

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WEERAMANTRY,  
VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

INTRODUCTION

Riche est l'éventail de questions de droit liées à l'environnement que soulève la présente affaire. Il est essentiel d'examiner certaines d'entre elles afin d'expliquer les raisons pour lesquelles j'ai voté comme je l'ai fait lorsque cette décision très difficile a été prise. Je voudrais présenter certaines observations, en plus de celles de la Cour, sur trois aspects particuliers: le rôle que joue le principe du développement durable pour concilier les exigences rivales du développement et de la protection de l'environnement; la protection de la Hongrie par ce que j'appellerais le principe de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement; et l'opportunité de recourir à des principes juridiques applicables *inter partes*, par exemple l'*estoppel*, pour résoudre des problèmes qui présentent un caractère *erga omnes*, par exemple le dommage causé à l'environnement.

A. LE CONCEPT DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Si l'éventualité d'un dommage causé à l'environnement avait été la seule considération à prendre en compte en l'espèce, les moyens invoqués par la Hongrie auraient bien pu s'avérer déterminants.

Il y a cependant d'autres facteurs à faire entrer en ligne de compte et celui du développement n'est pas le moindre car le projet de Gabčíkovo est important à cet égard pour la Slovaquie. La Cour doit maintenir l'équilibre entre les considérations relatives à l'environnement et celles relatives au développement invoquées par les Parties respectivement. Le principe qui permet à la Cour d'y parvenir est celui du développement durable.

La Cour l'a qualifié de concept au paragraphe 140 de son arrêt. J'estime cependant qu'il est davantage qu'un simple concept, c'est un principe de valeur normative, crucial pour statuer en l'espèce. Sans l'aide des perspectives qu'il apporte, il aurait été difficile de résoudre les problèmes que soulève la présente affaire.

Étant donné que le développement durable est un principe fondamental pour statuer sur les considérations en présence en l'espèce et qu'il semble destiné à l'avenir — bien qu'il n'ait attiré l'attention que récemment dans la doctrine du droit international — à jouer un rôle de premier plan dans la solution d'importants différends relatifs à l'environnement, il appelle un examen assez détaillé. De plus, c'est la première fois qu'il retient l'attention dans la jurisprudence de la Cour.

Quand on planifie et réalise un projet de grande ampleur, tel que celui dont il s'agit en la présente espèce, il faut toujours apprécier le poids respectif des considérations relatives au développement et de celles relatives à l'environnement, car les fondements sur lesquels elles reposent en droit — le droit au développement et le droit à la protection de l'environnement — sont d'importants principes du droit international actuel.

Nous sommes en l'espèce en présence d'un projet qui, même dans la forme atténuée sous laquelle il subsiste aujourd'hui, est important pour la prospérité de la Slovaquie et de son peuple, qui ont déjà grevé leurs propres ressources et celles de l'Etat prédécesseur à hauteur de plus de 2 milliards de dollars afin d'obtenir les avantages qui en découlent. La Slovaquie, de fait, soutient que la mise en œuvre du projet améliorera l'environnement en ce qu'elle aidera à arrêter l'érosion du lit du fleuve, et que le projet assurera une protection efficace contre les crues. De plus la Slovaquie manque traditionnellement d'électricité et le courant produit devrait être très utile pour son développement économique. Qui plus est, si le projet est bloqué net, des ouvrages considérables édifiés à grands frais, même avant le rejet du traité, resteront inutilisés et improductifs et poseront par eux-mêmes un problème sur le plan de l'économie et de l'environnement.

La Hongrie allègue, elle, en revanche que le projet entraîne ou entraînera probablement une grande variété de préjudices écologiques, notamment des dommages à la faune et à la flore des rives du fleuve ainsi qu'au frai des poissons, la détérioration de la qualité des eaux de surface, l'eutrophisation, la dégradation du régime des eaux souterraines, de l'agriculture, des forêts et du sol, la détérioration de la qualité des réserves d'eau potable et la sédimentation. La Hongrie prétend que nombre de ces dangers se sont déjà réalisés et qu'il s'en manifestera davantage si l'exploitation du projet continue. Chacun de ces dangers est examiné et expliqué avec beaucoup de détails dans les documents présentés à la Cour.

Comment aborder ces considérations? Abandonne-t-on le projet complètement par crainte de subir les conséquences que l'on vient d'énumérer? Le mène-t-on à terme à cause des avantages qu'il apporte au pays, sans tenir compte des dommages à l'environnement qui ont été évoqués? Ou garde-t-on un cap intermédiaire en tenant compte comme il se doit de ces deux considérations, mais en faisant preuve d'une vigilance constante à l'égard des atteintes à l'environnement?

