas, tant en ce qui concerne les «sources» formelles du droit international⁵⁷ que dans le cadre de la codi-

⁵⁷ Andrés Bello, *Principios de Derecho Internacional* (1832), 3^e éd., Paris, Libr. Garnier Hermanos, 1873, p. 3 et suiv. ; C. Calvo, *Manuel de droit international public et privé*, 3^e éd. rev., Paris, A. Rousseau Ed., 1892, chap. I, p. 69-83; L. M. Drago, *La República Argentina y el Caso de Venezuela*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1903, p. 1-18; L. M. Drago, *La Doctrina Drago — Colección de Documentos* (prés. S. Pérez Triana), Londres, Impr. Wertheimer, 1908, p. 115-127 et 205; A. N. Vivot, *La Doctrina Drago*, Buenos Aires, Edit. Coni Hermanos, 1911, p. 39-279; II^e Conférence de la paix, *Actes et discours de M. Ruy Barbosa*, La Haye, W. P. Van Stockum, 1907, p. 60-81, 116-126, 208-223 et 315-330; Ruy Barbosa, *Obras Completas*, vol. XXXIV (1907)-II: *A Segunda Conferência da Paz*, Rio de Janeiro, MEC, 1966, p. 65, 163, 252, 327 et 393-395; Ruy Barbosa, *Conceptos Modernos del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Impr. Coni Hermanos, 1916, p. 28-29 et 47-49; Clovis Bevilacqua, *Direito Público Internacional* (A Synthese dos Principios e a Contribuição do Brazil), vol. I, Rio de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1910, p. 11-15, 21-26, 90-95, 179-180 et 239-240; Raul Fernandes, *Le principe de l'égalité juridique des Etats dans l'activité internationale de l'après-guerre*, Genève, Impr. A. Kundig, 1921, p. 18-22 et 33; J. M. Yepes, «La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 32 (1930), p. 731-751; J. M. Yepes, «Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique», *RCADI*, t. 47 (1934), p. 8; Alejandro Alvarez, *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*, op. cit. supra note 40, p. 8-9, 13-23 et 51; C. Saavedra Lamas, *Por la Paz de las Américas*, Buenos Aires, M. Gleizer Ed., 1937, p. 69-70, 125-126 et 393; Alberto Ulloa, *Derecho Internacional Público*, vol. I, 2^e éd., Lima, Impr. Torres Aguirre, 1939, p. 4, 20-21, 29-30, 34, 60, 62 et 74; Alejandro Alvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes — El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago du Chili, Ed. Nascimento, 1944, p. 19-25 et 86-87; Ph. Azevedo, *A Justiça Internacional*, Rio de Janeiro, MRE, 1949, p. 24-26, et voir p. 9-10; J. C. Puig, *Les principes du droit international public américain*, Paris, Pedone, 1954, p. 39; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2^e éd., vol. I, Rio de Janeiro, IBGE, 1956, p. 32-40; Alejandro Alvarez, *El Nuevo Derecho Internacional en Sus Relaciones con la Vida Actual de los Pueblos*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1961, p. 155-157, 304 et 356-357; A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 9; R. Fernandes, *Nonagésimo Aniversário — Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, MRE, 1967, p. 174-175; A. A. Conil Paz, *Historia de la Doctrina Drago*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 125-131; E. Jiménez de Aréchaga, «International Law in the Past Third of a Century», *RCADI*, t. 159 (1978), p. 87 et 111-113; L. A. Podestá Costa et J. M. Ruda, *Derecho Internacional Público*, 5^e éd. rev., vol. I, Buenos Aires, Tip. Ed. Argentina, 1979, p. 17-18 et 119-139; E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1980, p. 107-141; A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. University of Brasília, 1981, p. 1-102 et 244-248; Jorge Castañeda, *Obras Completas — vol. I: Naciones Unidas*, Mexico, SRE/El Colegio de México, 1995, p. 63-65, 113-125, 459, 509-510, 515, 527-543 et 565-586; [divers auteurs], *Andrés Bello y el Derecho* (colloque de Santiago du Chili, juillet 1981), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 41-49 et 63-76; D. Uribe Vargas, *La Paz es una Trégua — Solución Pacífica de Conflictos Internacionales*, 3^e éd., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 109; A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, p. 91-140, 863-889 et 1039-1071.

fication de celui-ci⁵⁸. Même ceux qui admettent raisonner encore dans une perspective interétatique concèdent que les principes généraux de droit, à la lumière du droit naturel (historiquement antérieur au droit positif), touchent aux origines et aux fondements du droit international, éclairent l'interprétation et l'application de ses règles et révèlent sa dimension universelle; parce qu'ils revêtent un caractère général, il n'y a pas de démarcation nette entre ceux qui sont reconnus en droit interne (*in foro domestico*) et ceux qui relèvent du droit international proprement dit⁵⁹.

VI. CHAMP D'APPLICATION *RATIONE MATERIAE* DES «PRINCIPES GÉNÉRAUX» DU DROIT INTERNATIONAL

48. Il existe, en fait, des principes généraux de droit propres au droit international en général, et des principes de droit propres à certains domaines de celui-ci, comme le droit international de l'environnement. De nos jours, les juridictions internationales sont appelées à se prononcer sur des affaires qu'elles ne peuvent régler sans avoir recours aux principes généraux de droit, notamment à ceux qui sont propres à certains domaines du droit international. Tel a souvent été le cas, ainsi qu'il ressort en particulier, par exemple, de la jurisprudence récente du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (surtout celle des années 1998 à 2005) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (période 1997-2006, principalement).

49. Une juridiction internationale dotée d'un champ d'action et d'une

⁵⁸ Lafayette Rodrigues Pereira, *Princípios de Direito Internacional*, vol. I-II, Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos Ed., 1902-1903, p. 1 et suiv. ; A. S. de Bustamante y Sirvén, *La II Conferencia de la Paz Reunida en La Haya en 1907*, vol. II, Madrid, Libr. Gen. de v. Suárez, 1908, p. 133, 137-141, 145-147, 157-159; voir aussi vol. I, p. 43, 80-81 et 96; Epitacio Pessôa, *Projecto de Código de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1911, p. 5-323; F. J. Urrutia, «La codification du droit international en Amérique», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 22 (1928), p. 113, 116-117 et 162-163; G. Guerrero, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1930, p. 11, 13, 16, 152, 182 et 175; J. M. Yepes, «La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé», *RCADI*, t. 32 (1930), p. 714-730 et 753-756; Alejandro Alvarez, «Méthodes de la codification du droit international public — Rapport», *Annuaire de l'Institut de droit international* (1947), p. 38, 46-47, 50-51, 54, 64 et 69; J. M. Yepes, *Del Congreso de Panama a la Conferencia de Caracas (1826-1954)*, Caracas, MRE, 1955, p. 143, 177-178, 193 et 203-208; R. J. Alfaro, «The Rights and Duties of States», *RCADI*, t. 97 (1959), p. 138-139, 145-154, 159 et 167-172; G. E. do Nascimento e Silva, «A Codificação do Direito Internacional», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 55/60 (1972-1974), p. 83-84 et 103; R. P. Anand, «Sovereign Equality of States in International Law», *RCADI*, t. 197 (1986), p. 73-74; A. A. Cançado Trindade, «The Presence and Participation of Latin America at the II Hague Peace Conference of 1907», *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, II^e Conférence de la paix* (colloque du centenaire, 2007 — Yves Daudet, dir. publ.), La Haye/Leyde, Académie de droit international de La Haye/Nijhoff, 2008, p. 51-84.

⁵⁹ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969, p. 9, 36, 42, 69, 90, 120 et 122.

vocation universels telle que la Cour internationale de Justice peut fort bien, pour régler les affaires portées devant elle, se servir des principes généraux de droit sans en faire l'exégèse. Telle a souvent été la pratique de la Cour (voir *supra*), et il est tout à fait loisible à la Cour d'agir ainsi. Cela traduit toutefois une conception particulière de l'exercice de la fonction judiciaire internationale, qui n'est pas la seule possible.

50. Il me semble parfaitement justifié et même nécessaire, pour la Cour, de s'arrêter sur les principes dont elle se sert, et de les expliciter, en particulier lorsqu'ils jouent un rôle important dans le règlement du différend en cause, et lorsque celui-ci relève de domaines du droit international qui connaissent une évolution remarquable au fil du temps. Tel est précisément le cas du présent différend relatif aux *Usines de pâte à papier*, et du droit international de l'environnement des temps modernes, qui est en plein essor, d'autant plus qu'il ne semblait exister aucun obstacle à ce que la Cour en dise davantage sur les principes applicables.

51. En d'autres occasions, dans d'autres contextes que j'ai déjà évoqués, la Cour a dûment tenu compte des principes généraux et l'a souligné (voir *supra*). Il est donc grand temps, à ce stade, de passer à l'examen des principes généraux du droit international de l'environnement qui sont applicables dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, pour examiner ensuite la manière dont les *deux* Parties en litige, l'Argentine et l'Uruguay, ont reconnu ces principes (en particulier les principes de prévention et de précaution) tout au long de la présente procédure.

VII. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

52. A mon sens, les principes généraux de droit émanent de la conscience humaine, de la conscience juridique universelle, qui constitue pour moi la «source» matérielle ultime de tout droit. La preuve en est qu'ont été progressivement reconnus, ces dernières décennies, les principes propres à un domaine comme celui du droit international de l'environnement (voir *infra*) — tels ceux de prévention et de précaution —, l'homme ayant pris conscience de la nécessité urgente de protéger l'environnement, compte tenu de la vulnérabilité de celui-ci, des risques pesant sur chacun et des conséquences néfastes des dommages irréparables pouvant être infligés au milieu. C'est cette prise de conscience qui explique l'affirmation des principes en question, dont je vais maintenant examiner le champ d'application.

53. Il me paraît nécessaire de développer ces réflexions ici puisque, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour n'a pas été très disert sur les principes généraux du droit international de l'environnement. J'aurais assurément préféré qu'elle le

soit, car il me semble que c'est ce qui était généralement attendu d'elle. Si elle l'avait été, comme je pense qu'elle aurait dû l'être, elle aurait contribué au développement progressif du droit international dans le domaine qui nous intéresse ici, à savoir celui de la protection internationale de l'environnement. En fait, les Parties en litige ont elles-mêmes estimé nécessaire d'invoquer ces principes généraux, certes chacune à sa propre manière, mais l'important est qu'elles les ont *toutes deux* invoqués lorsqu'elles ont défendu leurs positions devant la Cour. Avant de résumer comment chacune d'elles conçoit ces principes, qu'il me soit permis de faire un bref retour sur ces derniers, en particulier sur les principes de prévention et de précaution, puis sur celui du développement durable et, enfin, sur la notion d'équité intergénérationnelle.

1. Le principe de prévention

54. A mesure que l'homme prenait conscience, au fil des années 1960, il y a un demi-siècle, de la nécessité urgente de protéger l'environnement, le droit international de l'environnement — tel que nous l'entendons aujourd'hui — commença à prendre forme. L'on s'attela promptement à l'identification des principes généraux susceptibles d'orienter ou de guider la création du nouveau *corpus juris*. Les célèbres conférences des Nations Unies tenues à Stockholm (1972) et Rio de Janeiro (1992) furent des étapes marquantes de cette évolution. A l'époque de la conférence de Stockholm, certains auteurs avaient déjà dégagé deux notions propres à cette discipline, à savoir sa dimension temporelle à long terme et le *principe de prévention*.

55. Ce principe fut exprimé en termes de dommage et compte tenu de la certitude scientifique de la survenance de celui-ci; il fut cependant reconnu que la prévention pouvait être exercée de différentes manières, selon la nature de la source de la pollution⁶⁰. Un autre événement charnière, à l'aube de cette discipline, fut l'adoption de la Charte mondiale de la nature de 1982 (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 37/7, en date du 28 octobre 1982) — qui contribua beaucoup à l'identification des principes applicables —, donnant lieu aux réflexions suivantes:

«l'humanité fait partie elle-même de la nature, la civilisation a ses racines dans la nature, toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée quelle que soit son utilité pour l'homme. Comme l'homme peut transformer la nature et épuiser ses ressources, il doit maintenir l'équilibre et la qualité de la nature et conserver les ressources naturelles. Il est donc nécessaire de maintenir les processus écologiques et des systèmes essentiels à la subsistance, ainsi que la diversité de formes organiques. La survie même des structures économiques, sociales et

⁶⁰ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 202.

politiques de la civilisation et en dernière analyse la sauvegarde de la paix dépendent de la conservation de la nature et de ses ressources.»⁶¹

56. Bien que le droit international de l'environnement, fondé sur des principes propres à son domaine comme le principe de prévention, n'ait vu le jour et ne se soit développé qu'au cours des cinquante dernières années, la nécessité d'une harmonie entre l'homme et la nature est profondément ancrée dans la conscience humaine depuis des siècles. Ainsi, dans *Critias*, dialogue inachevé écrit peu après *Timée*⁶², Platon — qui vécut vers les années 427-347 av. J.-C. — évoque une île (qu'on associe à l'Atlantide) qui comptait parmi les plus fertiles au monde avant d'être dévastée par une longue série de déluges et engloutie par les flots.

57. L'un des quatre protagonistes de ce dialogue, Critias lui-même, décrit l'harmonie que l'homme et la nature, les laboureurs et les artisans (clairement distingués des guerriers) entretenaient avec leurs belles terres prospères (110c-111c, 111d-112d), leurs cours d'eau, leurs lacs, leurs forêts et leurs plaines, qui leur procuraient leurs moyens d'existence (nourriture, eau, et qualité de l'environnement — 114e-115e), avant que la situation ne se dégrade. Le récit de Critias ressemble à une mise en garde, nous rappelant combien il est nécessaire de préserver de manière pacifique la beauté de la nature et l'harmonie entre l'homme et la nature, et de parer aux menaces et aux périls qui nous entourent.

58. Dans sa *Politique* (livre I), Aristote (384-322 av. J.-C.) remarquait à son tour que le mode de vie de l'homme était associé à la nature, dont il tire sa subsistance grâce au produit de la culture de la terre (1256a23-1256b9) et qui nourrit tous ceux qui sont nés (1258a34-36). En somme, Aristote pensait, déjà à son époque, que le sort de l'homme et celui de son environnement — de la nature elle-même — étaient inséparables. Au cours des siècles, cette relation inéluctable entre l'homme et la nature n'est pas passée inaperçue; elle a retenu l'attention, sinon des juristes, du moins des penseurs, poètes et philosophes. Comme l'a clairement expliqué l'éminent historien Jacob Burckhardt,

«[d]epuis Homère on trouve une foule de mots et de vers qui attestent la profonde impression que la nature faisait sur les Grecs et les Romains... En plein moyen âge, vers 1200, l'amour naïf de la nature extérieure reparaît; on le reconnaît chez les chantres d'amour des différentes nations. Ils s'intéressent on ne peut plus vivement aux choses les plus simples... C'est Dante qui donne les premières preuves sérieuses de l'impression profonde que peut faire naître la vue d'un beau site, d'un paysage grandiose. Non seulement il peint d'une manière vivante, en quelques traits, le réveil de la nature au matin et

⁶¹ A.-Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*, op. cit. supra note 60, p. 43; voir aussi p. 39 et 60.

⁶² Platon a rédigé ces deux dialogues, *Timée* et l'inachevé *Critias*, à la fin de sa vie.

la lumière tremblotante qui se joue au loin sur la mer doucement agitée, la tempête dans la forêt, etc., mais encore il gravit de hautes montagnes dans l'unique but de jouir d'une belle vue et d'embrasser un vaste horizon ; il est peut-être, depuis l'antiquité, un des premiers qui aient fait cela.»⁶³

59. A la faveur de l'avènement de l'ère du droit international de l'environnement au cours de la seconde moitié du XX^e siècle (à partir des années 1960), le principe de prévention, qui consiste à éviter tout dommage à l'environnement en général et à interdire les dommages transfrontières à l'environnement en particulier, fut reconnu dès le début des années 1970. Il a trouvé son expression dans le principe 21 de la déclaration de Stockholm de 1972 et dans le principe 2 de la déclaration de Rio de 1992, et a constitué le fondement des obligations générales d'information, de notification et de consultation (comme le prévoyait le principe 19 de la déclaration de Rio de 1992)⁶⁴.

60. Une décennie plus tôt, le principe de prévention était omniprésent dans la Charte mondiale de la nature, adoptée le 28 octobre 1982 par l'Assemblée générale des Nations Unies, et, une demi-décennie après la déclaration de Rio, la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1997, disposait, dans le même ordre d'idées, que, «[L]orsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres Etats du cours d'eau» (art. 7, par. 1). Pourtant, la prévention à elle seule devait s'avérer insuffisante pour orienter et développer la branche du droit international tournée vers la protection de l'environnement.

61. L'homme prenant progressivement conscience de sa vulnérabilité permanente et de celle de l'environnement face à des risques persistants, ainsi que de l'insuffisance des connaissances scientifiques pour éviter les menaces et les dangers susceptibles de survenir, le *principe de précaution* commença à se développer à partir de la fin des années 1980. Il ne devait cependant pas remplacer le principe de prévention, mais y ajouter une nouvelle dimension ; comme on le verra ultérieurement, une série d'instruments de droit international de l'environnement allaient intégrer la logique de ces deux principes *réunis* (voir *infra*).

2. Le principe de précaution

62. Deux éléments principaux expliquent cette évolution, à savoir la conscience de l'existence ou de la persistance de *risques*, et la conscience de l'*incertitude scientifique* relative au problème concerné. Ces deux élé-

⁶³ J. Burckhardt, *La civilisation en Italie au temps de la Renaissance*, Plon-Nourrit, 1906, t. 2, p. 16-18.

⁶⁴ J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 72-73.

ments ont occupé une position centrale dans la configuration du *principe de précaution*. Le principe de prévention amène à considérer les menaces ou dangers pour l'environnement, tandis que, avec le principe de précaution, ce sont les menaces ou dangers pour l'environnement probables ou potentiels que l'on envisage. Dans ces circonstances distinctes, les deux principes ont pour objectif de guider et d'orienter les initiatives afin d'éviter tout dommage, ou tout dommage probable, à l'environnement.

63. Au fil des ans, le principe de précaution est également apparu dans les affaires contentieuses portées devant la Cour pour avoir été invoqué devant celle-ci par les parties à l'instance. Ainsi, dans la (seconde) affaire des *Essais nucléaires* (essais souterrains, *Nouvelle-Zélande c. France*), la Cour fut amenée (dans le cadre de la procédure relative à son ordonnance du 22 septembre 1995) à statuer sur l'allégation de la Nouvelle-Zélande selon laquelle, en vertu du droit international conventionnel et coutumier, il existait une obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant de procéder à des essais nucléaires, ainsi qu'une obligation d'apporter, avant la réalisation des essais nucléaires prévus, la preuve

«qu'ils n'aur[ai]ent pas pour effet d'introduire de telles matières dans ce milieu, conformément au «principe de précaution» très largement accepté dans le droit international contemporain» (*C.I.J. Recueil 1995*, p. 290, par. 5).

En tout état de cause — insistait la Nouvelle-Zélande — le «principe de précaution» obligeait à procéder à une étude d'impact sur l'environnement «avant d'entreprendre les activités en question, ainsi [qu'à] démontrer qu'il n'existait aucun risque lié auxdites activités» (*ibid.*, p. 298, par. 35).

64. Plus de deux décennies auparavant, dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (essais atmosphériques, *Australie et Nouvelle-Zélande c. France*), le conseil de la Nouvelle-Zélande, dans un langage qui semblait en avance sur son époque, ouvrit sa plaidoirie du 24 mai 1973 en avertissant la Cour que l'intensification des essais nucléaires dans les années 1950 présentait «un danger de retombées radioactives pour la santé des générations actuelles et futures» et en faisant état de la prise de conscience croissante de la «sérieuse menace» que la poursuite d'une telle situation faisait peser «à terme sur la survie même de l'humanité»⁶⁵. Invoquant ensuite le «danger pour l'humanité», la nécessité «de minimiser les risques sanitaires» et de protéger «les populations de la région», l'espoir de l'humanité d'assurer son propre bien-être, la «prise de conscience [croissante], au niveau régional» du risque environnant et des risques sanitaires pour «l'ensemble de la population» et les «droits des peuples»⁶⁶, il ajouta qu'«une activité dangereuse de manière inhérente ne

⁶⁵ *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (1973), p. 103.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 104, 106-107 et 110-111.

peut être rendue acceptable même par les mesures de précaution les plus draconiennes»⁶⁷.

65. Le recours à un tel langage dès 1973 dans une plaidoirie présentée devant la Cour semble être passé inaperçu même dans la doctrine contemporaine sur le sujet. Pourtant il révèle avec anticipation l'importance de l'éveil des consciences quant au besoin de recourir, au-delà de la prévention, à la précaution. Enfin, lors de la même plaidoirie, le conseil de la Nouvelle-Zélande, rappelant le document final alors récemment adopté à Stockholm par la conférence des Nations Unies sur l'environnement (en insistant sur le principe 21), souligna «le renforcement du sentiment de responsabilité internationale au titre des politiques environnementales» et affirma qu'il existait «un devoir moral» au «profit de l'humanité tout entière» qu'il convenait de respecter afin de «répondre aux exigences de la justice naturelle»⁶⁸.

