

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Les changements climatiques en tant que menace existentielle et problématique juridique — Traitement insuffisant du principe du « pollueur payeur » — Ambiguïté concernant le droit à un environnement propre, sain et durable — Nécessité de préciser davantage les conséquences juridiques — Nécessité d'établir des mécanismes d'indemnisation et des voies de recours équitables.

1. Les changements climatiques demeurent l'une des menaces existentielles les plus prégnantes pour notre planète. Il ne s'agit pas d'un problème éloigné ou abstrait ; les changements climatiques représentent une menace immédiate pour la survie même de nombreux États. Tous les États sont touchés, mais certains subissent des dommages tellement graves et irréversibles que leurs habitants sont de fait devenus des réfugiés sur leur propre territoire. L'urgence et la gravité de la situation exigent de la communauté internationale qu'elle agisse avec détermination et de manière coordonnée. Dans ce contexte, la communauté internationale s'est tournée vers la Cour pour qu'elle énonce avec autorité les principes juridiques applicables à cette crise. Je suis heureux que la Cour soit parvenue à une décision unanime dans cet avis consultatif. Bien que je souscrive au raisonnement de la Cour, et indépendamment de la déclaration que j'ai cosignée avec la juge Cleveland concernant les obligations des États pour ce qui est de la production de combustibles fossiles et de l'octroi de permis et de subventions à cette fin¹, j'entends mettre en exergue dans la présente opinion individuelle certains aspects de l'avis qui, à mon sens, méritent qu'on leur accorde une attention particulière.

2. Je tiens d'abord à revenir sur le principe du « pollueur payeur », une question à laquelle je m'intéresse de près depuis longtemps sous la perspective du droit national et international de l'environnement². Ce principe constitue à mes yeux un outil normatif essentiel pour faire face à la crise climatique mondiale. Or, il n'est mentionné que de façon incidente dans l'avis consultatif, où seuls deux brefs paragraphes lui sont consacrés³. Son applicabilité semble écartée dans l'avis au seul motif qu'il n'est pas expressément codifié dans les traités sur le climat existants. Cette analyse réductrice ne tient pas compte de l'ancrage normatif et jurisprudentiel renforcé du principe du « pollueur payeur » dans le droit international de l'environnement. Il est à noter que la Cour reconnaît ensuite que la responsabilité objective pourrait s'appliquer en cas de dommage lié à la pollution, confirmant ainsi de manière implicite la logique sous-jacente du principe du « pollueur payeur ». Il eût été préférable selon moi que l'avis consultatif s'appuie plus résolument sur ce principe, non seulement en tant que mécanisme de remédiation environnementale, mais aussi comme un moyen de veiller à ce que les responsables de dommages environnementaux en assument les conséquences financières et juridiques. En n'intégrant pas ce principe dans le cadre juridique de son avis, la Cour ne saisit pas l'occasion de renforcer le dispositif de responsabilisation essentiel à la lutte contre les changements climatiques.

3. En ce qui concerne le droit à un environnement propre, sain et durable, l'on ne voit pas bien si, en définitive, la Cour tient que ce droit existe en tant que norme distincte du droit international coutumier. Elle qualifie ce droit d'« inhérent » à la jouissance des autres droits de l'homme, ce qui, à mon sens, ne permet pas d'établir avec suffisamment de clarté son caractère normatif ou la nature

¹ Avis consultatif, déclaration commune de M. le juge Bhandari et de M^{me} la juge Cleveland.

² *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India and others*, 13 February 1996, (Indian) Supreme Court Cases, vol. 3, p. 212.

³ Avis consultatif, par. 159-160.

précise de son lien avec d'autres droits établis⁴. En outre, bien qu'un point y soit consacré dans l'avis⁵, ce droit n'est nullement mentionné dans les paragraphes concluant la section sur les obligations des États en vertu du droit international des droits de l'homme⁶. Cette omission contribue à un manque de clarté dans la position de la Cour. En tout état de cause, j'estime que la Cour reconnaît dans son avis l'existence de ce droit en droit international coutumier, sans pour autant déterminer son contenu normatif ou le distinguer de la proposition plus générale selon laquelle les changements climatiques compromettent la jouissance de divers droits de l'homme.

4. La dernière partie de la présente opinion porte sur la question des conséquences juridiques. Selon moi, la Cour aurait pu se montrer plus précise dans la section consacrée aux conséquences juridiques. Au lieu d'énoncer des propositions générales et abstraites — à l'image de la déclaration selon laquelle, « dans certaines circonstances, un État responsable peut être tenu d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées »⁷ —, la Cour aurait dû citer des exemples plus concrets de conséquences juridiques en cas de violations établies.

5. Ainsi, la Cour aurait pu déclarer que, compte tenu du consensus scientifique sur le lien de causalité entre les émissions de gaz à effet de serre (GES) et les changements climatiques, la cessation devrait probablement se traduire par l'arrêt des pratiques qui contribuent directement aux émissions de GES (comme l'extraction de combustibles fossiles, les processus industriels à forte intensité d'émissions et les subventions à la production et à la consommation de combustibles fossiles) et par l'adoption de politiques contribuant à des réductions importantes et immédiates des émissions de GES.