Il est clair que l'on doit suivre un principe qui tienne dûment compte des deux considérations. Un tel principe existe-t-il et s'impose-t-il à la reconnaissance en droit international? Il faut, je crois, répondre aux deux questions par l'affirmative. Ce principe est celui du développement durable et, selon moi, il fait partie intégrante du droit international moderne. Il revêt manifestement la plus grande importance, à la fois dans la présente affaire et de façon plus générale.

De plus, je ferais observer que les deux Parties sont d'accord sur

l'applicabilité du principe du développement durable en l'espèce. Ainsi la Hongrie déclare-t-elle dans ses écritures :

«La Hongrie et la Slovaquie admettent toutes deux que le principe du développement durable, tel qu'il est formulé dans le rapport Brundtland, la déclaration de Rio et action 21, est applicable au présent différend...

Le droit international en matière de développement durable est maintenant suffisamment bien établi et les deux Parties semblent en convenir.» (Réplique de la Hongrie, par. 1.45, 1.47.)

La Slovaquie déclare, elle, que : «la notion de développement durable est liée au principe que les besoins du développement doivent être pris en compte lors de l'interprétation et de l'application des obligations en matière d'environnement» (contre-mémoire de la Slovaquie, par. 9.53; voir aussi par. 9.54-9.59).

Les Parties ne semblent pas être en désaccord sur l'existence du principe, mais plutôt sur la manière dont il doit être appliqué aux faits de l'espèce (réplique de la Hongrie, par. 1.45).

Le problème qui consiste à tenir le cap entre les besoins du développement et la nécessité de protéger l'environnement se pose à la fois dans le droit du développement et dans celui de l'environnement. Ces deux domaines vitaux et en plein développement du droit requièrent et même admettent l'existence d'un principe qui harmonise ces deux impératifs.

Juger qu'aucun principe juridique de ce genre n'existe, c'est juger que le droit actuel reconnaît la juxtaposition de deux principes susceptibles d'entrer en conflit, sans fournir le principe sur lequel on aurait besoin de se fonder pour les concilier. Supposer que le droit sanctionne un tel état d'anarchie normative est une proposition qu'on ne saurait retenir, qui suffit à condamner une hypothèse aboutissant à des résultats si peu satisfaisants.

On ne peut pas lâcher la bride à chaque principe, sans tenir compte de l'autre. Le droit inclut nécessairement en lui-même le principe de conciliation. Ce principe est celui du développement durable.

La présente affaire donne une occasion unique d'appliquer ce principe, car elle a à son origine un traité qui avait pour but le développement et qui a été rendu inopérant à cause de désaccords sur des considérations relatives à l'environnement.

Les peuples de la Hongrie et de la Slovaquie ont tous deux droit au développement pour favoriser leur bonheur et leur prospérité. De même ils ont tous deux droit à la sauvegarde du droit de l'homme qu'est pour eux la protection de leur environnement. La Cour a déjà examiné d'autres affaires qui posaient des questions relatives à l'environnement dans le contexte de pollutions d'autres origines, par exemple des explosions nucléaires, bien éloignées des projets de développement. Ainsi la présente affaire fait-elle porter l'attention, comme aucune autre affaire antérieure dans la jurisprudence de la Cour, sur la question de l'harmonisation des concepts du développement et de la protection de l'environnement.

a) *Le développement en tant que principe du droit international*

L'article premier de la déclaration sur le droit au développement de 1986, affirme que: «le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme». Cette déclaration a recueilli l'appui massif de la communauté internationale<sup>1</sup> et son poids s'est renforcé depuis lors<sup>2</sup>. Le principe 3 de la déclaration de Rio de 1992 a réaffirmé la nécessité de réaliser le droit au développement.

Bien entendu, le «développement» signifie le développement non pas seulement pour lui-même et les gains économiques qu'il engendre, mais pour la valeur qu'il a parce qu'il accroît la somme de bonheur et de bien-être des êtres humains<sup>3</sup>. Tel est, pourrait-on peut-être dire, le premier principe du droit relatif au développement.

Pour améliorer la somme de bonheur et de bien-être des êtres humains, il importe et il est inévitable que des projets de développement de diverses sortes, petits ou grands, soient lancés périodiquement dans toutes les parties du monde.

b) *La protection de l'environnement en tant que principe du droit international*

La protection de l'environnement est, elle aussi, un élément essentiel de la doctrine contemporaine des droits de l'homme, car elle est une condition *sine qua non* de nombre de droits de l'homme, tels que le droit à la

<sup>1</sup> Cent quarante-six voix pour, une voix contre.