66. Plus récemment, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagy-maros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour releva que la Hongrie avait invoqué le «principe de précaution» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 62, par. 97) et reconnut que «les Parties s'accord[ai]ent sur la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'impos[ai]ent, mais [qu']elles [étaient] fondamentalement en désaccord sur les conséquences qui en découl[ai]ent pour le projet conjoint» (*ibid.*, p. 68, par. 113). Malheureusement, la Cour s'abstint de reconnaître le principe de précaution en tant que tel et de préciser les implications juridiques qui en découlaient.

67. La Cour avait une occasion unique de le faire en la présente affaire des *Usines de pâte à papier* car les deux Parties, l'Uruguay et l'Argentine, se sont expressément référées au principe de prévention et au principe de précaution. Pourtant, elle a une fois de plus préféré garder le silence sur ce point pertinent. Je ne saisis pas pourquoi la CIJ a jusqu'à présent pris tant de précautions avec le principe de précaution et je déplore que, depuis 1973, la Cour ne se soit pas montrée plus sensible à l'invocation de la précaution par les parties lorsqu'il s'agissait de protéger l'homme et son environnement, même bien avant que le principe de précaution correspondant ne commençât à prendre forme en droit international de l'environnement.

68. Cependant, ce principe a effectivement pris forme de nos jours, principalement sous l'effet de la conscience humaine, la conscience juridique universelle qui, à mon sens — je le répète —, est la «source» essentielle ultime de tout droit ainsi que du *jus gentium* de notre époque. Quoi qu'il en soit, le fait que la Cour n'ait pas expressément reconnu l'existence de ce principe général du droit international de l'environnement ne signifie pas qu'il n'existe pas. Il existe de nos jours une doctrine abondante à

⁶⁷ C.I.J. *Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II (1973), p. 108.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 113-114.

ce sujet — que je n'entends pas passer en revue dans le cadre de la présente opinion individuelle — mais, en dehors de cela, on ne peut guère éviter de reconnaître qu'il est pertinent d'en considérer au moins les éléments constitutifs, comme je vais le faire maintenant.

a) *Les risques*

69. Ces dernières décennies ont en effet vu se développer une prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'homme et de son environnement et de la nécessité de faire dès lors preuve de vigilance et de diligence face aux risques créés par l'homme lui-même. On en est ainsi venu à reconnaître qu'il fallait prendre des initiatives et des décisions, même si les facteurs pertinents dans une situation donnée étaient mal connus, afin de protéger la vie humaine et l'environnement. La prévention envisageait les risques, mais en les présument certains; c'est ainsi qu'est apparue la précaution, comme un principe inéluctable, pour faire également face aux risques incertains, à l'image de l'incertitude de la vie elle-même et sous l'impulsion de l'intuition d'une mort omniprésente.

70. Cette évolution a dû se faire non seulement malgré les inévitables limites de la connaissance humaine, mais également en dépit de la faillibilité et — il faut bien l'admettre — de la méchanceté humaines. Contemplant le chemin parcouru avec amertume⁶⁹, nous réalisons que les récentes avancées de la connaissance scientifique spécialisée ont conduit non seulement à des progrès remarquables, mais également à des catastrophes dévastatrices, au détriment de l'humanité et de l'environnement, comme l'illustre par exemple la course aux armements. Le XX^e siècle a été témoin d'un progrès sans précédent des connaissances et des techniques scientifiques, qui s'est tragiquement accompagné d'un déploiement de cruauté et de destructions tout aussi inédit.

71. Pour la première fois de son histoire, l'homme prit conscience qu'il avait acquis la capacité de détruire l'humanité tout entière. S'agissant de l'environnement, l'apparition du principe de précaution s'est traduite par les obligations d'entreprendre une évaluation exhaustive de l'impact sur l'environnement, de procéder à des notifications et d'échanger des informations avec la population locale (et, dans les cas extrêmes, même avec la communauté internationale). Par ailleurs, dans le contexte de la reconnaissance des limites de la connaissance scientifique en matière d'écosystèmes, le fait qu'on estime nécessaire d'envisager des mesures alternatives face à des menaces ou des dangers probables contribue également à l'expression du principe de précaution.

72. Tandis que le principe de prévention (*supra*) reposait sur l'hypothèse selon laquelle les risques peuvent être objectivement évalués, en vue

⁶⁹ Dans la version anglaise de son opinion, le juge Cançado Trindade fait ici allusion au titre de la pièce de John Osborne « Look back in Anger ». Cette pièce ayant été adaptée en français sous le titre « La paix du dimanche », il n'est pas possible de reproduire cette allusion dans la traduction française de l'opinion.

d'éviter tout dommage, l'apparition du principe de précaution participait quant à elle d'une approche anticipative, visant à répondre aux menaces probables, entourées d'incertitude, dans laquelle les risques doivent être raisonnablement évalués. Ce principe dépassait en outre la logique — ou l'absence de logique — de l'*homo oeconomicus* (qui consiste à attribuer une valeur économique à toute chose), les biens environnementaux n'étant pas de simples marchandises et les risques en la matière ne pouvant dès lors pas être évalués à l'aune des seules techniques coût/bénéfice⁷⁰.

73. J'ai jusqu'à présent mis au jour deux aspects liés à l'élément du *risque* probable, propre au principe de précaution, à savoir la prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'homme et de son environnement, et la reconnaissance de la nécessité de prendre des mesures de précaution, motivée par la probabilité d'engendrer des dommages irréversibles à l'environnement. On en vint par ailleurs à apprécier les progrès de la connaissance scientifique en toute conscience de la faillibilité humaine, et tous ces éléments furent pris en considération dans la formulation du principe de précaution face à la probabilité des dommages, tel qu'il fut affirmé en 1992 dans la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (principe 15), qui fait date. On envisageait enfin l'obligation, pour les Etats, de lutter contre les risques pour l'environnement.

b) *L'incertitude scientifique*

74. L'élément du *risque* a inéluctablement été lié à l'autre élément, l'*incertitude scientifique*, dont l'examen nécessite à mon sens la prise en compte de quatre autres aspects, en plus de la connaissance et de la prise de conscience de la faillibilité humaine évoquées précédemment, à savoir : a) la formation et le développement de la connaissance scientifique ; b) l'apparition de la connaissance spécialisée ; c) la persistance du décalage entre connaissance et sagesse ; et d) les finalités humaines de la connaissance. Je passerai brièvement en revue ces éléments, dans la mesure où ils répondent à l'objectif que je poursuis en rédigeant la présente opinion individuelle.

75. Tout d'abord, on pourrait se demander pourquoi, alors que la connaissance humaine s'est développée au fil des siècles, il a fallu si longtemps pour que la précaution y trouve sa place et soit exprimée clairement. Après tout, on avait déjà relevé, il y a de cela quelque vingt-quatre siècles, que la connaissance humaine était bien trop limitée (ce qui n'est pas surprenant) et que la sagesse humaine l'était encore plus, et le demeure. De fait, comme le reconnaissait Platon dans l'*Apologie de Socrate* (399 av. J.-C.), la sagesse semblait étrangère à l'être humain :

«[J]e sais bien qu'il n'y a en moi aucune sagesse, ni petite ni grande... J'allai chez un de nos concitoyens, qui passe pour un des

⁷⁰ N. de Sadeleer, *Environmental Principles — From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, University Press, 2002, p. 91, 127, 164 et 170.

plus sages de la ville... Examinant donc cet homme, ... c'était un de nos plus grands politiques, et m'entretenant avec lui, je trouvai qu'il passait pour sage aux yeux de tout le monde, surtout aux siens, et qu'il ne l'était point. Après cette découverte, je m'efforçai de lui faire voir qu'il n'était nullement ce qu'il croyait être ; et voilà déjà ce qui me rendit odieux à cet homme et à tous ses amis, qui assistaient à notre conversation.

.....

Après les politiques, je m'adressai aux poètes... Je reconnus ... que ce n'est pas la raison qui dirige le poète, mais une sorte d'inspiration naturelle, un enthousiasme ... à cause de leur talent pour la poésie, ils se croyaient sur tout le reste les plus sages des hommes.

.....

Des poètes, je passai aux artistes... Ils savaient bien des choses que j'ignorais; et en cela ils étaient beaucoup plus habiles que moi. Mais ... les plus habiles me parurent tomber dans les mêmes défauts que les poètes; il n'y en avait pas un qui, parce qu'il excellait dans son art, ne crut très bien savoir les choses les plus importantes, et cette folle présomption gâtait leur habileté.

.....

Ce sont ces recherches ... qui ont excité contre moi tant d'inimitiés dangereuses... Mais, Athéniens, la vérité est [que] le plus sage d'entre vous, c'est celui qui, comme Socrate, reconnaît que sa sagesse n'est rien.»⁷¹

76. Je suis enclin à penser que, si des experts avaient existé à l'époque de Socrate, ils auraient très certainement également été consultés, et que leur opinion n'aurait très probablement en rien modifié la conclusion de Socrate. Toute la sagesse du message de l'*Apologie de Socrate* repose dans l'avertissement fait à l'homme de la nécessité qu'il y a pour lui de prendre conscience de ses propres limites. Cette perspective humaniste a été illustrée des siècles plus tard dans des ouvrages d'humanistes tels qu'Erasmus (1465-1536), Rabelais (v. 1488-1553) et Montaigne (1533-1592), notamment, publiés au XVI^e siècle.

77. Au XVII^e siècle, la science moderne (comme on la désigna) était déjà née: l'ère nouvelle de la raison était marquée par la montée en puissance des sciences physiques, qui allait de pair avec le déclin de la conception médiévale de la connaissance. Plus tard, au XVIII^e siècle — le siècle des Lumières —, mû par des préoccupations identiques à celles de Socrate, Voltaire (1694-1778) mettait lui aussi l'homme en garde, dans son *Dictionnaire philosophique* (1764), contre l'incertitude qui caractérise sa condition (en dépit des progrès scientifiques) et les limites de l'esprit humain⁷².

⁷¹ Platon, *Apologie de Socrate* (399 av. J.-C.), 21b-d; 22a-c; 22d; 23a-b.

⁷² Voir respectivement les entrées «certain, certitude» et «bornes de l'esprit humain» de son *Dictionnaire philosophique*.

78. Avec l'avènement progressif de l'ère technologique et la révolution industrielle, la science devint largement synonyme de technoscience, associée à la technique pure et à l'illusion d'un progrès matériel et d'une croissance économique illimités, ce qui s'avéra désastreux pour l'homme et son environnement, comme cela ne fut reconnu que bien plus tard, dans la seconde moitié du XX^e siècle. Mais, toujours à la fin du XVIII^e siècle, lorsque Condorcet, un autre humaniste, déclarait, dans sa brillante et émouvante *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793), sa foi dans le progrès (et dans les droits de l'humanité), il avait à l'esprit un progrès qui n'était pas strictement limité à l'accumulation des connaissances, mais qui englobait également le perfectionnement moral de l'homme, en d'autres termes un progrès dûment soucieux d'éthique et de valeurs.

79. Malheureusement, sa philosophie du progrès fut reprise par les penseurs du XIX^e siècle qui, sous l'influence nouvelle du positivisme et de la « modernité », réduisirent celui-ci au progrès matériel ou à la croissance économique, mus par un technosystème⁷³, et cette approche réductrice a engendré des problèmes que seul davantage de progrès semblait pouvoir résoudre⁷⁴. Dans cette spirale vertigineuse, stimulé par la nouvelle conception du progrès matériel, l'homme perdit de vue les valeurs éthiques et acquit, pour la première fois de son histoire, la capacité de détruire l'humanité tout entière (comme l'attestent les arsenaux d'armes de destruction massive de notre époque). L'homme et son environnement devinrent les victimes de la mise en pratique de cette déplorable vision déformée du progrès matériel, dépourvue de valeurs. En perdant de vue les exigences de la raison et de l'éthique, l'homme devint une grave menace pour lui-même et pour son environnement.

80. La foi généralisée en la science à laquelle ont tout d'abord donné naissance la formation et le développement de la connaissance scientifique en est venue à être perçue, au cours des récentes décennies, comme une illusion. Elle ne persista pas suffisamment longtemps. Les désastres successifs dont l'homme était à l'origine commencèrent à dissiper la vieille foi en la connaissance scientifique et en sa capacité supposée à même de prévoir et éviter les menaces et dangers probables pour l'homme et l'environnement; cette vieille foi céda progressivement le pas à l'*incertitude*, à la reconnaissance des limites de la capacité de la connaissance scientifique à prévoir, avec un certain degré de précision, ces menaces et dangers, et à les éviter. L'incertitude scientifique contribua fortement à l'émergence du principe de précaution.

81. Cependant, cette nouvelle conscience dut affronter de nombreux obstacles avant de pouvoir enfin émerger à notre époque. Tout au long

⁷³ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, Paris, éd. L'Arche, 2000, p. 10-12, 34-37, 42, 61 et 64-65.

⁷⁴ R. Wright, *Breve História do Progresso*, Lisboa, Publs. Dom Quixote, 2006, p. 19-21, 35 et 75, et voir p. 90 et 104. [Pour une version française, voir R. Wright, *Brève histoire du progrès*, Hurtubise HMH, Montréal, 2005.]

du XIX^e et du XX^e siècle (à partir de l'époque d'Auguste Comte), on continua, sous l'effet du positivisme — avec son autosuffisance caractéristique —, d'affirmer que les seules propositions valides étaient celles qui pouvaient être vérifiées scientifiquement et de soutenir toute connaissance obtenue de manière empirique par la méthode de l'observation, la croyant capable de résoudre indéfiniment les problèmes. Pourtant, des problèmes que l'on pensait résolus se sont avérés ne pas l'être, mais le mythe du progrès infini s'était déjà répandu.

82. La croyance acharnée en la capacité de la connaissance scientifique de résoudre tous les problèmes, professée par le positivisme, était presque devenue une idéologie. On vit progressivement apparaître, partout et dans toutes les branches de la connaissance, de soi-disant « experts », disposant de connaissances de plus en plus vastes sur des sujets de plus en plus restreints, et l'on se mit à croire que le développement de la connaissance spécialisée était le plus sûr moyen pour l'homme d'accéder à la sécurité, voire au bonheur. C'est seulement à notre époque — celle du développement du droit international de l'environnement — et après que le XX^e siècle a été le témoin de tant de destructions, engendrées notamment par l'homme, qu'a été reconnu le besoin pressant de contrôler l'utilisation de la connaissance scientifique ainsi que de penser et d'agir avec modération et prudence.

83. En matière d'environnement, cette prise de conscience a conduit à la formulation des principes de prévention, qui vise à éviter que des dommages ne soient causés à l'environnement, et de précaution, qui vise à prendre des mesures afin de prévoir les conséquences dommageables probables et même à long terme pour l'environnement, sur fond d'incertitude scientifique. Or, étant donné la prévalence récurrente de cette dernière, l'épistémologie du principe de précaution est orientée vers le devoir de prudence, de diligence. Contrairement à la croyance positiviste selon laquelle, par la poursuite de la recherche scientifique, la science peut réduire le champ de l'incertitude, le principe de précaution repose lui sur une hypothèse invariablement favorable à la conservation de l'environnement et à la protection de la santé publique⁷⁵, identifiés au bien commun.

84. Toutefois, l'affirmation et la reconnaissance de ces principes ne mettent pas un terme à la saga. L'être humain a-t-il vraiment tiré toutes les leçons possibles des erreurs et des souffrances des générations précédentes? J'en doute. Il n'a, semble-t-il, pas appris autant qu'il aurait pu et, vingt-quatre siècles après l'*Apologie de Socrate*, le décalage entre connaissance et sagesse est plus saisissant qu'il ne l'a jamais été, de même que sont devenus plus redoutables que jamais les menaces et les dangers qui nous entourent, étant donné l'incapacité de l'homme à produire de la connaissance et à l'utiliser *avec sagesse*. Perdant tragiquement de vue la

⁷⁵ N. de Sadeleer, *Environmental Principles — From Political Slogans to Legal Rules*, op. cit. supra note 70, p. 178, 203, 207 et 212.

finalité humaine de la connaissance, l'homme a récemment renoué avec la course à la connaissance, surtout spécialisée, oubliant bien vite les avertissements sporadiques quant à la dangerosité de cette situation.

85. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, il n'y a de cela qu'un demi-siècle, en 1960, un humaniste érudit du XX^e siècle, Bertrand Russell, nous faisait part des réflexions suivantes :

«Plusieurs facteurs contribuent à la sagesse, au premier rang desquels je placerais le sens de la proportion: la capacité de tenir compte, dans un problème, de tous les facteurs importants et d'attribuer à chacun d'entre eux sa juste valeur. Cela est devenu plus difficile qu'autrefois en raison de l'ampleur et de la complexité de la connaissance spécialisée que doivent détenir toutes sortes de techniciens... Mû par un attrait désintéressé pour la connaissance, vous étudiez la composition de l'atome et mettez accidentellement dans les mains de déséquilibrés au pouvoir les moyens de détruire l'espèce humaine. C'est ainsi que, à moins d'être associée à la sagesse, la recherche de la connaissance peut devenir dangereuse; or, la sagesse, au sens d'une vision globale, n'est pas nécessairement l'apanage des spécialistes chargés d'étendre le champ de la connaissance.

Toutefois, il ne suffit pas d'avoir une vision globale pour être sage. Encore faut-il également avoir une certaine conscience de la finalité de la vie humaine... On peut, en diffusant la connaissance, souligner en passant les résultats désastreux de la haine et de l'étroitesse d'esprit pour ceux qui en font preuve. Je ne pense pas qu'il convienne de trop séparer connaissance et morale. Il est vrai que le type de connaissance spécialisée nécessaire à diverses compétences a peu à voir avec la sagesse... Même les meilleurs techniciens devraient également être de bons citoyens... J'entends par là des citoyens du monde et non de telle ou telle secte ou nation. Dans la mesure où il accroît notre capacité de réaliser nos objectifs et, partant, de faire le mal si nos objectifs ne sont pas sages, chaque progrès de la connaissance et des compétences rend la sagesse encore plus nécessaire. Ce monde a besoin de sagesse comme il n'en a jamais eu besoin auparavant; et si la connaissance continue de progresser, le monde aura à l'avenir encore plus besoin de sagesse qu'aujourd'hui.»⁷⁶

86. A la même époque, un autre penseur érudit du XX^e siècle, Karl Popper, qui avait également saisi la teneur du message de l'*Apoloogie de Socrate*, affirma, dans son ouvrage *Conjectures et réfutations*, que la connaissance scientifique progresse par voie d'anticipations et de conjectures, elles-mêmes contrôlées par l'esprit critique, c'est-à-dire par des réfutations; d'où notre capacité à apprendre de nos propres

⁷⁶ Bertrand Russell, «Knowledge and Wisdom», *Essays in Philosophy* (H. Peterson, dir. publ.), New York, Pocket Library, 1960 [réimp.], p. 499 et 502.

erreurs⁷⁷. Pour lui, toutes les sources de connaissance — y compris la méthode de l'observation, les solutions empiriques, que les positivistes continuent à défendre — peuvent parfois nous induire en erreur; en définitive, il n'existe pas de source sûre de connaissance, tout progrès en la matière consiste essentiellement en une transformation des connaissances antérieures et la pertinence des découvertes repose généralement dans «leur capacité à modifier nos propres théories antérieures», la connaissance humaine demeurant limitée (et l'ignorance illimitée)⁷⁸.

87. L'homme ne peut pas même maîtriser entièrement la connaissance accumulée. Le progrès technologique conduit, par exemple, à la dégradation de l'environnement, et est utilisé dans les guerres modernes, de sorte qu'on en est venu à douter sérieusement de la capacité de la seule connaissance scientifique à satisfaire réellement les besoins de l'homme, ce qui a débouché sur la crise des valeurs spirituelles que nous vivons actuellement⁷⁹. Quoi qu'il en soit, le développement de la connaissance scientifique spécialisée ne s'est en aucun cas traduit par un surcroît de sagesse humaine.

88. Derrière l'utilisation de la connaissance se profilent un autre élément, à savoir la politique de l'Etat, ainsi que toutes sortes d'intérêts, économiques, industriels, technocratiques, sans oublier la concurrence et toutes ses conséquences. Les usines de pâte à papier construites de nos jours par des entreprises industrielles européennes dans le cône méridional de l'Amérique du Sud, et leur technologie, échappent-elles à cette situation? J'en doute. Ces intérêts industriels et autres — des intérêts matériels — sont ceux de l'*homo oeconomicus*, qui, loin d'être mû par un esprit scientifique, utilise bien souvent tout le pouvoir et l'influence qu'il peut pour obtenir tout ce que la science peut lui apporter⁸⁰, et ce pour servir ses propres fins (notamment le profit). Aussi convient-il de ne pas oublier ou négliger dans notre raisonnement les sources de risque que constituent le pragmatisme et l'utilitarisme.

89. Dans ce contexte, et également en raison des limites de l'esprit de l'homme et de son manque manifeste de sagesse, il n'est pas du tout surprenant que le progrès scientifique ait constitué un processus complexe, teinté d'incertitude. Tel est le meilleur des mondes⁸¹ dans lequel nous vivons aujourd'hui et, face non seulement à la faillibilité mais également

⁷⁷ K. R. Popper, *Conjecturas e Refutações — O Progresso do Conhecimento Científico*, 5^e éd., Brasília, Edit. University of Brasília, 2008, p. 31-449. [Pour une version française, voir K. R. Popper, *Conjectures et réfutations: la croissance du savoir scientifique*, Payot, 2006.]

⁷⁸ K. R. Popper, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, éd. Payot & Rivages, 1998 (rééd.), p. 112-113, 133-135, 143, 146 et 149-152.

⁷⁹ G. H. von Wright, *Le mythe du progrès*, op. cit. supra note 73, p. 65-66, 73, 76 et 83, et voir p. 95 et 98.