6. Par ailleurs, bien que certains participants aient fait valoir que la restitution se révélerait probablement impossible dans le contexte des changements climatiques — en raison de l'ampleur et de la nature irréversible d'une grande partie des dommages —, il est concevable que, dans certaines circonstances, le rétablissement de la situation antérieure soit possible en principe. La Cour elle-même a reconnu que, en cas de dommages environnementaux, « des mesures de restauration active p[ouvai]ent être requises afin de rétablir, autant que possible, l'environnement en son état d'origine »⁸. La Cour aurait dès lors pu aller plus loin et dire que la restitution peut englober des mesures visant à protéger, préserver et améliorer la capacité d'absorption des réservoirs et puits de GES, à reconstruire les infrastructures endommagées ou détruites, à restaurer les habitats terrestres et marins, à réhabiliter les écosystèmes et la biodiversité, et, lorsque c'est possible, à restituer les biens ou territoires perdus.

7. De plus, la Cour aurait dû conclure que la restitution doit inclure, le cas échéant, le maintien de la reconnaissance par tous les États des droits maritimes et des droits souverains des États qui pâtissent de l'élévation du niveau de la mer, notamment dans les cas où leur territoire se retrouve submergé ou menacé d'une autre manière. Cette conception de la restitution concorde avec le commentaire de l'article 35 du projet d'articles de la Commission du droit international (ci-après, la « CDI ») sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après, le « projet d'articles sur la responsabilité de l'État »), dans lequel la restitution est définie comme recouvrant « toutes les mesures que doit prendre l'État responsable pour rétablir la situation qui existait avant

⁴ *Ibid.*, par. 393.

⁵ *Ibid.*, par. 387-393.

⁶ *Ibid.*, par. 403-404.

⁷ *Ibid.*, par. 448.

⁸ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 28- 29, par. 42- 43.*

son fait internationalement illicite »⁹. Bien que la Cour ait abordé les considérations liées au maintien de la condition étatique des États touchés en réponse à la question a), elle aurait également dû examiner ce point en réponse à la question b), qui a trait aux conséquences juridiques de manquements aux obligations déterminées en réponse à la question a). La notion de restitution aurait pu également couvrir le rétablissement des droits des peuples autochtones à leurs terres, territoires et ressources subissant les effets négatifs des changements climatiques.

8. En outre, au regard de la jurisprudence de la Cour, dans les cas où l'étendue précise des dommages ne peut être pleinement déterminée, une indemnisation peut, à titre exceptionnel, être accordée sous la forme d'une somme globale, dans la limite des possibilités établies par les éléments de preuve et compte tenu de considérations d'équité¹⁰. Ces considérations d'équité sont particulièrement pertinentes dans le contexte des changements climatiques, étant donné que les petits États insulaires en développement et les autres États qui ont le moins contribué aux causes des changements climatiques en subissent souvent les effets de manière disproportionnée. Dans ce cadre, la Cour aurait pu aller plus loin dans son avis en recommandant, entre autres, la mise en place de mécanismes tels que des commissions des réclamations chargées de traiter de manière systématique les nombreuses réclamations qui pourraient être présentées. Bien que la Cour n'ait pas proposé de tels mécanismes, je suggère que l'Assemblée générale forme le dessein de les établir, étant donné qu'ils relèvent de sa compétence et qu'ils sont compatibles avec le cadre juridique plus général exposé dans l'avis consultatif. Dans le même ordre d'idée, il est impératif d'établir un fonds spécial sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, auquel les États développés et plus aisés devraient être encouragés à contribuer généreusement. Un tel fonds pourrait jouer un rôle capital, en ce qu'il permettrait de financer des initiatives équitables et efficaces face aux défis que représentent les changements climatiques à l'échelle mondiale.

9. Par ailleurs, la Cour n'aborde que brièvement et de façon abstraite la notion de satisfaction. À mon sens, elle aurait pu envisager des formes particulières de satisfaction, telles que la reconnaissance d'États et de communautés en tant que victimes des changements climatiques, ainsi que des commémorations et des hommages à celles-ci. La CDI, dans son commentaire de l'article 37 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, a également estimé qu'un fonds fiduciaire pour gérer l'indemnisation dans l'intérêt des bénéficiaires ou l'octroi de dommages et intérêts symboliques pour préjudice non pécuniaire pouvaient constituer des formes de satisfaction¹¹.

10. Cet avis consultatif ne clôt pas le débat sur le droit international relatif aux changements climatiques, d'autant que la fonction consultative n'a pas vocation à définir de manière exhaustive et en des termes concrets l'ensemble des obligations en la matière. Il marque toutefois un véritable tournant sur le plan juridique — il pourra orienter et élever le débat juridique international sur la responsabilité climatique. L'avenir de notre planète — notre *Bhūmi Devi* (notre mère la Terre), qui est à l'origine de toute vie et nous nourrit tous — est au cœur de cet avis. Lorsqu'elle est blessée, c'est l'humanité et la nature tout entières qui en souffrent. Cet enjeu universel explique à la fois l'importance de cet avis et l'attention considérable qu'il suscite à juste titre.

(Signé) Dalveer BHANDARI.

⁹ CDI, projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 104, paragraphe 5 du commentaire de l'article 35.

¹⁰ Voir, par exemple, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2018 (I), p. 26-27, par. 35 ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 337, par. 33.

¹¹ CDI, projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 114, paragraphe 5 du commentaire de l'article 37.