<sup>2</sup> Bien des années avant la déclaration de 1986 ce droit avait reçu un soutien énergique dans le domaine des droits de l'homme. Dès 1972, à la troisième session de l'Institut international des droits de l'homme, M. Kéba Mbaye, président de la Cour suprême du Sénégal, qui devint plus tard Vice-Président de la Cour internationale de Justice, a soutenu avec vigueur l'existence d'un tel droit. Il a fait valoir des arguments détaillés à l'appui de cette affirmation du point de vue économique, politique et moral (voir K. Mbaye, «Le droit au développement comme un droit de l'homme», *Revue des droits de l'homme*, 1972, vol. 5, p. 503).

Il n'a pas non plus manqué de voix influentes à l'appui de ce principe dans le monde développé lui aussi. Pour suivre la genèse de cette idée, on peut même remonter jusqu'aux moments de la conception de la déclaration universelle des droits de l'homme en 1948.

M<sup>me</sup> Eleanor Roosevelt, qui a exercé de 1946 à 1952 les fonctions de représentant principal des Etats-Unis à la Troisième Commission (questions sociales, humanitaires et culturelles) et fut, de 1946 à 1951, le premier président de la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, a fait observer en 1947: «Nous ne devons pas oublier que nous écrivons une déclaration des droits pour le monde entier et que l'un des droits les plus importants est la possibilité du développement.» (M. Glen Johnson, «The Contribution of Eleanor and Franklin Roosevelt to the Development of the International Protection for Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 1987, vol. 9, p. 19, citant la chronique de M<sup>me</sup> Roosevelt, «My Day», 6 février 1947.)

La résolution 642 (VII) de l'Assemblée générale de 1952 s'est référée de même en termes exprès au «développement économique et social intégré».

<sup>3</sup> Aux termes du préambule de la déclaration sur le droit au développement de 1986, le développement est un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent.

santé et le droit à la vie lui-même. Il n'est guère nécessaire de développer cette question, car les dommages causés à l'environnement peuvent compromettre et saper tous les droits de l'homme dont parlent la déclaration universelle et les autres actes consacrant de tels droits.

Ainsi, au droit qu'ont tous les peuples d'entreprendre des projets de développement et de profiter des bienfaits qui en découlent correspond une obligation de veiller à ce que ces projets ne causent pas de dommages significatifs à l'environnement.

c) *Le développement durable en tant que principe du droit international*

Après les formulations initiales du concept du développement, on a reconnu que le développement ne pouvait pas être poursuivi jusqu'au point où il entraînait un dommage grave pour l'environnement dans lequel il devait se produire. Le développement ne peut donc être poursuivi qu'en harmonie avec les exigences raisonnables de la protection de l'environnement. Quant à savoir si le développement est durable compte tenu de son effet sur l'environnement, il s'agit là, à l'évidence, d'une question qui appelle une réponse dans le contexte de la situation particulière envisagée.

Correctement formulé, le droit au développement n'existe donc pas en un sens absolu, mais reste toujours relatif par rapport à ce que l'environnement tolère. Ainsi précisé, le droit au développement fait clairement partie du droit international moderne. On l'appelle de façon concise le développement durable.

On peut retrouver les origines du concept du développement durable en remontant, au-delà de la conférence de Stockholm de 1972, jusqu'à des événements tels que la réunion d'experts de Founex en Suisse en juin 1971<sup>4</sup>, la conférence sur l'environnement et le développement de Canberra de 1971 et la résolution 2849 (XXVI) de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Un élan puissant lui a été imprimé par la déclaration de Stockholm, dont le principe 11 souligne que le développement est essentiel et que, dans sa mise en œuvre, il est fondamental de tenir compte des considérations relatives à l'environnement. De plus, nombre d'autres principes de cette déclaration<sup>5</sup> établissent un cadre pour formuler le concept du développement durable<sup>6</sup> et plus du tiers de la déclaration a pour objet l'harmonisation de la protection de l'environnement et du développement<sup>7</sup>. La conférence de Stockholm a produit aussi un plan d'action pour l'environnement<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Voir *Sustainable Development and International Law*, Winfried Lang (dir. publ.), 1995, p. 143.

<sup>5</sup> Par exemple, les principes 2, 3, 4, 5, 8, 9, 12, 13 et 14.

<sup>6</sup> Ces principes semblent être fondés dans une large mesure sur le rapport de Founex (voir *Sustainable Development and International Law*, Winfried Lang (dir. publ.), *supra*, p. 144).

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Plan d'action pour l'environnement, Nations Unies, doc. A/CONF.48/14/Rev. 1; voir en particulier le chapitre II, dont la section finale est consacrée au développement et à l'environnement.

Ainsi la communauté internationale a-t-elle été rendue sensible à cette question dès le début des années soixante-dix; on ne doit donc pas s'étonner que le traité de 1977 ait fait une mention spéciale des considérations relatives à l'environnement à ses articles 15 et 19. Les deux parties au traité ont reconnu la nécessité d'un processus de développement qui fût en harmonie avec l'environnement et elles ont introduit dans le traité un élément dynamique permettant de maintenir le projet conjoint en accord avec les principes de droit international en voie d'évolution.