⁸⁰ E. Morin, *Science avec conscience*, 2^e éd., Paris, Fayard/Seuil, 2003, p. 8-11, 17, 19, 23, 35 et 38.

⁸¹ Pour paraphraser une célèbre allégorie d'un autre penseur lucide du XX^e siècle.

à la méchanceté humaines, la précaution est plus que jamais nécessaire. Etant donné la vulnérabilité de la nature humaine, les risques encourus par chacun d'entre nous, les insuffisances de la connaissance scientifique — baignée d'incertitude —, l'imprévisibilité et l'irréversibilité probable des dommages potentiels à l'environnement, nous ne pouvons pas faire l'impasse sur le principe de précaution. Il a déjà été affirmé avec force dans certains domaines du droit international de l'environnement (par exemple en ce qui concerne les problèmes de pollution atmosphérique et marine), et il est omniprésent dans toute cette branche du droit international contemporain. Il a également influencé la philosophie du droit dans son ensemble, qui prend nécessairement en compte les valeurs éthiques.

90. Par ailleurs, le principe de précaution révèle, à mon sens, l'inéluctable dimension intertemporelle qui a quelque peu été négligée par la Cour dans le présent arrêt. Cette dimension est nécessairement à long terme, puisque les décisions prises par les autorités publiques d'aujourd'hui pourraient avoir des conséquences sur les conditions de vie non seulement des générations actuelles, mais également des générations futures. Il s'agit là d'une éthique intergénérationnelle particulièrement contraignante dont au moins une partie de l'abondante doctrine actuelle relative aux questions de droit de l'environnement reconnaît ou admet qu'elle s'inscrit dans la pensée du droit naturel⁸². En ce qui me concerne, je ne pense pas qu'il soit possible de concevoir l'ordre juridique en faisant abstraction de l'ordre moral, tout comme il n'est pas non plus possible de concevoir le progrès scientifique en faisant abstraction de l'ordre éthique.

91. L'un des grands apports de la pensée grecque antique est d'avoir reconnu que, à l'instar de la succession continue des nuits et des jours, l'existence humaine est un clair-obscur. Avec le progrès considérable de la connaissance spécialisée à l'époque moderne, ce clair-obscur dévoile aujourd'hui une nouvelle dimension, inconnue de la Grèce antique. La connaissance spécialisée a éclairé (au profit de l'humanité) des problèmes spécifiques inconnus ou insuffisamment connus auparavant dans tous les domaines de la connaissance humaine.

92. Mais il se trouve que cette lumière est entourée de profondes zones d'ombre quant aux répercussions des nouvelles découvertes sur d'autres domaines de l'activité humaine et quant à l'utilisation qui sera faite de ces découvertes, laquelle, à son tour, aura un impact direct sur notre mode de vie et même sur notre identité culturelle, notre relation au monde exté-

⁸² Voir notamment, par exemple, J. M. MacDonald, «Appreciating the Precautionary Principle as an Ethical Evolution in Ocean Management», *Ocean Development and International Law*, vol. 26 (1995), p. 256-259 et 278; T. O'Riordan et J. Cameron (dir. publ.), «The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle», *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Earthscan Publs., 1994, p. 18 et 22; Nagendra Singh, «Sustainable Development as a Principle of International Law», *International Law and Development* (P. de Waart, P. Peters et E. Denters, dir. publ.), Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 1 et 4.

rieur. Je considère cela comme une nouvelle dimension, contemporaine, du clair-obscur de l'existence humaine, qui nous avertit clairement que le progrès technique et économique seul, dénué de toute éthique, peut nous plonger dans une obscurité plus grande encore.

3. *Les principes de prévention et de précaution combinés*

93. Dans le domaine de la protection de l'environnement, tout comme, ainsi que nous l'avons vu, il existe des instruments internationaux qui forment le principe de prévention⁸³ (*supra*), il en existe également qui penchent vers le principe de précaution, tels que, par exemple, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (préambule et art. 2, par. 1) et le protocole de Montréal de 1997 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (préambule). Cependant, la convention de Vienne susmentionnée évoque également, au-delà de la précaution, la prévention (art. 2, par. 2, al. *b*). Au niveau régional on trouve également des références aux deux principes combinés, par exemple à l'article 4, paragraphe 3, alinéa *f*), de la convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, adoptée par l'OUA en 1991, à l'article 2, paragraphe 2, alinéa *a*), de la convention de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est («convention OSPAR») et à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la convention de 1992 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique.

94. En fait, certaines des conventions de droit de l'environnement visées dans le dossier de la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier* sont l'expression à la fois du principe de prévention et du principe de précaution, comme c'est le cas par exemple de la convention de 1992 sur la diversité biologique, qui est le reflet à la fois du principe de prévention (en son préambule et en son article 3) et du principe de précaution (en son préambule), ainsi que du protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à cette convention (en son préambule et en ses articles 2 et 4). C'est également le cas de la convention de 2001 sur les polluants organiques persistants (convention POP), qui invoque à la fois la prévention (en son préambule) et la précaution (en son préambule et en son article premier).

95. On trouve d'autres exemples allant dans le même sens dans le préambule et l'article 3, paragraphe 3, de la convention-cadre sur les changements climatiques adoptée par l'Organisation des Nations Unies en 1992, ainsi que dans le préambule du protocole de Kyoto relatif à cette

⁸³ La convention susmentionnée de l'Organisation des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui a un aspect préventif, a fait l'objet d'un échange de vues entre les Parties à la présente affaire des *Usines de pâte à papier*; voir contre-mémoire de l'Uruguay, par. 4.67, suivi de la réplique de l'Argentine, par. 4.43-4.45, et de la duplique de l'Uruguay, par. 5.53.

convention, adopté en 1997. Il ne s'agit là que de quelques exemples qui n'ont, bien entendu, pas vocation à être exhaustifs, mais qui témoignent de la volonté d'associer mesures de prévention et mesures de précaution en vue de renforcer la protection de l'environnement. Loin de s'exclure mutuellement, ces deux principes servent ensemble leur objectif et, si la phraséologie utilisée pour les exprimer n'est pas uniforme, on peut néanmoins clairement identifier la *logique sous-jacente* à chacun d'eux.

96. J'aimerais simplement ajouter que, à mon sens, le principe de précaution ne conduit pas à une sur-réglementation, mais plutôt à une évaluation *raisonnable* face à des risques probables et à l'incertitude scientifique (*supra*). Cela peut se traduire par la réalisation d'études d'impact sur l'environnement exhaustives et d'études supplémentaires sur les questions environnementales en jeu, ainsi que par une analyse approfondie des risques pour l'environnement, avant la délivrance de toute autorisation. En définitive, ce principe relève du sens commun qui, semble-t-il, est le moins commun de tous les sens. Il met aussi en avant le caractère *objectif* des obligations environnementales, sur lequel je reviendrai ultérieurement (voir *infra*).

VIII. LA RECONNAISSANCE DES PRINCIPES DE PRÉVENTION ET DE PRÉCAUTION PAR LES PARTIES ADVERSES

97. En fait, comme je l'ai déjà souligné, dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, l'Etat demandeur et l'Etat défendeur ont *tous les deux* invoqué les principes généraux du droit international de l'environnement mentionnés précédemment. Cela étant dans la plus pure tradition de la pensée du droit international en Amérique latine, ce n'est guère surprenant, et cela amène rapidement au premier plan — pour analyser les obligations qui découlent du statut du fleuve Uruguay de 1975 — la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Les éléments constitutifs de cette règle générale, énoncés au paragraphe 1 de l'article 31 — à savoir, le texte (sens ordinaire des termes), le contexte, ainsi que l'objet et le but du traité —, sont ceux qui, à l'heure actuelle, apparaissent le plus souvent dans l'interprétation des traités⁸⁴, et le fait qu'ils soient cités ensemble dans une même formule souligne l'unité du processus d'interprétation des traités.

98. La convention de Vienne de 1969 précise, en son article 31, paragraphe 2, les éléments constitutifs du contexte d'un traité, tandis que le

⁸⁴ Voir, pour certains des travaux réalisés à la suite de la convention de Vienne de 1969 mentionnée précédemment, notamment, W. Lang, «Les règles d'interprétation codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités et les divers types de traités», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 24 (1973), p. 113-173; Maarten Bos, «Theory and Practice of Treaty Interpretation», *Netherlands International Law Review*, vol. 27 (1980), p. 3-38 et 135-170; C. H. Schreuer, «The Interpretation of Treaties by International Courts», *British Year Book of International Law*, vol. 45 (1971), p. 255-301.

paragraphe 3 de ce même article indique d'autres éléments à prendre en compte, *en même temps que le contexte*, parmi lesquels figure «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». En l'espèce, si une telle règle figure dans d'autres traités (multilatéraux) ratifiés par les deux Parties à l'instance, ou auxquels elles ont toutes deux adhéré, il peut en être tenu compte en tant qu'*élément d'interprétation* dans le cadre de l'application du statut du fleuve Uruguay de 1975⁸⁵.

99. Néanmoins, les traités sont des instruments vivants, et l'évolution du droit international lui-même peut avoir des conséquences sur l'application du traité en question, qui doit dès lors être examiné à la lumière du droit international tel qu'il est au moment où son interprétation est requise⁸⁶. Ainsi, il convient de tenir compte des principes généraux du droit et il est révélateur que les Parties à la présente affaire, qui relève du droit international de l'environnement, ne soient pas en désaccord fondamental sur ce point particulier, même si leur conception ou leur interprétation de tel ou tel principe ne sont pas toujours identiques. A cet égard, il est également révélateur que l'Argentine et l'Uruguay se réfèrent tous deux, par exemple, aux principes de prévention et de précaution, ainsi qu'au concept de développement durable (qui imprègne l'ensemble du domaine de la protection de l'environnement), bien que, dans le cadre de la présente affaire, leur lecture de ces principes et de ce concept ne soit pas la même.

1. *Le principe de prévention*

100. S'agissant du *principe de prévention*, les deux Parties se sont référées à sa *formulation* telle qu'elle figure au principe 21 de la déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement humain, c'est-à-dire le principe de prévention en ce qu'il concerne l'obligation qui incombe aux Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats (également principe 2 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement) ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale⁸⁷. De plus, s'agissant du *statut juridique* du principe de prévention, les deux Parties se sont accordées sur sa nature coutumière⁸⁸, mais leurs points de vue divergent quant à sa portée en l'espèce.

101. Dans son mémoire, l'Argentine a déclaré que le principe de prévention faisait partie du droit applicable au présent différend en vertu du

⁸⁵ Dont l'article 60 constitue le fondement de la compétence de la CIJ.

⁸⁶ M. K. Yasseen, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 151 (1976), p. 62, et voir p. 59.

⁸⁷ Voir, par exemple, mémoire de l'Argentine, par. 3.189, et duplique de l'Uruguay, par. 5.52.

⁸⁸ Voir *ibid.*, par. 3.189 et 5.52, respectivement.

statut de 1975 (par. 3.188). L'Uruguay a pour sa part affirmé dans son contre-mémoire que le principe de prévention en droit international — et tel qu'il est formulé dans le statut de 1975 — imposait une obligation de comportement (de diligence raisonnable) et non une obligation de résultat (éviter totalement de polluer) (par. 4.68 et 4.69), ajoutant en outre que, en l'espèce, il convenait d'évaluer la prévention en se référant à l'article 7, paragraphe 1, de la convention des Nations Unies sur les cours d'eau internationaux, qui stipule que les Etats doivent «pren[dre] toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres Etats du cours d'eau» (par. 4.67).

102. Dans sa réplique, l'Argentine a réfuté l'interprétation plus restrictive faite par l'Uruguay de l'article 41 du statut, soutenant que «[l']obligation de prévention d'un préjudice sensible à l'autre partie, à la qualité des eaux et à l'écosystème du fleuve Uruguay et à ses zones d'influence a des contours particuliers» qu'il convient d'évaluer à la lumière du «régime de protection globale» établi par le statut de 1975 (par. 4.45), ce à quoi l'Uruguay a à son tour rétorqué, dans sa duplique, qu'«il n'est pas plausible de voir dans le statut autre chose que ce qui a par la suite été codifié par la CDI dans la convention sur les cours d'eau», l'objectif des articles 36, 41, 42 et 56, alinéa *a*), point 4, du statut de 1975 étant de «donner effet à l'obligation [de diligence raisonnable] de prévenir les dommages transfrontières sur le fleuve Uruguay» (par. 5.53). En somme, l'Argentine a interprété plus largement le principe de prévention que l'Uruguay, bien que les deux pays se soient fortement appuyés sur ce principe, reconnaissant sa pertinence en l'espèce.

2. Le principe de précaution

103. S'agissant maintenant du *principe de précaution*, là encore les deux Parties adverses s'y sont référées et ont tout d'abord fondé leurs arguments distincts à cet égard sur la *formulation* du principe telle qu'elle figure au principe 15 de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, à savoir:

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.»⁸⁹

Dans son mémoire, l'Argentine a soutenu que «l'interprétation et la mise en œuvre du statut de 1975 [devaient] être conduites à la lumière du principe de précaution, pris en tant que norme de droit international» (par.

⁸⁹ Voir, par exemple, mémoire de l'Argentine, par. 3.195; et contre-mémoire de l'Uruguay, par. 4.80.

5.13). En outre, le conseil de l'Argentine a exprimé le souhait que la Cour «déclare ... que [l]e principe 15 reflète le droit coutumier» en l'espèce⁹⁰.

104. Pour l'Uruguay en revanche, le principe de précaution est une «règle de «soft law»» qui doit entrer en ligne de compte lors de l'interprétation des traités, conformément au point *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Pourtant — a ajouté l'Uruguay — ce principe «ne semble pas correspondre aux exigences du droit international coutumier», et il n'a jamais été traité, dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, «comme une règle obligatoire de droit coutumier»⁹¹. En tout cas, l'Uruguay a estimé que l'Argentine «n'a[vait] pas identifié de risque significatif» face auquel des mesures auraient dû être prises en vertu du principe de précaution⁹².

105. Quant à l'*applicabilité* du principe de précaution, l'Argentine a pour sa part soutenu dans son mémoire que ce principe devait guider l'interprétation du statut de 1975 (par. 5.13) et qu'il était applicable en l'espèce du fait de la persistance de zones d'«incertitude scientifique» (quant à l'incidence sur l'environnement de l'usine Botnia) et du «risque» de dommage grave et irréversible. Parmi les zones d'incertitude scientifique figureraient «les implications de l'inversion du courant dans le fleuve sur la concentration des polluants, le sens des vents, les changements climatiques et le probable impact de la présence des polluants sur les poissons du fleuve» (par. 5.17 et 5.18).

106. L'Uruguay a quant à lui également estimé, dans sa duplique, que le principe en question jouait un rôle dans l'interprétation de certains traités de droit de l'environnement (par. 5.66), mais qu'il n'était pas pertinent dans le cadre du présent différend, premièrement parce qu'il n'y avait pas d'incertitude scientifique à propos de l'exploitation des usines de pâte à papier, et deuxièmement parce que les risques associés à cette exploitation «[faisaient] l'objet d'un suivi complet et [pouvaient] être testés empiriquement», de sorte que les incertitudes avaient été éliminées ou résolues (par. 5.58). Pour sa part, l'Argentine a rappelé dans son mémoire que, en vertu du principe 15 de la déclaration de Rio de 1992 (*supra*), «[l]e principe de précaution est applicable à la protection de l'environnement dès lors qu'il existe un «risque de dommages graves ou irréversibles»» (par. 5.14), ce à quoi l'Uruguay a répondu dans son contre-mémoire qu'il n'y avait à son sens pas de raison de croire que les usines de pâte à papier puissent causer des «dommages graves ou irréversibles» à l'environnement et en particulier à la qualité de l'eau du fleuve Uruguay (par. 4.81).

107. Enfin et surtout, en ce qui concerne la *teneur* du principe de précaution, l'Argentine a soutenu dans son mémoire que, dans le cadre du statut de 1975, ce principe signifiait que «les parties au statut de 1975

⁹⁰ CR 2009/14, p. 51, par. 8.

⁹¹ Duplique de l'Uruguay, par. 5.66.

⁹² *Ibid.*, par. 5.67.

[étaient] dans l'obligation de s'informer mutuellement de toutes les conséquences environnementales probables de leurs actions pouvant causer des dommages graves ou irréversibles *avant* que ces actions ne soient autorisées ou entamées» (par. 5.14). La précaution exigerait donc des parties au statut de 1975 qu'elles «respectent leurs obligations d'information et de consultation avant d'autoriser la construction» des usines de pâte à papier (par. 5.14) et — a-t-elle ajouté dans sa réplique — qu'elles prennent en compte «les risques de dommages dans la conception, la préparation et la mise en œuvre de tout projet ou de toute utilisation ayant trait au fleuve Uruguay et à ses zones d'influence» (par. 4.54). Ainsi, l'Argentine ne partageait pas le point de vue de l'Uruguay selon lequel le principe en question ne serait applicable qu'en cas de risque de «dommages graves ou irréversibles» (voir *supra*).

108. Ainsi, la demande de l'Argentine fondée sur le principe de précaution comportait deux volets: *a*) elle était tout d'abord liée à son allégation générale selon laquelle l'Uruguay aurait manqué aux obligations procédurales énoncées dans le statut de 1975, notamment en commençant à construire et à exploiter l'usine avant d'avoir informé l'Argentine de toutes «les conséquences environnementales *probables*» d'actions susceptibles de causer des dommages à l'environnement⁹³; et *b*) le principe de précaution, selon elle, obligeait l'Uruguay à ne pas autoriser la construction et la mise en service de l'usine avant d'avoir conduit une étude complète sur la capacité du fleuve à disperser les polluants⁹⁴.

109. Lors des plaidoiries, le conseil de l'Argentine a invité la CIJ à appliquer le principe, eu égard au fait

«que l'Uruguay, compte tenu des griefs exprimés par l'Argentine en 2004, en 2005 et en 2006 quant à la capacité limitée du fleuve d'absorber les nouveaux polluants envisagés, aurait dû attendre, avant de donner son autorisation, d'être en mesure de conclure que leur dispersion pourrait être assurée»,

en conservant à l'esprit que, en l'espèce, la précaution consistait à «mener de nouvelles études, des évaluations complètes», et non à «agir sur la base d'hypothèses infondées sur le courant du fleuve»⁹⁵. Il a en outre ajouté que les risques présentés par l'usine Botnia «n'[avaient] pas été maîtrisés»⁹⁶.

110. L'Uruguay a quant à lui affirmé, dans son contre-mémoire, qu'il se serait conformé au principe de précaution «s'il était applicable» au présent différend. Le principe en question, tel qu'il est formulé dans la déclaration de Rio de 1992, interdit aux Etats «d'invoquer l'absence de certitude scientifique afin de reporter «l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement» (par. 4.82); cet

⁹³ Réplique de l'Argentine, par. 4.55-4.56.

⁹⁴ Mémoire de l'Argentine, par. 7.128.

⁹⁵ CR 2009/14, p. 51, par. 8; et voir également mémoire de l'Argentine, par. 7.128.

⁹⁶ CR 2009/12, p. 71, par. 29.

aspect du principe aurait été respecté par l'Uruguay. Cependant — a-t-il ajouté —, en suggérant que le principe de précaution nécessitait l'adoption de «mesures contre des risques éloignés, qui ne devraient pas causer de préjudice sensible ou qui sont purement hypothétiques» (par. 4.83), l'Argentine a donné une interprétation erronée de ce principe. Pour l'Uruguay, en effet, une telle interprétation serait contredite par «la référence même aux «mesures effectives» du principe 15» de la déclaration de Rio. De surcroît, l'Uruguay a soutenu que les Etats n'avaient le devoir d'agir sur le fondement du principe de précaution que lorsqu'il existait «des données scientifiques objectives pour prévoir des effets préjudiciables sensibles, ... «des raisons de penser» ou «des motifs raisonnables de s'inquiéter»» (par. 4.83), or l'Argentine semblait — selon l'Uruguay — n'avoir présenté aucun «élément significatif ou crédible» à cet égard, rien qui puisse être assimilé à des «dommages sérieux ou irréversibles»⁹⁷.

111. L'Uruguay a en outre ajouté, dans sa duplique, que, en suggérant que «plus un risque est improbable, plus il devient incertain, ce qui confère un plus grand rôle au principe de précaution», l'Argentine avait mal interprété «le rôle [de ce] principe lié à l'incertitude et au risque» (par. 5.61); selon l'Uruguay, le principe en question ne peut s'appliquer que lorsqu'il existe certaines preuves de l'existence d'un risque (par. 5.61). En somme l'Uruguay a soutenu que «[l]a véritable question n'est pas de savoir si le risque environnemental a été éliminé, mais s'il a été correctement géré et atténué dans toute la mesure du possible, par des procédés efficaces» (par. 5.62) et que, ayant prouvé qu'il avait pris

«toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour parer à l'éventualité — si minime soit-elle — que l'usine Botnia puisse avoir effectivement des effets négatifs graves sur le fleuve dans le monde réel, plus rien ne permet[tait] ... d'avancer que le principe de précaution [devait] jouer un plus grand rôle» (par. 5.61).

112. L'échange de vues qui précède entre l'Argentine et l'Uruguay ne fait apparaître aucune distinction claire entre un principe général et le droit coutumier, en tant que «sources» formelles du droit applicable en l'espèce. Toutefois, il me semble révélateur que, tout en affirmant que la réunion des éléments constitutifs du principe en question n'avait à son sens pas été prouvée en l'occurrence, l'Uruguay n'ait jamais remis en cause ou nié l'existence ou le contenu matériel du principe concerné. En somme, l'*existence* elle-même des *principes* de prévention et de précaution, principes généraux de droit propres au droit international de l'environnement, a été admise et reconnue par les Parties adverses elles-mêmes, l'Uruguay et l'Argentine.

113. Seule la CIJ n'a pas reconnu, ni confirmé, l'existence de ces prin-

⁹⁷ Duplique de l'Uruguay, par. 5.59.

cipes, pas plus qu'elle ne les a précisés, manquant ainsi une occasion unique de les consolider dans le présent domaine du droit international contemporain. Le fait que l'arrêt de la Cour passe sous silence ces principes de prévention et de précaution ne signifie cependant pas qu'ils n'existent pas. Ils existent et s'appliquent et revêtent, à mon sens, la plus haute importance, au titre du *jus necessarium*. Sans ces principes généraux, on peut difficilement de nos jours parler de droit international de l'environnement. L'affaire des *Usines de pâte à papier* offrait à la Cour une occasion unique d'affirmer l'applicabilité des principes de prévention et de précaution; pour des raisons qui échappent à ma compréhension et la dépassent, elle a malheureusement préféré ne pas le faire.

IX. LA DIMENSION TEMPORELLE À LONG TERME : L'ÉQUITÉ INTERGÉNÉRATIONNELLE

114. J'aimerais à présent me pencher sur la question de l'équité intergénérationnelle. Dans le domaine de la protection de l'environnement, la dimension temporelle à long terme est évidente. Le souci de faire prévaloir l'élément de *conservation* (sur la simple exploitation des ressources naturelles) est une manifestation culturelle de l'intégration de l'être humain à la nature et au monde dans lequel il vit. Cette approche a, à mon sens, un aspect spatio-temporel, l'être humain établissant un lien, dans l'espace, entre lui-même et le système naturel dont il fait partie (et qu'il devrait traiter avec diligence et attention) et, dans le temps, entre lui-même et les autres générations (passées et futures)⁹⁸, envers lesquelles il a des obligations.

115. La dimension temporelle, si remarquable dans le domaine de la protection de l'environnement, est également présente dans d'autres domaines du droit international (par exemple, le droit des traités, le règlement pacifique des différends internationaux, le droit économique international, le droit de la mer, le droit de l'espace extra-atmosphérique, la succession d'Etats, notamment). La notion de temps, l'élément de prévisibilité, sont inhérents à la science juridique en tant que telle. La prédo-

⁹⁸ Les générations futures ont rapidement attiré l'attention des auteurs de la doctrine contemporaine du droit international: voir, par exemple, A.-Ch. Kiss, «La notion de patrimoine commun de l'humanité», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 175 (1982), p. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry New York, United Nations University/Transnational Publs., 1989, p. 1-351; A.-Ch. Kiss, «The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle», *The Precautionary Principle and International Law — The Challenge of Implementation* (D. Freestone et E. Hey, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1996, p. 19-28; [divers auteurs], *Future Generations and International Law* (E. Agius et S. Busuttil *et al.*, dir. publ.), Londres, Earthscan, 1998, p. 3-197; [divers auteurs], *Human Rights: New Dimensions and Challenges* (J. Symonides, dir. publ.), Paris/Aldershot, Unesco/Dartmouth, 1998, p. 1-153; [divers auteurs], *Handbook of Intergenerational Justice* (J. C. Tremmel, dir. publ.), Cheltenham, E. Elgar Publ., 2006, p. 23-332.

minance de la *prévention* (et de la *précaution*) qui caractérise le *corpus* normatif en matière de protection de l'environnement, si souvent soulignée, est également présente dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

116. Son incidence peut être décelée à divers stades ou niveaux, en commençant par les travaux préparatoires de certains instruments relatifs aux droits de l'homme, les conceptions sous-jacentes à ces instruments et les textes adoptés⁹⁹. L'incidence de la dimension temporelle peut également être perçue dans l'*interprétation* «évolutive» des traités relatifs aux droits de l'homme (qui a permis qu'ils demeurent des instruments vivants), ainsi que dans leur *application* (comme en témoigne par exemple la jurisprudence internationale relative à certains de ces traités, qui met en avant la notion de victimes *potentielles* ou *éventuelles*, c'est-à-dire des victimes faisant valoir un intérêt personnel potentiel valide en vertu de ces traités, renforçant ainsi la condition des demandeurs individuels).

117. En fait, on peut percevoir l'incidence de la dimension temporelle non seulement dans l'interprétation et dans l'application des normes relatives à la protection de la personne humaine, mais également dans les conditions d'*exercice* des droits garantis (comme, par exemple, dans les situations d'urgence); on peut également la percevoir dans la protection de tous les droits, y compris le droit au développement et le droit à un environnement sain — qui s'étendent dans la durée. Ici, l'évolution de la jurisprudence (par exemple, sur la notion susmentionnée de victimes potentielles, ou encore sur le devoir de prévention des violations des droits de l'homme ou des dommages à l'environnement) peut inspirer le développement progressif du droit international dans des domaines de protection distincts (celle de la personne humaine aussi bien que celle de l'environnement).

118. En fait, le souci des générations futures est à la base de certaines conventions de droit de l'environnement¹⁰⁰. En outre, dans le même ordre d'idées, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures, adoptée par l'Unesco en 1997, après avoir invoqué, notamment, la déclaration universelle des droits de

⁹⁹ Par exemple, les trois conventions contre la torture — interaméricaine, européenne et onusienne — qui ont un caractère essentiellement préventif; la convention de 1948 contre le génocide et la convention de 1973 contre l'apartheid, qui viennent s'ajouter à des instruments internationaux tournés vers la prévention de divers types de discrimination. La dimension temporelle est également présente dans le droit international relatif aux réfugiés (par exemple, les éléments qui constituent la définition même de la notion de «réfugié» dans la convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son protocole de 1967, à savoir la crainte justifiée d'être persécuté, les menaces ou les risques de persécution — en plus des efforts d'« alerte rapide » déployés en pratique par l'Organisation des Nations Unies pour prévenir ou prévoir les flux de réfugiés).

¹⁰⁰ Par exemple, la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1992, le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1997, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone et le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, notamment.

l'homme de 1948 et les deux pactes relatifs aux droits de l'homme adoptés par l'Organisation des Nations Unies en 1966, rappelle la responsabilité qui incombe aux générations présentes de veiller à ce que «les besoins et les intérêts des générations présentes et futures soient pleinement sauvegardés» (article premier et préambule). Elle ajoute notamment que «[l]es générations présentes devraient s'efforcer d'assurer le maintien et la perpétuation de l'humanité, dans le respect de la dignité de la personne humaine» (art. 3). Presque deux décennies auparavant, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adoptait, le 30 octobre 1980, sa résolution proclamant «la responsabilité historique des Etats concernant la préservation de la nature pour les générations présentes et futures» (par. 1), et appelait en outre les Etats à prendre «les mesures nécessaires ... en vue de préserver la nature», «dans l'intérêt des générations présentes et futures» (par. 3).

119. L'année de la proclamation de l'Unesco, la Cour reconnut, dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, l'incidence de la dimension temporelle à long terme, en se référant aux «générations présentes et futures» (la perspective à long terme) et au «concept de développement durable» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 53-54, par. 77), mais préféra néanmoins ne pas développer plus avant ce sujet. Plus d'une décennie s'étant écoulée, il me semblait que l'occasion était venue de le faire, dans le cadre de la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Il en était en effet grand temps mais, à mon grand regret, la Cour a préféré garder le silence sur cette question particulière dans le présent arrêt.

120. Qu'il me soit permis de rappeler que le sujet en question a initialement été abordé, au début de l'année 1988, par le comité consultatif de l'Université des Nations Unies (UNU), dans le cadre d'un projet visant à apporter une réponse novatrice aux préoccupations grandissantes concernant l'épuisement des ressources naturelles et la dégradation de l'environnement ainsi qu'à faire en sorte que soit reconnue la nécessité de préserver le patrimoine naturel et culturel (à tous les niveaux, national, régional et international, qu'il soit public ou non). Le comité consultatif, composé de professeurs originaires de différents continents¹⁰¹, s'est réuni à Goa, en Inde¹⁰², et a publié, le 15 février 1988, un document final intitulé «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle»¹⁰³, dans lequel il était déclaré ce qui suit :

¹⁰¹ A savoir, M^{me} E. Brown Weiss, M. A. A. Cañado Trindade, M. A.-Ch. Kiss, M. R. S. Pathak, M. Lai Peng Cheng et M. E. W. Ploman.

¹⁰² A la réunion convoquée par l'Université des Nations Unies (UNU) à Goa, en Inde, les membres du comité consultatif sont intervenus à titre personnel.

¹⁰³ Les directives, adoptées le 15 février 1988, étaient le résultat de longs débats qui se sont déroulés dans le cadre d'une grande étude parrainée par l'UNU. Je n'ai pas l'intention de rappeler, dans la présente opinion individuelle, les questions abordées lors de ces débats, annotés dans les dossiers et documents de travail non publiés de l'UNU, que je conserve depuis 1988.

«Le présent projet, qui tente d'introduire pour la première fois d'une manière systématique et globale une dimension temporelle à long terme dans le droit international en tant que complément de la dimension spatiale traditionnelle, constitue une réponse novatrice à ces préoccupations.

Cette dimension temporelle s'articule autour du développement de la théorie de l'«équité intergénérationnelle». A chaque génération, tous les êtres humains, en tant qu'espèce, héritent des générations précédentes un patrimoine naturel et culturel, dont ils sont à la fois les bénéficiaires et les gardiens ayant le devoir de transmettre cet héritage aux générations futures. L'idée qui est au cœur de cette théorie est que le droit de chaque génération de tirer avantage de cet héritage naturel et culturel est inséparablement lié à l'obligation d'en user de manière à pouvoir le transmettre aux générations futures dans un état au moins équivalent à celui dans lequel il se trouvait lorsqu'elle l'a reçu des générations précédentes. Cette obligation implique la conservation et, le cas échéant, l'amélioration de la qualité et de la diversité de cet héritage. La conservation de la diversité culturelle est tout aussi importante que celle de la diversité de l'environnement pour offrir diverses options aux générations futures.

Plus précisément, le principe de l'équité intergénérationnelle exige que l'on préserve la diversité et la qualité des ressources biologiques, des ressources renouvelables telles que les forêts, l'eau et les sols qui forment un système intégré, ainsi que nos connaissances des systèmes naturels et culturels. Le principe commande d'éviter les actes ayant des conséquences préjudiciables et irréversibles pour notre héritage naturel et culturel ... sans transmettre indûment les coûts aux générations à venir.

Les principes d'équité qui régissent la relation entre les générations ... touchent aux intérêts primordiaux des générations passées, présentes et futures, et s'étendent aux ressources naturelles et culturelles. Il existe une complémentarité entre les droits de l'homme déjà reconnus et les droits intergénérationnels proposés.»¹⁰⁴

121. Les auteurs de ce document de l'ONU poursuivaient en proposant des stratégies visant à mettre en œuvre les droits et obligations intergénérationnels. Dès lors, les premières études sur le thème spécifique de l'équité intergénérationnelle, dans le cadre de l'univers conceptuel du droit international de l'environnement, commencèrent à se multiplier¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Le texte intégral des «Directives de Goa relatives à l'équité intergénérationnelle» est reproduit dans les annexes des deux ouvrages suivants, dont les auteurs ont participé à l'élaboration du document: E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, op. cit. supra note 98, app. A, p. 293-295; A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 1993, annexe IX, p. 296-298.

¹⁰⁵ Voir notamment note 98 supra.

A partir de la fin des années 1980, le thème de l'équité intergénérationnelle s'est développé sur fond de prise de conscience croissante de la vulnérabilité de l'environnement, de la menace de changements à l'échelle planétaire et de leur gravité et, en fin de compte, de notre propre mortalité.

122. La nécessité de formuler clairement la notion d'équité intergénérationnelle, afin de répondre au besoin impérieux d'affirmer et de sauvegarder les droits des générations actuelles et futures, découlant — à mon sens — d'une perspective essentiellement anthropocentrique, s'est donc vivement fait ressentir. En l'espèce, face à des risques et à des menaces probables, le principe de précaution entre de nouveau en jeu. De nos jours, en 2010, on ne peut guère douter que la reconnaissance de l'équité intergénérationnelle procède de la sagesse conventionnelle en droit international de l'environnement.

123. Il n'est pas surprenant que, en la présente instance relative à des *Usines de pâte à papier (Argentine c. Uruguay)*, les deux Parties, l'Uruguay et l'Argentine, aient largement gardé à l'esprit l'équité intergénérationnelle dans les arguments qu'elles ont présentés lors des phases écrites et orales. C'est ainsi, par exemple, que l'Argentine a affirmé à l'audience qu'«[u]ne application effective des principes de prévention et de précaution par l'Uruguay aurait permis d'appréhender les risques de dommages graves pour les générations présentes et futures»¹⁰⁶. L'Uruguay a pour sa part soutenu dans ses plaidoiries que le développement durable était «une question d'équité intergénérationnelle, au sens où le développement économique doit se poursuivre d'une manière qui intègre la protection de l'environnement, c'est-à-dire le système d'entretien de la vie humaine dont dépendent les générations tant présentes que futures»¹⁰⁷.

124. Ainsi la notion d'équité intergénérationnelle s'est-elle exprimée à la faveur de la reconnaissance, par les deux Parties, du «principe de développement durable» qui, témoignant d'un souci de tenter d'assurer le bien-être non seulement des générations actuelles mais également des générations futures, jouait, selon elles, un rôle dans l'interprétation et l'application du statut de 1975 (voir *infra*). A cet égard, en abordant les «obligations continues» de «suivi et [de] contrôle» dans le présent arrêt (par. 266), la Cour aurait dû expressément établir un lien entre cette importante question et l'équité intergénérationnelle. Ne l'ayant pas fait, elle a inutilement et malheureusement privé son propre raisonnement de la dimension temporelle à long terme si nettement présente dans le domaine de la protection de l'environnement.

125. En ce qui concerne la dimension temporelle à long terme propre à l'équité intergénérationnelle, j'aimerais évoquer un autre aspect auquel j'attache une importance particulière. A mon sens, le message de *solida-*

¹⁰⁶ CR 2009/20, p. 35, par. 22.

¹⁰⁷ CR 2009/17, p. 54, par. 30.

rité dans le temps — que véhicule la notion d'équité intergénérationnelle — se projette dans les deux sens, à savoir dans le futur et dans le passé, il englobe les générations passées (dans la mesure où il s'agit, par exemple, de préserver l'identité culturelle) tout autant que les générations futures. A cet égard, dans l'arrêt de principe de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, les membres de la communauté indigène en question ont contesté avec succès, devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, une concession d'exploitation forestière accordée par le Gouvernement nicaraguayen à une entreprise sur leurs terres communautaires (qui n'avaient pas été délimitées), qui causait des dommages à l'environnement et perturbait leur mode de vie.

126. Lors des audiences mémorables qui se tinrent du 16 au 18 novembre 2000 devant la cour, les membres de la communauté en question¹⁰⁸ soulignèrent l'importance qu'ils attachaient à leurs terres communautaires, non seulement pour leur propre subsistance, mais également pour leur «développement culturel, religieux et familial». Les collines présentes sur ces terres, où ils rendaient hommage à leurs morts, étaient «sacrées» pour eux. Ces terres — insistaient-ils — leur appartenaient autant qu'ils leur appartenaient. Leur langage était bien différent de celui de l'*homo oeconomicus* «moderne» et «postmoderne». Radicalement différent. La préservation de leur harmonie avec leur environnement naturel revêtait pour eux la plus haute importance.

127. Les membres de la communauté Mayagna ne croyaient ni en la mondialisation ni en la privatisation et n'avaient que faire du profit matériel. Ils avaient leur propre perception de la vie dans le temps et l'espace, soucieux du futur autant que du passé. Pour eux, vivre en harmonie avec leur environnement naturel n'avait pas de prix et était absolument *nécessaire*, cela donnait un sens à leur vie. Leur logique était celle de l'*Homo sapiens*, ils étaient conscients de leurs propres limites et souhaitaient continuer de vivre sans chercher à dépasser leurs propres capacités. Ce faisant, ils n'ont jamais confondu la fin et les moyens, comme a tendance à le faire l'homme «moderne» ou «postmoderne».

128. Dans l'arrêt qu'elle a rendu sur le fond le 31 août 2001 en l'affaire relative à la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* — qui fait aujourd'hui partie de l'histoire de la protection internationale des droits de l'homme et de l'environnement en Amérique latine —, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a étendu la protection du droit à la propriété communautaire de leurs terres aux membres de l'ensemble de la communauté indigène concernée, et a jugé que la délimitation et la démarcation des terres communautaires, ainsi que l'émission du titre de propriété y afférent, devaient être effectuées conformément au droit coutumier, aux usages et aux habitudes de cette communauté. Pour statuer en ce sens, la cour a pris en compte le fait que

¹⁰⁸ Comme l'a rappelé la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son arrêt sur le fond du 31 août 2001, par. 83.

«il existe chez les indigènes une tradition porteuse d'une forme communautaire de la propriété collective de la terre, en ce sens que la propriété foncière n'est pas l'apanage d'un individu mais plutôt celui du groupe et de sa communauté... Pour les communautés indigènes, la relation à la terre n'est pas une simple question de possession et de production, mais plutôt un élément matériel et spirituel dont il convient qu'ils disposent pleinement afin de préserver leur héritage culturel et de le transmettre aux générations futures.» (Par. 149.)

129. Par prudence et souci de diversité culturelle, la Cour a avalisé la vision du monde des indigènes. Une demi-décennie après l'arrêt de principe relatif à la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, deux nouvelles affaires ont été portées devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans lesquelles, du fait de la commercialisation de leurs terres par l'Etat, les membres de deux communautés indigènes en avaient été chassés de force, avaient ainsi été placés dans une situation de grande vulnérabilité et de marginalisation sociale, abandonnés au bord d'une route. Dans les arrêts qu'elle a prononcés en ces affaires relatives à la *Communauté indigène Yakye Axa* (6 février 2006) et à la *Communauté indigène Sawhoyamaya* (29 mars 2006), qui concernaient toutes les deux le Paraguay, la cour a décidé que les terres communautaires ou ancestrales étaient dévolues aux membres de ces deux communautés, afin d'assurer la survie de leur identité culturelle dans leur habitat naturel.

130. L'attitude positive de collaboration à la procédure dont ont fait preuve les Etats défendeurs dans ces trois affaires a permis d'aboutir à leur règlement pacifique. En ce qui concerne la préservation de l'identité culturelle (la solidarité intergénérationnelle, en tenant compte des générations futures ainsi que de celles du passé), j'ai estimé utile de préciser ce qui suit dans l'opinion individuelle que j'ai produite en l'affaire de la *Communauté indigène Sawhoyamaya*:

«Le concept de *culture* — du romain «colere» qui signifie cultiver, tenir compte, prendre soin et préserver — est tout d'abord apparu dans le domaine de l'agriculture (le soin apporté à la terre). Sous Cicéron, on commença à l'utiliser pour les questions de l'esprit et de l'âme (*cultura animi*)¹⁰⁹ et, *au fil du temps*, on en vint à l'associer à l'humanisme, à l'attitude de préservation des choses du monde, y compris celles du passé, et d'attention portée à celles-ci¹¹⁰. Confrontés au mystère de la vie, les peuples — les êtres humains dans leur environnement social — développent et préservent leurs cultures afin d'appréhender le monde extérieur et d'établir un lien avec celui-ci. D'où l'importance de l'identité culturelle, en tant que composant ou agrégat du droit fondamental à la vie elle-même.» (Par. 4.)

¹⁰⁹ H. Arendt, *Between Past and Future*, New York, Penguin, 1993 [réimp.], p. 211-213. [Pour une version française, voir H. Arendt, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972.]

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 225-226.

131. Dans d'autres affaires à fort contenu culturel portées devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, celle-ci a dûment statué dans ce même esprit de *solidarité* dans le temps, à l'égard tant des générations futures que des générations passées — comme par exemple dans l'arrêt sur les réparations concernant le Guatemala qu'elle a rendu le 22 février 2002 dans l'impressionnante affaire de *Bámaca Velásquez*, à la lumière de la richesse de la culture Maya, afin d'assurer la satisfaction des besoins spirituels des descendants ainsi que le respect de l'héritage légué par les ancêtres¹¹¹. Cet arrêt constitue — comme je persiste à le dire dans une autre juridiction internationale depuis le milieu des années 1990 — l'une des nombreuses illustrations du processus historique d'*humanisation* du droit international contemporain, qui de nos jours concerne l'ensemble du *corpus juris* de cette discipline.

X. LA DIMENSION TEMPORELLE SOUS-JACENTE : LE DÉVELOPPEMENT DURABLE

1. La formulation et les implications du développement durable

132. De même, la dimension temporelle sous-tend la notion de développement durable dont on considère, depuis qu'elle a été définie en 1987 dans le rapport de la commission Brundtland comme «suppos[ant] la satisfaction des besoins actuels sans compromettre celle des besoins des générations futures»¹¹², qu'elle englobe la promotion de la croissance économique, l'éradication de la pauvreté et la satisfaction des besoins fondamentaux de l'homme (tels que ceux ayant trait à la santé, à l'alimentation, au logement et à l'éducation)¹¹³. On en vint en outre à percevoir le développement durable comme un lien entre le droit à un environnement sain et le droit au développement; des considérations touchant l'environnement et le développement finirent par imprégner les questions de l'élimination de la pauvreté et de la satisfaction des besoins fondamentaux de l'homme. Après que cette question eut fait l'objet d'une étude approfondie à l'occasion de la conférence de Rio de 1992 sur l'environ-

¹¹¹ Dans son arrêt sur les réparations en l'affaire *Bámaca Velásquez*, la cour a ordonné, au tout premier point du dispositif, l'identification de la dépouille mortelle de la victime directe, son exhumation en présence de sa veuve et de sa famille et la restitution de cette dépouille auxdites personnes. Dans mon opinion individuelle, j'ai estimé opportun de m'attarder sur quatre aspects spécifiques de la décision de la cour, à savoir: *a*) le temps, le droit des vivants et les morts; *b*) la projection de la souffrance humaine dans le temps; *c*) l'écoulement du temps et les conséquences juridiques de la solidarité entre les vivants et les morts; et *d*) la précarité de la condition humaine et les droits humains universels (par. 1-26).

¹¹² Voir World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, University Press, 1987, p. 8-9, 40, 43-66 et 75-90.

¹¹³ PNUE, *Symposium de Beijing sur les pays en développement et le droit international de l'environnement* (août 1991) — *rapport final*, Beijing, PNUE/ministère chinois des affaires étrangères, 1992, p. 1-8 (corapporteurs A. A. Cançado Trindade et Ajai Malhotra).

nement et le développement (CNUED) et de la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne en 1993 sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, il apparut clairement que les droits de l'homme demeuraient au cœur des préoccupations du développement durable¹¹⁴.

133. La déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement faisait une place considérable à l'idée d'un développement durable axé sur la satisfaction des besoins des générations présentes et futures¹¹⁵ (principe 3), tandis que la déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993 mettaient l'accent sur un développement durable lié à divers aspects du droit international des droits de l'homme (1^{re} partie, par. 27), tout en conservant à l'esprit la satisfaction des besoins de protection actuels et futurs (2^e partie, par. 17). En mettant simultanément au premier plan les générations présentes et futures, le développement durable présentait une dimension temporelle inélectable.

134. La déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993 indiquent que «le droit au développement devrait se réaliser de manière à satisfaire équitablement les besoins des générations actuelles et futures en matière de développement et d'environnement» (par. 11). Je me souviens très bien que la préoccupation majeure exprimée lors des deux conférences mondiales tenues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, durant les travaux préparatoires et l'adoption de ce texte ainsi que du programme Action 21 issu de la conférence de Rio de 1992, était d'améliorer les conditions de vie socio-économiques de la population, et notamment de ses groupes vulnérables¹¹⁶, afin de satisfaire leurs besoins particuliers de protection. Cela transparaît dans le corps de ces deux documents finaux issus des deux conférences mondiales organisées en 1992 et 1993 par l'Organisation des Nations Unies et qui firent date.

135. Cette conception fit l'objet de nombreuses analyses présentées à l'occasion d'événements universitaires organisés sous différentes latitudes tout au long des années 1990, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies, dans le cadre de la *Décennie du droit international*, qui fournirent un éclairage sur l'univers conceptuel du droit international contemporain de l'environnement et permirent ainsi de l'affiner. Lorsque

¹¹⁴ A. A. Cançado Trindade, «Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments», *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (N. Al-Nauimi et R. Meese, dir. publ.), La Haye, Kluwer, 1995, p. 1051-1052, 1056, 1065, 1068 et 1075-1076.

¹¹⁵ Voir, pour un aperçu général, à la veille de la CNUED, [divers auteurs], *Human Rights, Sustainable Development and Environment/Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente* (compte rendu du séminaire de Brasília de mars 1992 — A. A. Cançado Trindade, dir. publ.), 2^e éd., Brasília/San José of Costa Rica, BID/IIHR, 1995, p. 1-405 (notamment les interventions de E. Brown Weiss, A. A. Cançado Trindade, S. McCaffrey, A.-Ch. Kiss, G. Handl et D. Shelton).

¹¹⁶ Tels que ceux que constituent, notamment, les segments les plus pauvres de la société.

l'accent fut mis sur la promotion du développement durable et des très nécessaires réduction et élimination de la pauvreté, par exemple, ces considérations furent avancées à la lumière de l'équité intergénérationnelle et intragénérationnelle.

136. A cet égard, le programme très complet Action 21, adopté en 1992 à Rio de Janeiro à la clôture de la CNUED, lançait fort à propos dans son préambule la mise en garde suivante :

«L'humanité se trouve à un moment crucial de son histoire. Nous assistons actuellement à la perpétuation des disparités entre les nations et à l'intérieur des nations, à une aggravation de la pauvreté, de la faim, de l'état de santé et de l'analphabétisme, et à la détérioration continue des écosystèmes dont nous sommes tributaires pour notre bien-être. Mais si nous intégrons les questions d'environnement et de développement et si nous accordons une plus grande attention à ces questions, nous pourrions satisfaire les besoins fondamentaux... Aucun pays ne saurait réaliser tout cela à lui seul, mais la tâche est possible si nous œuvrons tous ensemble dans le cadre d'un partenariat mondial pour le développement durable.

Action 21 aborde les problèmes urgents d'aujourd'hui et cherche aussi à préparer le monde aux tâches qui l'attendent au cours du siècle prochain.» (Par. 1 et 3.)

137. Une demi-décennie plus tard, la déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures mentionnée précédemment, adoptée par l'Unesco en 1997, en reconnaissant les menaces pesant actuellement sur «l'existence même de l'humanité et son environnement» (préambule), mettait en évidence la nécessité d'agir dans un esprit de solidarité intragénérationnelle et intergénérationnelle pour la «perpétuation de l'humanité» (art. 3). En outre, une décennie après la tenue de la CNUED à Rio de Janeiro, la déclaration de Johannesburg sur le développement durable, dans laquelle la communauté internationale réaffirmait son «engagement en faveur du développement durable» (par. 1), gardant à l'esprit «l'avenir de l'humanité», fut adoptée à l'occasion du Sommet mondial pour le développement durable, organisé à Johannesburg en septembre 2002. Une fois encore, l'attention était portée vers des considérations abordées à la lumière de l'équité inter- et intragénérationnelle, appelant à surmonter les inégalités dans le temps et dans l'espace.

138. Cette approche associant protection de l'environnement et protection des droits de l'homme perdue de nos jours, à la fin de la première décennie du XXI^e siècle¹¹⁷. De nombreux instruments internationaux sont aujourd'hui imprégnés de la *logique* du développement durable. La

¹¹⁷ Voir, par exemple, les résolutions 7/23 (du 28 mars 2008) et 10/4 (du 25 mars 2009) du Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (relatives aux droits de l'homme et aux changements climatiques), précédées, par exemple, par la résolution 2005/60 de l'ancienne Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies (par. 8).

doctrine contemporaine en reconnaît également progressivement la pertinence; tandis qu'une grande partie des auteurs continuent, de manière quelque peu hésitante, à évoquer le «concept» de développement durable, d'autres semblent au contraire être prêts et ouverts à l'idée d'admettre qu'il est devenu un principe général du droit international de l'environnement¹¹⁸. A l'occasion de la réforme de l'Organisation des Nations Unies, fin 2005, les *objectifs du Millénaire pour le développement*, qui avalisaient les «principes du développement durable» (au pluriel)¹¹⁹, furent adoptés en sus des deux documents déjà mentionnés dans la présente opinion individuelle (par. 45, *supra*).

139. Il y a de solides raisons de reconnaître le développement durable comme un principe général devant présider à l'examen des questions d'environnement et de développement. Lors des conférences de Rio, en 1992, et de Vienne, en 1993, il fut clairement établi, en vue du cycle de conférences mondiales de l'Organisation des Nations Unies alors en cours et qui devait se poursuivre tout au long des années 1990, que *placer l'homme au cœur des préoccupations* avait des conséquences considérables et que cela obligeait à réévaluer certains concepts traditionnels (au rang desquels figuraient notamment les modèles de développement et de coopération internationale), afin de préserver l'environnement et d'assurer la pérennité de la vie humaine elle-même. Plus récemment, en 2008, une stratégie visant à «aligner» les *objectifs du Millénaire pour le développement* susmentionnés sur les droits de l'homme a été proposée¹²⁰.

140. A la lumière des considérations qui précèdent, l'issue de l'instance dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* laisse, à cet égard, beaucoup à désirer et ce d'un triple point de vue: premièrement, l'insuffisance des arguments avancés par les Parties sur les *conséquences sociales* concrètes des usines de pâte à papier, bien qu'elles aient évoqué le développement durable (voir *infra*); deuxièmement, l'insuffisance de l'attention accordée par la Cour à la question particulière soulevée; et, troisièmement, l'absence de reconnaissance expresse, par la Cour, du rôle directeur des principes généraux du droit international de l'environnement. Ayant souligné cela, j'aimerais maintenant aborder, dans le cadre de la présente affaire, les arguments avancés par l'Argentine et l'Uruguay sur le développement durable.

¹¹⁸ Voir, par exemple, Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., Cambridge, University Press, 2003, p. 252, 260 et 266; C. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leyde, Nijhoff, 2009, p. 145, 147, 162, 171 et 186. Les Etats ne pouvant se prévaloir de l'incertitude scientifique pour justifier leur inaction face à des risques potentiels de dommages graves à l'environnement, le principe de précaution a un rôle à jouer, tout autant que «le principe de développement durable»; P. Birnie, A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3^e éd., Oxford, University Press, 2009, p. 163.

¹¹⁹ Cibles 7.A et 7.B des *objectifs du Millénaire pour le développement*.

¹²⁰ Organisation des Nations Unies/Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Re-vendiquer les objectifs du Millénaire pour le développement: une approche fondée sur les droits de l'homme*, Genève, Organisation des Nations Unies, 2008, p. 1-66.

2. *Les Parties à l'instance avaient conscience des implications du développement durable*

141. Dans la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, les Parties ont évoqué de manière interchangeable le «concept» et le «principe» de *développement durable*. Dans son mémoire, l'Argentine a affirmé que les deux Parties étaient «lié[s] par le respect du principe du développement durable» lorsqu'elles entreprenaient «des activités sur le fleuve Uruguay»¹²¹. Cependant, leur approche divergeait quant à l'application du «concept» ou du «principe», l'Argentine estimant pour sa part que celle-ci nécessitait une approche intégrée des objectifs de développement socio-économique et de protection de l'environnement, entre lesquels il convenait de «trouver un équilibre», comme cela était solennellement affirmé dans la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement (principes 3 et 4¹²²) — le principe de développement durable faisant partie de «[ceux] qui doivent guider l'interprétation et l'application du statut de 1975»¹²³.

142. L'Argentine a en outre affirmé, dans son mémoire, que «[l']une des composantes essentielles du principe de développement durable [était] que la satisfaction des besoins immédiats des générations présentes au titre du droit au développement ne [devait] pas compromettre le bien-être des générations futures»¹²⁴. Insistant sur les principes 3 et 4 de la déclaration de Rio de 1992, elle a ajouté que,

«[e]n application du principe du développement durable, les Etats réalisent leur droit au développement en respectant leurs obligations en matière de promotion et de protection de l'environnement. Ainsi en est-il des obligations découlant du statut de 1975... Le concept de «développement durable» ne peut pas être invoqué pour justifier le fait de donner aux objectifs de développement économique une quelconque préséance sur des nécessités environnementales essentielles.»¹²⁵

143. Ainsi, en soutenant que le «principe du développement durable» s'appliquait au statut de 1975, l'Argentine a rappelé, dans son mémoire, le principe 3 de la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, aux termes duquel «le *droit au développement* doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures»¹²⁶. Toujours dans son mémoire, l'Argentine a également invoqué le plan de protection environnementale

¹²¹ Mémoire de l'Argentine, par. 3.177.

¹²² *Ibid.*, par. 3.179.

¹²³ Réplique de l'Argentine, par. 4.32, et voir également par. 1.48.

¹²⁴ Mémoire de l'Argentine, par. 3.180.

¹²⁵ *Ibid.*, par. 5.6-5.7, et voir également par. 5.8.

¹²⁶ *Ibid.*, par. 5.5.

du fleuve Uruguay de 2002 (conclu entre la CARU et quinze collectivités locales uruguayennes et argentines), dans lequel les obligations énoncées par le statut de 1975 sont présentées comme fournissant un cadre de coopération et de coordination «*collectif, participatif et collaboratif*» pour protéger le fleuve Uruguay «pour les générations futures»¹²⁷.

144. Pour sa part, l'Uruguay, évoquant, dans son contre-mémoire, les «principes du droit international général»¹²⁸, a affirmé que :

«Le droit qu'ont tous les Etats de chercher à assurer leur développement économique durable est consacré par le principe 2 de la déclaration de Rio de 1992 ... [qui] établit à la fois le droit souverain des Etats d'exploiter leurs propres ressources «conformément à leurs politiques en matière d'environnement et de développement» et leur devoir «de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale.»¹²⁹

145. Selon l'Uruguay, comme le principe 4, le principe 2 de la déclaration de Rio «exige[ait] d'associer ou de concilier développement et protection de l'environnement»¹³⁰, et d'ajouter :

«Les arguments avancés par l'Argentine au sujet du statut de 1975 ignorent cette nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement dans le cadre de l'utilisation des eaux du fleuve Uruguay. En effet, le mémoire de l'Argentine entretient soigneusement l'illusion que le statut de 1975 subordonne les considérations relatives au développement économique au respect le plus strict de l'environnement.»¹³¹

146. Dans sa duplique, l'Uruguay a en outre déclaré que

«[l]e développement [était] autorisé ([qu']il [était] même prescrit aux termes, notamment, des articles premiers des pactes internationaux de l'ONU respectivement consacrés aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels), dès lors que la protection de l'environnement [était] assurée au bénéfice des générations futures»¹³².

Reconnaissant la nécessité pour lui d'améliorer les «conditions de vie» des «générations présentes et futures de sa population»¹³³, l'Uruguay a

¹²⁷ Mémoire de l'Argentine, par. 3.153.

¹²⁸ Contre-mémoire de l'Uruguay, par. 1.26.

¹²⁹ *Ibid.*, par. 2.30.

¹³⁰ *Ibid.*, par. 2.32.

¹³¹ *Ibid.*, par. 2.33.

¹³² Duplique de l'Uruguay, par. 2.130.

¹³³ CR 2009/17, p. 41 et 43, par. 1 et 5, et voir également p. 46, par. 11.

soutenu que «l'Argentine n'a[vait] pas contesté [son] droit ... à développer son économie, et à répondre ainsi aux besoins des générations présentes et futures de sa population»¹³⁴.

147. L'Uruguay fit cette dernière remarque dans le cadre des plaidoiries organisées en la présente affaire, au cours desquelles les conseils des deux Parties reprirent et réaffirmèrent les points qu'ils avaient respectivement avancés dans leurs écritures. L'Argentine et l'Uruguay étaient tous deux tout à fait conscients de la dimension intertemporelle du développement durable en tant que principe de droit international de l'environnement et la CIJ aurait, me semble-t-il, dû prêter attention au développement durable *en tant que tel*, et le reprendre à son compte¹³⁵, pour ainsi contribuer à l'évolution progressive du droit international de l'environnement.

XI. L'ÉTABLISSEMENT JUDICIAIRE DES FAITS

148. Les principes généraux et la dimension temporelle susmentionnés doivent être gardés à l'esprit dans l'exercice de la fonction judiciaire internationale, qui consiste aussi pour le juge à établir les faits. A cet égard, les conflits de preuve ont pris des proportions remarquables dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. En fait, les conflits de preuve semblent généralement constituer, aux niveaux national et international, une aubaine pour les juristes et les professionnels du droit, mais aussi une calamité pour les juges et ceux qui sont chargés d'établir les faits. L'examen de cette question est incontournable en l'espèce.

149. Qu'il me soit permis de rappeler ici que, en matière d'établissement de faits, la Cour a acquis une expérience certaine, quoique relativement limitée, de l'audition d'experts ou de témoins¹³⁶. En revanche, elle n'a entendu des témoins-experts — une catégorie qui n'était prévue ni

¹³⁴ CR 2009/17, p. 55, par. 32.

¹³⁵ La Cour aurait, par exemple, pu reprendre *en entier* (et non partiellement comme elle l'a fait), pour le développer plus avant, en tenant compte des allégations des Parties à la présente affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, son propre *obiter dictum* du paragraphe 140 de l'arrêt qu'elle a prononcé en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* (arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 77).

¹³⁶ Elle en a jusqu'ici eu l'occasion dans les dix affaires suivantes : *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949); *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* (1962); *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (1966); *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (1982); *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)* (1984); *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (1985); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (1986); *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)* (1989); *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)* (1992); *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (2007).

dans son Statut ni dans son Règlement — qu'à de très rares occasions¹³⁷, pour des nécessités pratiques. Une visite sur les lieux — article 66 du Règlement — n'a été entreprise qu'une fois par la Cour permanente (dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, 1937) et une fois par la Cour actuelle (dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, 1997), mais sans véritable enquête. La Cour et sa devancière n'ont jusqu'ici envisagé d'office d'établir des faits qu'en deux occasions (article 50 du Statut et article 67 du Règlement).

150. La première occasion se présenta dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)* (1928), lorsque la Cour permanente (citant l'article 50 du Statut) désigna une commission d'experts en septembre 1928 mais, l'affaire ayant été réglée à l'amiable, cette commission fut dissoute avant d'avoir pu rendre son rapport. La seconde occasion fut l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949), qui est devenue l'affaire phare en la matière: les experts désignés présentèrent deux rapports, l'un en janvier et l'autre en février 1949 (après avoir enquêté sur les lieux), que la Cour prit en considération dans son arrêt sur le fond du 9 avril 1949. Toujours dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, en décembre 1949, les experts désignés soumièrent un autre rapport à la Cour, qui, après les avoir interrogés, tint pleinement compte de leurs conclusions dans l'arrêt qu'elle rendit dans cette affaire le 15 décembre 1949 sur la question des réparations¹³⁸.

151. Partant, compte tenu de l'expérience qu'elle a acquise jusqu'ici, la Cour n'a pas épuisé toutes les possibilités qui s'offraient à elle pour établir les faits dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Je considère que, au paragraphe 170 du présent arrêt, elle aurait dû indiquer qu'il lui était aussi possible, si elle l'estimait nécessaire, d'obtenir d'office davantage d'informations. Cela dit, si la Cour s'était prévalu de cette possibilité supplémentaire (en procédant par exemple à une enquête sur le terrain) — comme je pense qu'elle aurait dû le faire —, serait-elle parvenue à une conclusion différente quant aux obligations de fond découlant des articles 35, 36 et 41 du statut du fleuve Uruguay de 1975? Toute réponse à cette question serait largement hypothétique.

XII. AU-DELÀ DE LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: ASPECTS CONNEXES

152. Les considérations qui précèdent sur les principes généraux de droit et la dimension temporelle me conduisent dans la présente opinion

¹³⁷ Par exemple dans les affaires du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (1949), du *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)* (1962) et du *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)* (1966).

¹³⁸ A une troisième occasion encore, quoique dans des circonstances quelque peu différentes, en l'affaire du *Golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, la Chambre de la Cour fut tenue, de par les termes du compromis, de désigner un expert; après l'avoir désigné (en citant là encore l'article 50 du Statut), la Chambre de la Cour annexa le «rapport explicatif» de cet expert à son arrêt du 12 octobre 1984.

individuelle à continuer de regarder bien au-delà de la dimension interétatique — en dépit du caractère purement interétatique des procédures contentieuses internationales pouvant être engagées devant la Cour. Ainsi, je vais traiter certains aspects connexes auxquels j'attache une importance particulière, à savoir : *a)* les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations; *b)* le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement; *c)* le caractère objectif des obligations, au-delà de la réciprocité; et *d)* la personnalité juridique internationale de la CARU — autant d'aspects que j'examinerai successivement.

1. *Les impératifs de la santé humaine et du bien-être des populations*

153. Dès 1974, deux ans après l'adoption de la déclaration de Stockholm, la charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée par les Nations Unies (à la suite d'une initiative latino-américaine¹³⁹) indiquait, sur le ton d'une mise en garde, que la protection et la sauvegarde de l'environnement pour les générations actuelles et futures était une responsabilité incombant à *tous* les Etats (art. 30). La référence à la succession des générations dans le temps attestait premièrement une prise de conscience de la dimension temporelle à long terme et, deuxièmement, une préoccupation dépassant la dimension strictement interétatique, le but étant de préserver la santé humaine et le bien-être des peuples. Dans sa résolution 44/228 de 1989, l'Assemblée générale, décidant de convoquer une conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement à Rio de Janeiro en 1992, affirma en fait, par exemple, que la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement étaient des questions essentielles influant sur le bien-être des populations et elle cita, entre autres questions environnementales d'importance capitale, la «[p]rotection de la santé humaine et [l']amélioration de la qualité de la vie» (alinéa i) du paragraphe 12).

154. Le droit international de l'environnement est soucieux de la santé humaine. Dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, les deux Parties en litige ont évoqué cette question. En ce qui concerne les répercussions sociales de l'usine de pâte à papier (l'usine Botnia), l'Argentine a dans son mémoire évoqué le «bien-être et ... la santé des communautés voisines» (par. 6.44-6.45), tandis que, dans sa duplique, l'Uruguay a indiqué qu'un suivi de l'incidence sociale de l'usine avait révélé une amélioration de la «qualité de la vie» à Fray Bentos et dans les «communautés voisines» (par. 4.40). Mais alors que, dans son contre-mémoire, l'Uruguay soutenait que l'usine de pâte à papier ne constituait pas une menace pour la santé publique (par. 5.33-5.34), l'Argentine, elle, a tenté de démontrer que l'eutrophisation du fleuve et la pollution atmosphérique

¹³⁹ Lancée à l'occasion de la troisième conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, le 1^{er} avril 1972; la charte fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1974.

présentaient des risques pour la santé humaine¹⁴⁰, et a évoqué des incidents ayant affecté des ouvriers et d'autres employés de l'usine Botnia ainsi que d'autres personnes vivant dans les environs¹⁴¹.

155. Pourtant, il semble que les Parties ne sont pas allées au bout de leur argumentation sur les questions générales de *santé publique* que pouvait soulever l'exploitation de l'usine de pâte à papier. Elles ont focalisé leurs arguments sur les effets environnementaux (qualité de l'eau et équilibre écologique) et sur certains types d'incidences sur la qualité de vie, notamment dans le domaine du tourisme. En fait, elles se sont particulièrement intéressées aux effets sur le tourisme (activités et produits touristiques)¹⁴², semblant ainsi faire la part belle à des considérations propres à l'*homo oeconomicus*.

156. Quoi qu'il en soit, il convient de s'arrêter aussi sur ce que la Cour a elle-même relevé, dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier* (par. 219-224), au sujet de la consultation des populations touchées. Comme je l'ai déjà exposé dans la présente opinion, l'obligation d'aviser et d'informer les populations concernées découle du principe de précaution (voir *supra*). La Cour ne l'a pas dit expressément. Mais, quoi qu'il en soit, l'attention est appelée sur les populations touchées, au-delà de la dimension strictement interétatique.

157. Il n'aura échappé à personne que, dans une décision récente (du 13 juillet 2009) — citée dans le présent arrêt (par. 204) — en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour a confirmé l'existence d'un droit coutumier de pratiquer la pêche à des fins de subsistance (*arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 266, par. 143-144) en faveur des habitants des deux rives du fleuve San Juan. L'Etat défendeur avait répété de façon fort louable qu'il n'avait « nullement l'intention d'empêcher les résidents costa-riciens de se livrer à la pêche de subsistance » (*ibid.*, p. 265, par. 140). Après tout, ceux qui pêchent pour vivre ne sont pas des Etats, ce sont des êtres humains frappés par la pauvreté. La Cour a conclu en outre que ce droit coutumier était « subordonné à toute mesure de réglementation en matière de pêche que le Nicaragua pourrait prendre à des fins légitimes, notamment pour la protection des ressources et de l'environnement » (*ibid.*, p. 266, par. 141).

158. Cette affaire, comme la présente instance, opposait également des pays d'Amérique latine. Dans ces deux affaires, la Cour est sortie de la dimension purement interétatique pour s'intéresser aux populations concernées. Dans les deux, les Etats en litige ont avancé leurs arguments à l'appui de leurs prétentions sans perdre de vue la dimension humaine

¹⁴⁰ Voir mémoire de l'Argentine, par. 5.52, 5.70, 7.96 et 7.162; réplique de l'Argentine, par. 3.212 et 4.176, et vol. III, annexe 43, par. 4.4.2-4.4.3; CR 2009/14, p. 43-44, par. 14.

¹⁴¹ Voir réplique de l'Argentine, par. 0.10.

¹⁴² Voir mémoire de l'Argentine, par. 6.54-6.63; duplique de l'Uruguay, par. 6.82-6.87.

sous-tendant celles-ci. Une fois encore, des Etats d'Amérique latine étant devant la Cour sont restés fidèles à la tradition, dont j'ai déjà fait mention, qui est profondément ancrée dans la conception latino-américaine du droit international, et qui consiste à ne jamais perdre de vue l'importance des acquis doctrinaux et des principes généraux de droit. J'ose espérer que la Cour est prête à changer de point de vue pour s'engager plus résolument au-delà de la dimension interétatique tout en tenant compte des principes juridiques pertinents, lorsqu'elle exercera sa fonction contentieuse; après tout, l'histoire est là pour nous rappeler que l'Etat est au service des êtres humains, et non l'inverse.

159. De même que le souci de protéger les droits de l'homme (par exemple, les droits à l'alimentation et à la santé) se retrouve dans le domaine du droit international de l'environnement¹⁴³, le souci de protéger l'environnement peut également se déduire de la reconnaissance expresse, dans deux instruments relatifs aux droits de l'homme, du droit à un environnement sain¹⁴⁴. Les notions modernes de protection des droits de l'homme et de protection de l'environnement traduisent donc des préoccupations réciproques¹⁴⁵. Cela ressort, par exemple, de la vision exposée dans la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, adoptée par la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED): cette déclaration place l'être humain au cœur des préoccupations liées au développement durable, tandis que la déclaration et le programme d'action de Vienne de 1993, adoptés par la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, traitent notamment le développement durable sous l'angle de différents aspects du droit international des droits de l'homme.

160. Le fait que la CNUED et la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme aient reconnu de façon dénuée d'équivoque, l'une dans la déclaration de Rio de Janeiro de 1992 et l'autre à Vienne en 1993, la légitimité du souci, nourri par la communauté internationale tout entière,

¹⁴³ Voir, par exemple, le préambule et le principe 1 de la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972, le préambule et les principes 6 et 23 de la charte mondiale de la nature de 1982, et les principes 1 et 20 proposés par la commission mondiale de l'environnement et du développement dans son rapport de 1987.

¹⁴⁴ A savoir le protocole additionnel de 1988 à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (art. 11), et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 24); dans le protocole, ce droit est reconnu comme un droit de «toute personne» (art. 10, par. 1), qui doit être protégé par les Etats parties (art. 10, par. 2), tandis que, dans la charte africaine, il est reconnu comme un droit des peuples.

¹⁴⁵ Les juridictions internationales chargées de défendre les droits de l'homme (telles que les cours européenne et interaméricaine) ainsi que les organes de surveillance de l'Organisation des Nations Unies (comme le Comité des droits de l'homme) ont, ces dernières années, statué sur des affaires touchant directement le droit à un environnement sain en particulier, et la protection de l'environnement d'une manière générale. Ce serait excéder l'objet et le but que je me suis fixés dans la présente opinion individuelle que de m'étendre sur ces décisions; je me bornerai ici à relever que celles-ci reposent sur une démarche anthropocentrique, et non cosmocentrique.

de protéger l'environnement et les droits de l'homme constitue l'un des principaux acquis hérités de ces deux conférences mondiales (dont je garde un excellent souvenir, ayant participé aux deux), qui favorisera assurément l'avènement d'une culture universelle fondée sur le respect des droits de l'homme et sur le souci de l'environnement. Les références répétées à l'humanité, non seulement dans de longs ouvrages de doctrine modernes mais aussi, et surtout, dans divers instruments internationaux¹⁴⁶, montrent que le droit international n'est plus exclusivement axé sur l'Etat et annoncent peut-être l'émergence d'un droit international pour l'humanité, qui viserait à préserver l'environnement et à assurer le développement durable au bénéfice des générations actuelles et futures. Il est donc temps de repenser les postulats fondamentaux du droit international en tenant compte des intérêts et soucis communs de l'humanité, qui revêtent une importance supérieure.

161. Il est permis de rappeler ici que, il y a près de quarante ans, dans une affaire en laquelle de graves craintes étaient exprimées pour la santé humaine et pour le bien-être des populations, les demandeurs insistèrent devant la Cour sur cette nécessité de dépasser la dimension interétatique. Dans sa requête introductive d'instance (du 9 mai 1973) en l'affaire des *Essais nucléaires* (la première, mentionnée plus haut, concernant les essais atmosphériques), l'Australie déclara vouloir protéger sa population et celle d'autres nations, ainsi que leurs descendants, contre les risques que faisaient peser sur leur vie, leur santé et leur bien-être des radiations potentiellement nocives engendrées par les retombées radioactives de cer-

¹⁴⁶ Ainsi, la notion de *patrimoine culturel de l'humanité* se retrouve, par exemple, dans les conventions de l'Unesco pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (1972), et pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003). La notion de *patrimoine commun de l'humanité*, quant à elle, a été exprimée dans le domaine du droit de la mer (convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, partie XI et, en particulier, art. 136-145 et 311, al. 6); déclaration des principes régissant le fonds des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction nationale, adoptée par les Nations Unies en 1970) et dans le domaine du droit relatif à l'espace extra-atmosphérique (traité de 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes, art. 11; voir aussi le traité de 1967 sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, article premier). Le *patrimoine commun de l'humanité* se retrouve également dans la convention de l'Unesco de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Enfin, la notion d'*intérêt commun de l'humanité* a, pour sa part, été exprimée dans le domaine du droit international de l'environnement, par exemple dans les préambules de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992) et de la convention sur la diversité biologique (1992). Quant aux raisons de l'adoption de cette nouvelle notion, voir Programme des Nations Unies pour l'environnement, *The Meeting of the Group of Legal Experts to Examine the Concept of the Common Concern of Mankind in Relation to Global Environmental Issues* (D. J. Attard, dir. publ. — Proceedings of the Malta Meeting of December 1990), Malte/Nairobi, PNUE, 1991, *Report of the Proceedings*, p. 19-26 (corapporteurs A. A. Cançado Trindade et D. J. Attard).

taines explosions nucléaires¹⁴⁷. La Nouvelle-Zélande, elle, alla encore plus loin dans sa propre requête introductive d'instance (également datée du 9 mai 1973):

«Durant les 27 années lors desquelles des essais nucléaires ont eu lieu, il a été progressivement pris conscience des risques que ceux-ci présentaient pour la vie, la santé et la sécurité des peuples et des nations du monde entier ... L'attitude de la communauté internationale envers les essais nucléaires atmosphériques découle des dangers que pose pour la santé des générations actuelles et futures la dissémination de particules radioactives sur de vastes parties de la planète ... En ce qui concerne les essais d'armes nucléaires engendrant des retombées radioactives, l'opinion mondiale a souvent rejeté l'idée qu'une nation puisse rechercher sa sécurité d'une manière mettant en péril la santé et le bien-être d'autres peuples.»¹⁴⁸

162. La Nouvelle-Zélande avait bien précisé qu'elle plaidait non seulement pour son propre peuple, mais aussi pour les populations des îles Cook, Nioué et Tokélaou¹⁴⁹. Ainsi, regardant au-delà des limites strictes imposées par le caractère purement interétatique de la fonction contentieuse de la Cour, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont l'une et l'autre défendu les droits des peuples à la santé, au bien-être, à une vie sans anxiété ni peur, soit, somme toute, à une vie paisible.

163. Des années plus tard, dans sa requête introductive d'instance (du 13 mai 1989) et dans son mémoire en l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, Nauru se plaignit devant la Cour de ce que, par le passé, l'autorité administrante avait mené dans les terres à phosphates de l'île des opérations minières à «visées lucratives», sans conseiller les Nauruans de manière indépendante jusqu'en 1964. Cette autorité ne s'était donc pas préoccupée des «besoins à long terme de la population nauruane», et n'avait pas fait en sorte que l'île fût à nouveau habitable par les Nauruans en remettant en état ses terres à phosphates. La période de tutelle étant terminée (sans que l'autorité concernée assume réellement ses responsabilités vis-à-vis du public), Nauru vint défendre les «besoins à long terme» de ses habitants et la remise en état de l'île (c'est-à-dire de ses terres à phosphates) afin «d'assurer l'avenir à long terme du peuple nauruan»¹⁵⁰.

164. Cet épisode révèle qu'il était déjà clair dans les esprits que le bien-être des peuples n'était pas limité dans le temps. Bien au contraire, il

¹⁴⁷ Elle se réfèra également aux populations souffrant de stress psychologique et d'anxiété à cause de la peur engendrée par ces essais; *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Australie c. France)*, vol. I, p. 11 et 14.

¹⁴⁸ *C.I.J. Mémoires, Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, vol. II, p. 7.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 4 et 8.

¹⁵⁰ *C.I.J. Mémoires, Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, vol. I, p. 10-11, 17, 170, 174, 245 et 247.

s'inscrit même *dans le long terme*, comme l'illustre l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*. Cette perception générale découle aujourd'hui d'un ensemble de facteurs, à savoir l'émergence des principes de prévention et de précaution, auxquels s'ajoutent le principe du développement durable et l'équité intergénérationnelle, que j'ai déjà examinés (voir *supra*). Le droit international de l'environnement, qui s'est cristallisé à la lumière de ces principes généraux, valorise pleinement la notion de productivité durable¹⁵¹, en prêtant l'attention voulue aux impératifs liés à la santé humaine et au bien-être des populations.

2. Le rôle de la société civile dans la protection de l'environnement

165. Dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine a indiqué que son *contentieux interétatique* avec l'Uruguay avait vu le jour lorsque, «[l]e 9 octobre 2003, le Gouvernement de l'Uruguay a[vait] autorisé de manière unilatérale» la construction de l'une des deux usines de pâte à papier (par l'entreprise espagnole ENCE, projet CMB) près de la localité de Fray Bentos, sans respecter la «procédure d'information et de consultation préalables» prescrite par le statut du fleuve Uruguay de 1975¹⁵². En octobre 2004, ce différend entre Etats s'est «aggravé» lorsque l'entreprise finlandaise Botnia «a communiqué aux autorités uruguayennes son projet de construction d'une deuxième usine de pâte à papier dans la même zone de la rive gauche du fleuve Uruguay, à une distance de moins de 7 kilomètres de CMB, dénommé «Orion»»¹⁵³. Pourtant, lorsqu'on regarde au-delà de la perspective interétatique, l'affaire se révèle bien plus ancienne, remontant à une initiative prise le 14 décembre 2001 par une organisation non gouvernementale (ONG) argentine.

166. En fait, dans son contre-mémoire, l'Uruguay a noté que la CARU avait été informée de la mise en service de l'usine ENCE à sa séance plénière du 14 décembre 2001, lorsqu'elle avait pris connaissance d'«une lettre d'une organisation non gouvernementale établie en Argentine dans laquelle étaient exprimées des préoccupations au sujet d'informations indiquant qu'une usine de cellulose allait être construite dans les environs de Fray Bentos» (par. 3.16). Cette ONG s'appelait «Mouvement pour la vie, le travail et le développement durable» (*Movimiento por la Vida, el Trabajo y un Desarrollo Sustentable* — MOVITDES); dans sa lettre à la CARU, datée du 16 novembre 2001 et annexée au contre-mémoire de l'Uruguay¹⁵⁴,

¹⁵¹ Voir, en ce sens, H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law — The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection*, Londres/Dordrecht, Graham & Trotman/Nijhoff, 1994, p. 4, 334, 340-341 et 344-345.

¹⁵² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, requête introductive d'instance du 4 mai 2006, par. 9.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 12.

¹⁵⁴ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 92, p. 2185 (procès-verbal de la CARU n° 14/01, séance plénière ordinaire du 14 décembre 2001).

l'ONG exposait «le risque environnemental lié à l'installation et à l'exploitation d'une usine de pâte de cellulose dans la région de M'Bopicuá», en Uruguay¹⁵⁵. A ce sujet, l'Argentine a mis l'accent dans sa réplique sur la «manière tout à fait indirecte dont la CARU a[vait] pris connaissance de l'existence des projets d'usine de pâte à papier dans la région de Fray Bentos», puisque c'était «une ONG argentine de la province d'Entre Ríos qui a[vait] attiré l'attention de la CARU sur des rumeurs concernant l'établissement des usines de pâte à papier sur la rive opposée» (par. 2.33).

167. Partant, l'origine réelle de la présente affaire, qui oppose l'Argentine et l'Uruguay, remonte à la fin 2001, lorsqu'une entité non étatique, une ONG argentine, a fait part de ses craintes à un organe international, la CARU, en appelant son attention sur une question d'intérêt public d'importance considérable touchant la population locale, notamment les risques pour l'environnement. Les gouvernements des deux Etats concernés ne sont entrés en jeu que deux ans plus tard, à partir d'octobre 2003, lorsque le différend est devenu une affaire *interétatique* (*supra*). Cela montre, selon moi, combien la conception purement interétatique est artificielle lorsqu'il s'agit de faire face à des gageures touchant l'intérêt public général, comme celles qui concernent la protection de l'environnement.

168. Quoi qu'il en soit, dans sa réplique, l'Argentine a pris note du rôle que les ONG pouvaient jouer dans la mise en œuvre du principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement (EIE), dont «la consultation du public est partie intégrante» (par. 4.105). L'Argentine a relevé à cet égard que, pour tenir de «*véritables consultations* avec la population concernée», les ONG devaient prendre part au processus¹⁵⁶. Au cours de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'Argentine et l'Uruguay ont tous deux évoqué à différents moments le rôle des ONG dans l'évaluation de l'impact sur l'environnement¹⁵⁷ ainsi que dans le cadre de la surveillance de l'environnement¹⁵⁸. Je m'en félicite, puisqu'ils ont ainsi reconnu expressément l'un et l'autre qu'un partenariat entre pouvoirs publics et acteurs de la société civile était incontournable lorsqu'il s'agissait de l'intérêt public général, et notamment de protéger l'environnement.

169. Ce partenariat a bel et bien existé dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. Au fil du temps, plusieurs ONG argentes et

¹⁵⁵ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 92, p. 2185 (procès-verbal de la CARU n° 14/01, séance plénière ordinaire du 14 décembre 2001).

¹⁵⁶ Elle s'est aussi référée à la pratique de la Banque mondiale et, en particulier, au rapport d'enquête du groupe d'inspection au Paraguay, intitulé «Paraguay: projet de réforme dans les secteurs de l'eau et des télécommunications», dans lequel il était indiqué que la politique relative à l'EIE exigeait que «les vues des personnes touchées et des ONG locales [soient] pleinement prises en considération, en particulier au stade de l'élaboration de l'EIE» (par. 4.102, note 1030). Voir aussi mémoire de l'Argentine, par. 4.104, note 1036.

¹⁵⁷ Voir mémoire de l'Argentine, par. 5.62; contre-mémoire de l'Uruguay, par. 5.41 et 7.28.

¹⁵⁸ Voir contre-mémoire de l'Uruguay, par. 7.28-7.29.

uruguayennes ont effectivement formulé des observations au sujet des deux projets d'usine de pâte à papier, les projets CMB et Orion (*supra*) : se sont notamment exprimées, documents à l'appui, en sus de l'organisation MOVITDES dont j'ai déjà parlé, les ONG dénommées *Redes Amigos de la Tierra*, *Fundación Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales*, *Asociación Soriano para la Defensa de los Recursos Naturales*, *Grupo Ecológico de Young*, *Grupo Guayubira* (groupe environnemental actif dans le domaine des forêts et de la foresterie) et *Redes Socioambientales de Entre Ríos*¹⁵⁹. C'est là un fait qui ne devrait pas passer inaperçu et qui est bien établi dans les éléments que les Parties en litige ont soumis à la Cour lors de la phase écrite de l'instance. Les gouvernements concernés ont pu compter sur la coopération des acteurs de la société civile de leurs deux pays, l'Uruguay et l'Argentine.

170. De l'épisode qui précède, il s'ensuit que les ONG des deux Etats concernés ont effectivement contribué à éclaircir la question en litige dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*. En outre, ainsi qu'exposé plus haut, elles ont manifesté leur présence au cours du processus de consultation mené auprès de la population locale (voir *supra*). Donc, pour ce qui est de la construction de l'une des deux usines de pâte à papier — l'usine Orion (Botnia) —, il y a bien eu consultation publique de segments des populations touchées (également sous la forme de nombreux entretiens menés notamment avec des ONG et d'autres groupes de la société civile), tant avant qu'après la délivrance de l'autorisation environnementale préalable, et des deux côtés du fleuve Uruguay — ce dont la Cour a d'ailleurs pris note dans le présent arrêt (par. 213-214).

171. Le fait que des ONG et d'autres acteurs de la société civile se soient exprimés dès les origines mêmes de l'affaire et par la suite confirme encore à mes yeux que, dans le domaine qui nous occupe — la protection de l'environnement —, les ONG et autres entités de la société civile ont, ces dernières décennies, véritablement contribué à éveiller la prise de conscience environnementale des Etats eux-mêmes, à cristalliser les principes de prévention et de précaution, et à façonner l'*opinio juris communis* relative à la protection de l'environnement. Il s'agit là d'un domaine qui transcende assurément la dimension interétatique traditionnelle. Leur contribution a bénéficié aux Etats et, en définitive, aux populations de ces derniers.

3. Au-delà de la réciprocité : les obligations à caractère objectif

172. L'évolution de la protection de l'environnement témoigne aussi de l'émergence d'obligations objectives ne présentant pas d'avantages réciproques pour les Etats. Ainsi, dans la déclaration de Stockholm sur l'environnement de 1972, il est fait expressément référence au « bien de l'humanité » (principe 18). La déclaration de Rio sur l'environnement et

¹⁵⁹ Voir mémoire de l'Argentine, vol. V, annexe 12, p. 704; contre-mémoire de l'Uruguay, vol. II, annexe 12, p. 1.

le développement de 1992, elle, débute en précisant que «[l]es êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable» (principe 1), tandis que la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, également adoptée à Rio de Janeiro en 1992, indique que l'obligation de protéger le système climatique est dans «l'intérêt des générations présentes et futures» (art. 3, par. 1).

173. Les règles visant à protéger l'environnement sont adoptées, et les obligations en ce sens contractées, dans l'intérêt supérieur de l'humanité tout entière. Cela a été expressément reconnu dans certains traités consacrés à l'environnement¹⁶⁰; cette reconnaissance ressort aussi implicitement des références à la «santé humaine» figurant dans certains traités concernant le droit de l'environnement¹⁶¹. De plus, la convention des Nations Unies de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par exemple, prévoit que les Etats riverains «se consultent en vue de négocier de bonne foi» les accords concernant leur cours d'eau commun (art. 3, par. 5). Dans plusieurs traités relatifs au droit de l'environnement, les obligations des Etats parties sont clairement formulées en termes impératifs (par l'utilisation du présent injonctif). Un exemple, parmi tant d'autres, est celui de la convention d'Espoo adoptée en 1991 par la Commission économique pour l'Europe sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (art. 2 à 7). Dans le statut du fleuve Uruguay de 1975 — l'instrument applicable dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier* —, le même langage impératif apparaît (présent injonctif) au sujet des obligations procédurales (art. 7 et 8 et 10 à 12) ainsi que pour les obligations de fond (art. 36); les articles 35 et 41, également consacrés à des obligations de fond, énoncent de même des obligations claires à la charge des Etats parties (verbe «s'obligent»).

174. Dans le domaine de la *protection*, par exemple de l'environnement, c'est le caractère *objectif* des obligations qui importe en définitive. Il n'y a guère de place ici pour le «laisser faire, laisser passer». Je ne suis pas vraiment convaincu par la distinction ontologique que d'aucuns prétendent voir entre les obligations procédurales et les obligations de fond (ce qui me rappelle les polémiques stériles et interminables ayant opposé

¹⁶⁰ Voir, par exemple, les préambules du traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol; de la convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction; de la convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles; de la convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières; de la convention de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique; de la convention de 1972 pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs; et de la convention de l'Unesco de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

¹⁶¹ Voir, par exemple, la convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone, préambule et article 2; le protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, préambule; et l'article premier des trois conventions relatives à la pollution marine susmentionnées.

les juristes respectivement versés dans les branches procédurale et substantielle du droit); plus souvent qu'on ne le pense, «la forme conforme le fond». Je ne suis pas non plus persuadé qu'il faille avoir recours à la distinction peu satisfaisante qui est souvent faite entre obligations de comportement et obligations de résultat, en particulier lorsqu'il s'agit de la *protection*, et notamment de celle de l'environnement. Dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a au moins admis que, en matière de prévention, il existait un «lien fonctionnel» entre les obligations procédurales et les obligations de fond énoncées dans le statut du fleuve Uruguay de 1975 (par. 79).

175. Pour bien apprécier le caractère objectif des obligations de protection dans un domaine tel que le droit international de l'environnement, il faut, là encore, rappeler l'importance des principes de droit. Malheureusement, la Cour ne l'a pas fait dans le présent arrêt. Par exemple, lorsqu'elle invoque brièvement, de manière incidente, le principe de la bonne foi (s'agissant de la mise en œuvre du mécanisme de coopération établi dans le statut de 1975, par. 145), elle se raccroche immédiatement au droit international coutumier, comme si les principes généraux relevaient de ce dernier. Tel n'est pas le cas. Au contraire, de mon point de vue, ces principes orientent l'évolution du droit international coutumier aussi bien que conventionnel.

176. En effet, le principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations internationales (*pacta sunt servanda*) est généralement considéré comme étant le fondement de l'ordre juridique international lui-même¹⁶². Le principe *pacta sunt servanda* — exprimé à travers celui de la bonne foi (*bona fides*)¹⁶³ — transcende en effet à la fois le droit international coutumier et le droit international conventionnel, pour s'élever au rang de principe général du droit international¹⁶⁴. Son insertion dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (art. 26 et préambule) présentait un caractère clairement axiomatique: il apparaissait ainsi dans une convention de codification qui consacrait formellement sa vocation générale. Cela étant, bien avant d'être ainsi reconnu dans la convention de Vienne de 1969, le principe *pacta sunt servanda* était déjà, ainsi qu'indiqué plus haut, considéré dans la pratique comme un véritable principe général du droit international, qui était largement reconnu dans la jurisprudence¹⁶⁵.

¹⁶² G. White, «The Principle of Good Faith», *The United Nations and the Principles of International Law — Essays in Memory of M. Akehurst* (V. Lowe et C. Warbrick, dir. publ.), Londres/New York, Routledge, 1994, p. 231 et 236.

¹⁶³ M. Lachs, «Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law», *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace — Liber Amicorum Discipulorumque B. V. A. Roling*, Leyde, Sijthoff, 1977, p. 47-55; Clive Parry, «Derecho de los Tratados», *Manual de Derecho Internacional Público* (M. Sørensen, dir. publ.), 5^e réimp., Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 200-201 et 229.

¹⁶⁴ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford, University Press, 1998, p. 620.

¹⁶⁵ E. de la Guardia et M. Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 276.

177. Le champ d'application du principe *pacta sunt servanda*, ainsi que la question ultime de la validité des normes du droit international, transcendent naturellement le domaine particulier du droit des traités¹⁶⁶; le principe *pacta sunt servanda* est, en tout état de cause, profondément ancré dans le système juridique international tout entier¹⁶⁷. La bonne foi est, en fait, inhérente à tout ordre juridique, guidant le comportement des sujets de droit. Quatre ans après l'adoption de la déclaration des Nations Unies de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, la Cour, dans la (première) affaire des *Essais nucléaires* (1974), mit l'accent dans un célèbre *obiter dictum* sur le caractère fondamental du principe de la bonne foi, en déclarant que:

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable.»¹⁶⁸

178. A plusieurs autres occasions, dans une jurisprudence constante, la Cour a appelé l'attention sur le principe de la bonne foi, dans des circonstances extrêmement variées¹⁶⁹, y compris au sujet de l'obligation de négocier¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Voir J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

¹⁶⁷ S'agissant de l'histoire du principe *pacta sunt servanda* et de son évolution dans la doctrine, voir, par exemple, M. Sibert, «The Rule *Pacta Sunt Servanda*: From the Middle Ages to the Beginning of Modern Times», *Indian Yearbook of International Affairs* (1956), vol. 5, p. 219-226; J. B. Whitton, «La règle *pacta sunt servanda*», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 49 (1934), p. 151-268.

¹⁶⁸ (Premières) affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)* (essais atmosphériques), arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 473, par. 49.

¹⁶⁹ Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 305, par. 130; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 414, par. 51, p. 418, par. 60, et p. 419, par. 63; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 105, par. 94; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 66, par. 109, p. 67, par. 112, et p. 78, par. 142; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 296, par. 38.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 30, par. 69-70; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 92, par. 43, et p. 95, par. 48; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 292, par. 87; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, *C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 263, par. 99, et p. 264, par. 102; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 424, par. 244.

A cet égard, la Cour a estimé, dans un autre *obiter dictum* formulé dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, qu'«[i]l s'agi[ssai]t là, sur la base de préceptes très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes» (arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 46-47, par. 85). Il existe toujours des *prima principia*, dont les normes et les règles émanent; en somme, de mon point de vue, que j'exprime dans la présente opinion individuelle, le principe de la bonne foi occupe une place centrale en droit international et dans le cadre de tous les systèmes juridiques, auxquels il confère une base éthique, en s'inscrivant assurément en amont du droit positif.

4. La personnalité juridique de la CARU

179. L'examen des questions en litige dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier* nous conduit, s'agissant d'un autre aspect encore, à dépasser la dimension strictement interétatique, la Cour ayant à juste titre reconnu la personnalité juridique de la CARU, telle qu'établie à l'article 50 du statut du fleuve Uruguay de 1975. L'Uruguay et l'Argentine n'ont toutefois pas tiré les mêmes conclusions de cette personnalité juridique, d'où la nécessité d'examiner et de peser leurs arguments respectifs en la matière.

180. Dans son exposé du 23 septembre 2009 sur la nature juridique de la CARU en tant que mécanisme institutionnel mixte, le conseil de l'Uruguay a soutenu que les commissions internationales fluviales sont créées par les Etats membres, qui sont «libres de s'écarter du mécanisme commun lorsque cela sert leur objectif et c'est ce qu'ils font souvent»¹⁷¹. Reconnaissant que la CARU était une entité juridique (article 50 du statut) habilitée à «conclu[re] ..., avec les deux parties, les accords nécessaires pour préciser les privilèges et immunités reconnus à ses membres et à son personnel par la pratique internationale» (art. 54), le conseil de l'Uruguay a toutefois ajouté qu'elle n'était pas un organe autonome mais que, en fait, elle *était* les parties elles-mêmes, c'est-à-dire «un instrument des ministères des affaires étrangères des deux parties»¹⁷². Il a souligné que la manière dont la CARU prenait ses décisions dépendait totalement de la volonté des deux parties; dès lors, selon lui, l'Argentine et l'Uruguay étaient libres de traiter la question du projet Botnia directement, au sommet de l'Etat, et non par l'intermédiaire de la CARU.

181. L'Argentine, de son côté, a déclaré que la CARU jouait un rôle crucial en assurant l'intégrité du statut de 1975 et la bonne administration du mécanisme de coopération. Pour elle, l'article 7 du statut de 1975 conférait expressément à la CARU le pouvoir de déterminer ce qu'il en

¹⁷¹ CR 2009/18, p. 42, par. 21 (McCaffrey).

¹⁷² *Ibid.*, p. 43, par. 30.

est¹⁷³, et donc de *décider*¹⁷⁴. Dans son mémoire et sa réplique, l'Argentine a soutenu que les termes utilisés démontraient que la CARU était habilitée à prendre une décision (contraignante) aux fins de l'article 7 du statut de 1975¹⁷⁵.

182. L'Uruguay a quant à lui rétorqué que la CARU constituait seulement un moyen de faciliter la communication entre les parties, mais n'avait aucun pouvoir de décision à l'égard du projet¹⁷⁶. Dans son argumentation, il a donc minimisé le rôle conféré à la CARU par les articles 7 à 12 du statut de 1975 pour le limiter à un examen technique préliminaire, à une fonction de vérification. Selon lui, la CARU — une entité intergouvernementale, dont les organes «exécutifs» sont les délégations désignées par les deux Etats membres — favorisait la conciliation entre les parties, contribuant ainsi à mettre en œuvre le système de coopération établi dans le statut de 1975.

183. Pourtant, l'article 50 du statut de 1975 indique que la CARU «jouit de la personnalité juridique dans l'accomplissement de ses fonctions», et que les parties «lui attribuent les ressources nécessaires, ainsi que tous les éléments et facilités indispensables à son fonctionnement». La CARU est donc dotée d'une personnalité juridique, comme la Cour l'a à juste titre relevé dans le présent arrêt (par. 87). Dans un rapport de 1987, dans lequel un ancien président de la CARU (issu de la délégation argentine) analyse les compétences de cet organe et la mesure dans laquelle elles sont exercées (dans le cadre de sa sous-commission des questions juridiques et institutionnelles), il est dit que l'article 7 du statut

«[r]end la notification de la CARU obligatoire pour chaque partie envisageant de construire de nouveaux chenaux, modifier ou transformer, de manière importante, des chenaux existants ou réaliser de quelconques autres ouvrages d'envergure suffisante pour avoir un impact sur la navigation, le régime du fleuve ou la *qualité de ses eaux, de façon à ce que la CARU se prononce en première instance*»¹⁷⁷.

184. Le statut de 1975 confère aussi à la CARU le pouvoir de conclure des accords avec les deux parties pour réglementer les «privileges et immunités reconnus à ses membres et à son personnel par la pratique internationale» (art. 54), et pour établir «les organes subsidiaires qu'elle juge nécessaires» (art. 52). Ainsi, outre ses fonctions de conciliation et de coordination, la CARU a également ces fonctions d'encadrement, de contrôle technique et de réglementation. De plus, la procédure de conciliation de la

¹⁷³ Article 7 du statut de 1975 — «détermine».

¹⁷⁴ Aux termes du deuxième paragraphe: «S'il en est *ainsi décidé* ou si une *décision* [*decisión* en espagnol] n'intervient pas à cet égard, la partie intéressée notifie le projet à l'autre partie par l'intermédiaire de la Commission.»

¹⁷⁵ Mémoire de l'Argentine, par. 3.66-3.70; réplique de l'Argentine, par. 1.158-1.160.

¹⁷⁶ Contre-mémoire de l'Uruguay, par. 2.189-2.205; voir aussi vol. IV, annexes 82 et 84.

¹⁷⁷ *Ibid.*, vol. IV, annexe 85; les italiques sont de moi.

CARU est posée comme une obligation (art. 58-59). Ses mesures de coordination et sa participation au régime de consultation font de la CARU l'*instance* idéale au sein de laquelle les parties peuvent présenter et exposer leurs différends et désaccords, sans avoir à s'adresser directement à d'autres instances, comme la Cour, pour régler leurs différends.

185. L'Uruguay a cru bon d'annexer à son contre-mémoire le procès-verbal d'une réunion technique et juridique (*Encuentro Técnico-Jurídico*) qui a eu lieu au siège de la CARU les 17 et 18 septembre 1987¹⁷⁸. Dans ce document, il est reconnu à plusieurs reprises que celle-ci jouit d'une personnalité juridique propre¹⁷⁹, distincte et indépendante de celle des deux Etats parties — au statut de 1975 — qui l'ont créée¹⁸⁰. Sa capacité juridique est également reconnue¹⁸¹. Lors de cette réunion, les commissions fluviales furent également envisagées dans une perspective comparative; ainsi, un spécialiste éminent, Julio Barberis (que l'Argentine et l'Uruguay ont tous deux cité en l'espèce), déclara à cette occasion, le 18 septembre 1987, qu'il existait différents systèmes de coopération entre Etats riverains, allant de contacts directs entre les ministères des affaires étrangères ou d'autres entités des Etats concernés jusqu'à la création de commissions internationales fluviales dont chacune opérait de même selon ses caractéristiques propres¹⁸².

¹⁷⁸ Contre-mémoire de l'Uruguay, vol. IV, annexe 72.

¹⁷⁹ CARU, *Encuentro Técnico-Jurídico Realizado en la Sede de CARU*, 17 et 18 septembre 1987, p. 16, 39 et 44-45.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 44.

¹⁸¹ Voir *ibid.*, p. 35.

¹⁸² Ainsi que J. Barberis le déclara lui-même, lors de ce symposium de 1987 à la CARU:

«Entre las diversas instituciones o sistemas de cooperación que los Estados crean para realizar aprovechamientos hidráulicos, se encuentran las Comisiones Fluviales Internacionales, como las del Rhin y del Danubio. Estas organizaciones poseen una determinada personalidad jurídica internacional. Pero ... el sistema de la Cuenca del Plata instituido por el Tratado de Brasilia carece de personalidad jurídica internacional... El establecimiento de Comisiones Fluviales Internacionales es sólo una forma o modo de cooperar entre los Estados, entre varias otras posibles, para llevar a cabo un aprovechamiento hidráulico. Sin embargo, conviene añadir que la técnica de crear Comisiones Fluviales Internacionales es una forma utilizada con frecuencia y desde antiguo por los Estados, y que, justamente, la primera organización internacional fue una Comisión Fluvial: la Comisión del Rhin, creada en 1804 mediante un tratado entre Francia y el Sacro Imperio.» (*Ibid.*, p. 64.)

«Parmi les divers institutions ou systèmes de coopération que les Etats mettent en place pour réaliser des aménagements hydrauliques figurent les commissions fluviales internationales comme celles du Rhin et du Danube. Ces organisations possèdent une personnalité juridique internationale déterminée. Mais... le système du bassin de la Plata institué par le traité de Brasilia est dépourvu d'une telle personnalité... La mise en place de commissions fluviales internationales n'est qu'un mode de coopération parmi d'autres permettant aux Etats de réaliser des aménagements hydrauliques. Il convient toutefois d'ajouter que les Etats l'utilisent fréquemment et depuis longtemps, et que la première organisation internationale fut précisément une commission fluviale, la Commission du Rhin, créée en 1804 par un traité conclu entre la France et le Saint-Empire.» (*Ibid.*, p. 64.)

186. Le statut de 1975 a donc établi, au-delà d'une stricte coopération bilatérale directe entre les deux Etats concernés, un cadre institutionnel pour la mise en œuvre de ses dispositions. Dans le présent arrêt en l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a fait observer que, «comme toute organisation internationale dotée de la personnalité juridique, la CARU est habilitée à exercer les compétences qui lui sont reconnues par le statut de 1975 et qui sont nécessaires à la réalisation de l'objet et du but de celui-ci»; la nouveauté en l'espèce — a ajouté la Cour — est que cela s'applique aussi, lorsque sont mis en œuvre les intérêts communs des Etats parties, à des organisations qui, «comme la CARU, ne comportent que deux Etats membres» (par. 89).

187. Il est, à mon sens, très difficile de concilier cette reconnaissance par la Cour de la personnalité juridique de la CARU (par. 87 et 89) avec l'indulgence dont elle fait preuve à l'égard de l'«arrangement» adopté par les parties lors de la réunion ministérielle du 2 mars 2004 (par. 131). Ainsi qu'exposé dans la section suivante (XIII) de la présente opinion individuelle, cet «arrangement» ne respecte pas le principe de précaution. En outre, une procédure était prévue aux articles 7 à 12 du statut de 1975, et les parties devaient s'y tenir. La Cour n'aurait pas dû, au paragraphe 131 du présent arrêt, céder à la volonté des Etats, la procédure établie par le statut (aux articles 7 et 8 et 10 à 12) étant obligatoire (présent injonctif) et non facultative.

188. Aucune disposition du statut du fleuve Uruguay de 1975, considéré par la Cour comme le droit applicable en l'espèce, ne pouvait amener les Parties — l'Uruguay et l'Argentine — à s'estimer autorisées à passer un «arrangement», comme elles l'ont fait, en contournant la procédure prévue dans le statut de 1975. Dès lors, ledit statut n'autorisait pas davantage la Cour à postuler, comme elle l'a fait, que les Parties étaient «habilitées à s'écarter» de la procédure dictée par le statut (par. 128); la CARU était incontournable.

189. Qui plus est, le caractère obligatoire de la procédure prévue dans le statut ressort clairement de la conclusion de la Cour (par. 266) selon laquelle les deux Parties sont tenues de veiller à ce que la CARU «puisse continûment exercer les pouvoirs que lui confère le statut», et «de poursuivre leur coopération par l'intermédiaire de la CARU et de permettre à cette dernière de développer les moyens nécessaires à la promotion de l'utilisation équitable du fleuve, tout en protégeant le milieu aquatique» (*ibid.*). Ces obligations continues viennent s'ajouter à leur obligation initiale, prescrite par le statut de 1975, d'informer l'autre partie via la CARU avant d'autoriser la construction ou la mise en service d'ouvrages, une obligation qui est «essentielle dans le processus qui doit mener les parties à se concerter pour évaluer les risques du projet et négocier les modifications éventuelles susceptibles de les éliminer ou d'en limiter au minimum les effets» (par. 115), pour parer ainsi aux «préjudices éventuels» (par. 113).

190. Pour être dotée de la personnalité juridique, une organisation internationale (quel que soit le nombre de ses Etats membres) doit néces-

sairement satisfaire à certaines conditions préalables objectives avant de pouvoir exister comme telle, et commencer à exercer ses fonctions. L'organisation en question doit avoir été créée d'un commun accord par les Etats concernés, être composée d'organes permanents lui permettant d'exprimer ses propres vues (qui ne coïncideront pas toujours avec celles des Etats membres particuliers la composant) et avoir ses propres objectifs, qu'elle devra réaliser précisément en exerçant scrupuleusement ses fonctions. Tel est le cas de la CARU, une entité internationale qui sort du cadre strictement interétatique.

XIII. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX EN TANT QUE SUBSTRAT DE L'ORDRE JURIDIQUE LUI-MÊME

191. Les principes généraux de droit ont donc inspiré non seulement l'interprétation et l'application des normes juridiques, mais aussi leur élaboration même. Ils reflètent l'*opinio juris*, elle-même à la base de la création du droit. Ils se retrouvent tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. Ce sont des principes juridiques élémentaires qui constituent les fondements mêmes du système juridique et révèlent les valeurs et les fins ultimes de l'ordre juridique international, guidant celui-ci, le protégeant contre les incongruités de la pratique des Etats et répondant aux besoins de la communauté internationale¹⁸³.

192. Ces principes, en tant qu'ils expriment l'«idée de justice», ont une portée universelle, doivent être respectés par tous les Etats et assurent la cohésion du droit. Ils ne sont évidemment pas soumis à la «volonté» des sujets de droit, pas plus qu'à leur «accord» ou à leur consentement; ils touchent aux fondements de l'indispensable droit des gens. Au-dessus de la volonté des sujets de droit réside leur conscience, source ultime de tout droit.

193. Si des doutes sont exprimés quant au champ d'application des principes fondamentaux qui imprègnent l'ordre juridique international tout entier, il incombe au juriste de les dissiper et de ne pas les perpétuer, afin que le droit puisse jouer son rôle fondamental, à savoir faire prévaloir la justice dans le règlement des différends. Certes, ce sont les normes qui sont juridiquement contraignantes, mais, lorsqu'elles s'écartent des principes, leur application risque de donner lieu à des violations des droits en cause ainsi qu'à des distorsions et à des injustices, et à des violations de l'ordre juridique dont il s'agit lui-même.

194. Pour en revenir à la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, l'on peut à présent poser la question suivante: si le principe de précaution

¹⁸³ G. Cohen-Jonathan, «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme», *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 192-193.

avait été systématiquement respecté, cela aurait-il changé quoi que ce soit au contentieux aujourd'hui réglé par la Cour au moyen du présent arrêt? Ma réponse est oui, très certainement. Je reviendrai à cet égard sur l'attitude des deux Parties en litige et sur celle de la Cour elle-même. Si le principe de précaution avait été gardé à l'esprit, en tout temps, par les deux Etats concernés, y compris lors de la réunion ministérielle du 2 mars 2004 qui déboucha sur leur «arrangement» (consigné dans le procès-verbal de la CARU) examiné dans le présent arrêt (par. 125-131), cet «arrangement» — qui tendait d'une certaine façon à éviter ou court-circuiter la procédure établie aux articles 7 à 12 du statut de 1975 (en particulier à l'article 7) — n'aurait selon toute probabilité pas été conclu.

195. Cet «arrangement», qui faisait table rase de la procédure prévue dans le statut, a par la suite été source de nombreux malentendus entre l'Argentine et l'Uruguay. Si les deux Parties avaient depuis le départ gardé à l'esprit le principe de précaution, ce prétendu «arrangement» n'aurait certainement pas vu le jour, ce qui aurait permis de préserver l'intégrité du statut de 1975 et le régime qu'il prévoit pour protéger l'écosystème du fleuve Uruguay. Quoi qu'il en soit, peu après cet écart, l'Argentine et l'Uruguay ont saisi l'importance du principe de précaution et l'ont dûment invoqué — fût-ce pour l'interpréter différemment — au cours de la présente instance (voir *supra*).

196. Quant à l'attitude de la Cour elle-même, si celle-ci avait elle aussi toujours gardé le principe de précaution à l'esprit (ce qu'elle n'a pas fait), elle serait parvenue à une décision différente de celle qu'elle a prise le 13 juillet 2006 et aurait, selon toute probabilité, ordonné ou indiqué les mesures conservatoires demandées (qui seraient restées en vigueur jusqu'à ce jour du 20 avril 2010, date du prononcé du présent arrêt sur le fond de l'affaire). Elle aurait ainsi coupé court à toutes les discussions ultérieures et tensions inutiles concernant l'obligation dite de «non-construction», dont elle a également fait état dans le présent arrêt (par. 152-154). Cela montre amplement combien il importe, lorsqu'il s'agit de protéger l'environnement, de garder le principe de précaution à l'esprit en toutes circonstances.

197. Les principes fondamentaux sont réellement indispensables, ils constituent le *substrat* de l'ordre juridique lui-même, étant antérieurs et supérieurs à la volonté ou au consentement individuel des sujets de droit. Ils sont à la base du *jus necessarium*, tel qu'exposé par les pères fondateurs du droit international. A l'aube du XVII^e siècle déjà, Francisco Suárez, dans son *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), considérait le droit des gens comme «absolument nécessaire», puisque fondé sur «certains principes de conduite évidents» du droit naturel (par. 18), imposant à chacun de «vivre dans le droit chemin» afin de préserver «la paix et la justice», pour «le bien de tous» (par. 19). Selon la mise en garde qu'il formula avec lucidité et élégance (contre la faillibilité, l'égoïsme et la perfidie humains), tout ce qui touche au bien commun «doit se voir accorder un soin et un respect particuliers» parce que

«l'individu peine à discerner ce qui sert le bien commun et [que], de plus, son premier objectif est rarement la recherche de ce bien, d'où la nécessité pour les lois humaines de tenir compte de celui-ci en exposant les mesures appropriées et en prescrivant leur mise en œuvre» (par. 19)¹⁸⁴.

198. Ensuite, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, à l'ère des Lumières, Christian Wolff donna, dans son *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1764), son expression définitive au *jus necessarium*, notion là encore fondée sur le droit naturel, conférant au droit des gens la particularité d'être «nécessaire et immuable» (par. 4.6). Toutes les nations devaient ainsi «s'aider mutuellement à s'améliorer elles-mêmes» et à améliorer leur situation, et œuvrer «en conséquence à la promotion du bien commun» (par. 8). Un autre classique de l'époque traitant le *jus necessarium* est l'ouvrage de Vattel intitulé *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), dans lequel cette notion était rattachée à un droit des gens contenant des préceptes de droit naturel auxquels aucune nation ne pouvait se soustraire (par. 7-8).

199. Dans le monde totalement différent dans lequel nous vivons aujourd'hui, qui peut nier que la protection de l'environnement fait partie du *jus necessarium*? Qui peut nier que la survie même de l'humanité en dépend? Le monde a beaucoup changé — depuis l'époque de Suárez, de Wolff et de Vattel — mais la nécessité d'œuvrer en faveur du bien commun se fait sentir avec autant d'acuité aujourd'hui que par le passé. Le monde a beaucoup changé, mais l'être humain aspire toujours à améliorer son sort. C'est la conscience humaine qui a donné naissance au *jus necessarium* et qui l'a reconnu, poursuivant sa quête de vérité, de paix et de justice, compte tenu du lien inéluctable qui existe entre l'ordre juridique et l'ordre éthique.

200. Les principes fondamentaux sont consubstantiels à l'ordre juridique international lui-même, dans le cadre duquel ils expriment l'idée d'une «justice objective», propre au droit naturel (voir *supra*). Les principes de droit international éclairent l'interprétation et l'application du droit international dans son ensemble, ils participent de son substrat même, et constituent les fondements du système juridique international. Tout système juridique porte leur empreinte. Nul ne peut contester qu'ils demeurent d'actualité. Les principes du droit international sont essentiels à l'humanité dans sa quête de justice, et ils jouent un rôle crucial dans l'instauration d'un droit international proprement universel.

¹⁸⁴ F. Suárez, *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612), dont la traduction anglaise a été publiée dans la série *The Classics of International Law* (J. Brown Scott, dir. publ., 1944).

XIV. LA DIMENSION AXIOLOGIQUE DES *PRIMA PRINCIPIA*

201. Tout système juridique repose sur certains principes fondamentaux qui inspirent, imprègnent et façonnent ses normes. Ce sont les principes (étymologiquement dérivés du latin *principium*) qui, renvoyant aux causes, sources ou origines premières des normes et des règles, confèrent aux normes juridiques et au système juridique tout entier leur cohésion, leur cohérence et leur légitimité. Ce sont les principes généraux de droit (les *prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique; ce sont eux qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble et qui, en définitive, constituent ses fondements mêmes¹⁸⁵. C'est ainsi que je conçois la présence et la place des principes généraux au sein de tout ordre juridique, ainsi que leur rôle dans l'univers conceptuel du droit.

202. Les principes généraux de droit, dont les origines historiques peuvent être recherchées dans le droit romain, sont entrés dans la culture juridique et en sont venus à être liés à la conception même de l'Etat démocratique dans le cadre de la primauté du droit, principalement sous l'influence de la pensée illuministe. Malgré l'indifférence apparente des tenants du positivisme juridique (qui cherchent toujours la preuve d'une «reconnaissance» de ces principes dans l'ordre juridique positif) et l'attention moindre que leur accorde l'actuelle doctrine juridique réductionniste, nul ne pourra jamais s'en passer.

203. Des *prima principia* émanent les normes et les règles, qui prennent en eux leur véritable sens. Les principes généraux de droit se retrouvent donc aux origines du droit lui-même, et en révèlent les finalités légitimes: le bien commun (de tous les êtres humains, et non d'une collectivité abstraite), la réalisation de la justice (tant au niveau national qu'à l'échelle internationale) et le maintien de la paix. Contrairement à ceux qui tentent — selon moi en vain — de minimiser leur importance, je pense que, sans principes, il ne peut non plus véritablement y avoir de système juridique.

204. Les principes fondamentaux se sont précisés à mesure que le droit émergeait et se consolidait dans tous ses domaines, et dans toutes ses branches (droit constitutionnel, droit civil, droit de la procédure civile, droit pénal, droit de la procédure pénale, droit administratif, etc.). Tel fut le cas pour le droit international public lui-même, ainsi que pour certains de ses domaines (concernant la protection) — droit international de l'environnement, droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international des réfugiés, notamment —, et pour le droit pénal international, le droit de la mer, le droit relatif aux cours d'eau internationaux et le droit de l'espace, entre autres. Chaque domaine du droit, si circonscrit ou spécialisé soit-il, porte l'empreinte de ses principes fonda-

¹⁸⁵ Voir, en ce sens, l'avis consultatif n° 18 rendu le 17 septembre 2003 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la condition juridique et les droits des travailleurs immigrés, opinion individuelle de M. le juge A. A. Cançado Trindade, par. 44-58.

mentaux (voir *infra*), ce qui assure la cohésion et l'unité du système dans son ensemble. Il est question ici non pas de «fragmentation» (un terme extrêmement fâcheux qu'il convient assurément d'éviter et d'écarter), mais d'une expansion encourageante du droit international moderne, qui témoigne de la capacité de celui-ci à régler les relations non seulement entre les Etats, mais aussi à l'intérieur des Etats eux-mêmes.

205. Certains de ces principes fondamentaux sont propres à tel ou tel domaine du droit, d'autres sont omniprésents. C'est sous l'action de ces principes, dont certains régissent les relations mêmes entre les êtres humains et la puissance publique, qu'opère le *corpus* des normes juridiques (nationales ou internationales)¹⁸⁶. Ils éclairent la voie de la licéité et de la légitimité, d'où la nécessité constante de réaffirmer ou de rétablir, selon l'évolution de la notion de droit naturel, une certaine idée de la justice fondée sur les principes généraux de droit, à l'aune de laquelle le droit positif doit être apprécié. Ce renouveau perpétuel de la notion de droit naturel¹⁸⁷ — qui ne s'épuise jamais — a beaucoup contribué à l'affirmation et à la consolidation de la primauté, dans l'échelle des valeurs, des obligations propres aux régimes de protection (de la personne humaine et de l'environnement).

206. De nos jours, malheureusement, la grande majorité des juristes internationaux professent leur adhésion au positivisme juridique. Ceux qui le font tentent de nuancer leur position positiviste en lui greffant un adjectif: certains se targuent d'être des positivistes «modernes» ou «post-modernes» — quoi que cela puisse signifier —, ne se rendant apparemment pas compte que, en s'étiquetant ainsi, ils se condamnent à tomber rapidement en désuétude, distancés par l'implacable et impitoyable passage du temps. D'autres s'accrochent à des adjectifs différents et complaisants, comme pour tenter d'étouffer dans l'œuf tout sentiment de culpabilité que pourraient leur causer à l'avenir d'éventuelles injustices commises *de jure*. Pour paraphraser Isaiah Berlin, il est impératif de continuer de nager à contre-courant, de continuer à appliquer sans faillir les principes généraux de droit, en sus des règles pertinentes du droit positif.

XV. LES «PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT» TÉMOINS DU *STATUS CONSCIENTIAE* DE LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

207. Continuer de réduire les principes généraux de droit à ceux d'origine nationale correspond, à mon sens, à une conception statique des

¹⁸⁶ Comme les principes élémentaires de la justice et ceux concernant la primauté du droit, les droits de la défense, le droit au «juge naturel», l'indépendance de la justice, l'égalité de tous devant la loi et la séparation des pouvoirs, entre autres.

¹⁸⁷ Voir, par exemple, L. Le Fur, «La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, t. 18 (1927), p. 297-399; A. Truyol y Serra, «Théorie du droit international public — Cours général», *RCADI*, t. 183 (1981), p. 142-143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4^e éd. rev., Madrid, Tecnos, 1977, p. 69 et 105.

«sources» formelles du droit international, par rapport aux termes adoptés en 1920 à l'article 38 du Statut de la Cour permanente, comme s'il s'agissait d'un texte immuable et sacro-saint. La pensée juridique positiviste a toujours pâti de ce manque foncier de clairvoyance, dans le temps et dans l'espace; elle ne peut accompagner le droit international dans son évolution sans se heurter à des obstacles insurmontables (par exemple dans de nouvelles disciplines telles que le droit international de l'environnement, entre autres) et ne peut être porteuse d'universalisme. Ses limites sont regrettables, voire navrantes.

208. Il ressort de ce qui précède que la position tendant à restreindre les principes généraux de droit à ceux existant *in foro domestico* ne traduit qu'une seule conception (propre au positivisme analytique) qui prévalait il y a quatre-vingt-dix ans, et qui était contestée par d'éminents juristes de l'époque. Fort heureusement, elle n'a jamais fait l'unanimité. Je m'en félicite, car si chacun pense la même chose, la plupart — voire personne — ne pensent plus vraiment. Ceux qui ne voient les principes généraux de droit que dans le cadre de systèmes nationaux donnés (ou individuellement dans chacun d'entre eux) font non seulement du sur-place, mais aussi abstraction du facteur temps, et excluent tout progrès vers un droit international universel.

209. Les principes généraux de droit (*prima principia*) confèrent à l'ordre juridique lui-même — tant au niveau national qu'à l'échelle internationale — sa dimension inéluctablement axiologique (voir *supra*). Ce sont ces principes qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique tout entier et qui, en dernière analyse, constituent ses fondements mêmes. Ces principes fondamentaux se sont précisés à mesure que le droit émergeait et se consolidait dans tous ses domaines. Le droit international de l'environnement en est une bonne illustration.

210. Pouvons-nous, par exemple, concevoir le droit international de l'environnement sans les principes de prévention, de précaution et du développement durable, auxquels s'ajoute celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans le long terme? Absolument pas, selon moi. Pouvons-nous envisager le droit international des droits de l'homme sans garder à l'esprit les principes de l'humanité, de la dignité de la personne humaine et du caractère inaliénable, universel et indivisible des droits de l'homme? Certainement pas. Pouvons-nous concevoir le droit international humanitaire sans les principes de l'humanité, de la proportionnalité ou de la distinction¹⁸⁸? Assurément pas. Pouvons-nous appréhender le droit international des réfugiés sans tenir dûment compte des principes du non-refoulement et de l'humanité? Absolument pas.

211. Pouvons-nous envisager le droit pénal international sans le prin-

¹⁸⁸ Entre les combattants et la population civile — principe qui limite le choix des méthodes ou moyens de combat. En droit international humanitaire, par exemple, les conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles de 1977, essentiellement axés sur les victimes, reposent avant tout sur le principe cardinal de l'humanité, qui exige le respect de la personne humaine en toutes circonstances et en tous temps.

cipe de légalité¹⁸⁹ et la présomption d'innocence? Certainement pas. Pouvons-nous concevoir le droit de la mer sans tenir compte des principes de l'utilisation pacifique (de la mer), de l'égalité des droits (en haute mer), du règlement pacifique des différends¹⁹⁰, de la liberté de navigation et du passage inoffensif, du partage des revenus (de l'exploitation des minéraux marins), ou de la protection des mers pour les générations futures? Absolument pas. Pouvons-nous imaginer le droit relatif à l'espace extra-atmosphérique sans les principes de la non-appropriation, des utilisations et des fins pacifiques, de la liberté d'accès et de la recherche scientifique, ou encore du partage des revenus (de l'exploration spatiale)? Assurément pas.

212. Et les exemples abondent dans le même sens dans d'autres domaines également. Dès lors que les principes généraux sont négligés, abus et injustices sont inévitables. De mon point de vue, ces principes constituent une «source» formelle autonome du droit international qu'aucune juridiction internationale ne peut minimiser ni négliger. On ne saurait, pour en tenir dûment compte, se contenter de vérifier s'ils sont entrés dans le domaine du droit international par l'intermédiaire de la coutume ou des traités. Ces principes révèlent la dimension axiologique (*supra*) du droit applicable, en sus de témoigner du degré d'évolution du *status conscientiae* de la communauté internationale dans son ensemble.

213. Si nous parvenons à déceler, dans des us et coutumes passés, voire dans d'anciens systèmes juridiques, des manifestations culturelles liant des préoccupations environnementales à ces pratiques¹⁹¹, alors tant mieux, car il sera d'autant plus justifié d'appliquer ces principes à notre droit international de l'environnement en évolution constante pour répondre à ces préoccupations environnementales. J'ai déjà évoqué quatre affaires latino-américaines à fort contenu culturel (voir *supra*) tranchées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui montraient combien il importait de préserver l'identité culturelle (des peuples au sein de leur habitat naturel).

214. Mais qu'advient-il si un nouveau domaine du droit international fait soudainement son apparition, sans qu'il soit apparemment possible d'asseoir les principes naissant en la matière sur des manifestations culturelles, des us et coutumes ou des pratiques du passé? C'est ce qui s'est produit lorsque le droit relatif à l'espace extra-atmosphérique a vu le jour et s'est très rapidement développé à partir des années 1960. Il a alors vite fallu se mettre en quête des principes correspondants et les formuler. L'expansion actuelle et continue du champ d'application *ratione mate-*

¹⁸⁹ *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.*

¹⁹⁰ Et de l'équidistance et des circonstances spéciales (dans le cadre de la délimitation d'espaces maritimes).

¹⁹¹ Des préoccupations qui se retrouvent, par exemple, derrière les anciennes pratiques d'irrigation mises en œuvre dans différentes régions; voir *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, opinion individuelle de M. le juge C. G. Weeramantry, p. 97-111.

riae du droit international exige assurément que l'on prenne plus attentivement en considération les principes généraux, au lieu de les reléguer au second plan.

215. Pour rappeler deux exemples supplémentaires, parmi d'autres, qui concernent le système des Nations Unies d'une manière générale, l'Organisation internationale du Travail (OIT), poussée par des nécessités pratiques, a elle-même entrepris — pour orienter son activité en la matière — de recenser les principes et droits fondamentaux intéressant ses travaux dans une déclaration adoptée en juin 1998. Plus récemment, l'Unesco s'est elle aussi mise à élaborer sa déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, qu'elle a adoptée en 2005, et dans laquelle elle s'efforce en particulier d'identifier et d'énoncer les principes applicables dans cette nouvelle discipline. A mes yeux, les initiatives de cette nature visent à juste titre à façonner le *jus necessarium* dans les différents domaines de la connaissance juridique.

216. Les principes généraux de droit sont en fait constamment à l'étude dans le droit des Nations Unies. La Cour, qui est «l'organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte des Nations Unies), devrait selon moi leur prêter une attention plus grande dans l'exercice de sa fonction contentieuse. De mon point de vue, ces principes orientent l'interprétation et l'application des normes et des règles de notre ordre juridique, qu'elles soient coutumières, conventionnelles ou énoncées dans les résolutions des organisations internationales. Les principes généraux de droit peuvent également être utilisés pour déterminer l'*opinio juris* elle-même, en prenant cette dernière non pas au sens strict, comme un élément constitutif de la coutume, mais, plus généralement, comme une indication du *status conscientiae* des membres de la communauté internationale dans son ensemble.

217. Enfin, et ce n'est pas le moins important, il n'est guère étonnant que les partisans de l'approche volontaro-positiviste, qui ont toujours tenté de minimiser le rôle des principes généraux de droit, se soient toujours heurtés à ceux qui les défendent, en tant qu'ils découlent de l'idée d'une justice objective et guident l'interprétation et l'application des normes et des règles juridiques. Je suis de ceux-là. Ce sont les *principes* qui sont les mieux à même d'assurer la cohésion et l'intégrité du système juridique international dans son ensemble. Ils sont étroitement liés aux fondations mêmes du droit international, dont ils laissent présager la vocation universelle, au bénéfice de l'humanité. Ces principes émanent de la conscience humaine, de la conscience juridique universelle, «source» matérielle ultime de tout droit.

XVI. ÉPILOGUE

218. La Cour, dans le cadre du règlement pacifique des différends portés devant elle, est parfaitement habilitée à invoquer les principes généraux de droit (alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut) et

elle devrait le faire ; si, de plus, exerçant scrupuleusement les fonctions qui sont les siennes, elle veut non seulement régler les différends dont elle est saisie mais aussi favoriser, ce faisant, le développement progressif du droit international — comme elle le devrait à mes yeux —, elle devra faire bien plus grand cas de ces principes généraux, qui englobent sans nul doute les principes du droit international dans son ensemble, et les principes propres à des domaines particuliers de celui-ci.

219. Je ne vois absolument aucune raison, du point de vue épistémologique, de ne prendre en compte et de n'examiner des principes juridiques que si, et quand, ils relèvent du droit international coutumier ou conventionnel. La propension à agir ainsi, perceptible chez la plupart des auteurs contemporains, me semble relever d'un vice conceptuel. Les principes généraux de droit constituent une «source» formelle autonome du droit international, et ils orientent l'évolution du droit international coutumier et conventionnel. Le droit international moderne de l'environnement en témoigne. En la matière, la Cour ne devrait pas embrasser la tendance intellectuellement insatisfaisante d'une grande partie de la doctrine contemporaine qui consiste à privilégier les techniques juridiques au détriment des principes de droit. Elle devrait au contraire la rejeter, en faisant comme il faut la part belle aux principes juridiques.

220. Pour résumer, dans la présente affaire des *Usines de pâte à papier*, le droit applicable ne se limite pas au statut du fleuve Uruguay de 1975, mais comprend ce statut *ainsi que* les principes généraux de droit pertinents, y compris les principes du droit international de l'environnement. Ces derniers sont, entre autres, les principes de prévention, de précaution et du développement durable dans sa dimension temporelle, ainsi que celui de l'équité intergénérationnelle, qui s'inscrit nécessairement dans le long terme. La présente Cour, connue également comme la Cour mondiale, n'est pas une simple cour internationale chargée de dire le droit, c'est la Cour internationale de *Justice* et, en tant que telle, elle ne peut faire abstraction des *principes*.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.