Depuis lors, le développement durable a bénéficié d'un soutien considérable de la part de toutes les sections de la communauté internationale et à tous les niveaux.

Le concept jouit donc d'une reconnaissance ample et générale, que ce soit dans le domaine des traités multilatéraux<sup>9</sup>; des déclarations internationales<sup>10</sup>; des actes fondateurs d'organisations internationales<sup>11</sup>; de la pratique des institutions financières internationales<sup>12</sup>; des déclarations et des documents de planification de caractère régional<sup>13</sup>; ou de la pratique des Etats<sup>14</sup>. La déclaration ministérielle de Bergen sur le développement

<sup>9</sup> Par exemple, la convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, 1994, préambule, art. 9, par. 1; la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, de 1992 (*Revue générale de droit international public*, t. 96, 1992, p. 925, art. 2 et 3), et la convention sur la diversité biologique (*ibid.*, p. 952, préambule, art. 1 et 10: «utilisation durable de la diversité biologique»).

<sup>10</sup> Par exemple, la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, de 1992, qui met l'accent sur le développement durable dans plusieurs de ses principes (les principes 4, 5, 7, 8, 9, 20, 21, 22, 24 et 27 se réfèrent notamment en termes exprès au «développement durable», que l'on peut qualifier de concept central de l'acte tout entier), et la déclaration de Copenhague de 1995 (par. 6 et 8), qui a fait suite au sommet mondial de Copenhague de 1995 pour le développement social.

<sup>11</sup> Par exemple, l'accord de libre-échange nord-américain (Canada, Mexique, Etats-Unis) (ALENA, préambule, *ILM*, 1993, vol. XXXII, p. 289); l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (l'alinéa 1 du préambule de l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce parle de «l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable»), *Revue générale de droit international public*, t. 98, 1994, p. 803; et l'Union européenne (article 2 du traité).

<sup>12</sup> Par exemple, le groupe de la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement, la Banque africaine de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement souscrivent tous au principe du développement durable. De fait, depuis 1993, la Banque mondiale organise une conférence annuelle visant à promouvoir le développement écologiquement rationnel et durable (ESSD).

<sup>13</sup> Par exemple, la déclaration de Langkawi sur l'environnement, de 1989, adoptée par les «chefs de gouvernement du Commonwealth représentant un quart de la population mondiale», qui a retenu le «développement durable» comme thème central; la déclaration ministérielle sur un développement écologiquement rationnel et durable en Asie et dans le Pacifique, Bangkok, 1990 (doc. 38a, p. 567), et le plan d'action pour la protection et la gestion de l'environnement marin et côtier de la région des mers du sud asiatique, 1983 (par. 10: «un développement durable sans danger pour l'environnement»).

<sup>14</sup> Par exemple, en 1990, la déclaration de Dublin du Conseil européen sur les impératifs de l'environnement indique qu'il faut intensifier les efforts pour garantir que le développement économique de la Communauté soit «durable, sans danger pour l'environ-

durable, du 15 mai 1990, de la Commission économique pour l'Europe, issue d'une réunion de ministres de trente-quatre pays de la région relevant de la Commission, et du commissaire pour l'environnement de la Communauté européenne, a examiné «le défi du développement durable de l'humanité» (par. 6); elle a préparé le programme d'action de Bergen, qui incluait l'examen de l'économie de la durabilité, des utilisations durables de l'énergie, des activités industrielles durables et de la prise de conscience, ainsi que de la participation publique. Elle tendait à développer «des indicateurs nationaux sûrs pour le développement durable» (par. 13 b)) et s'efforçait d'encourager les investisseurs à appliquer à leurs investissements à l'étranger les critères écologiques requis dans leurs pays d'origine. Elle s'est efforcée aussi d'encourager le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Organisation internationale du travail (OIT) et les organisations internationales compétentes à aider les pays membres à effectuer des investissements industriels sans danger pour l'environnement, faisant observer que l'industrie et les gouvernements devraient coopérer à cette fin (par. 15 f))<sup>15</sup>. Une résolution du Conseil de l'Europe de 1990 a proposé une stratégie européenne de la conservation pour subvenir, notamment, aux besoins et aspirations légitimes de tout le développement avec un emploi rationnel et durable des ressources naturelles, ainsi que pour indiquer comment réaliser un développement durable<sup>16</sup>.

Le concept du développement durable est donc un principe que non seulement les pays en développement acceptent, mais aussi qui se fonde sur une adhésion mondiale.

En 1987, le rapport Brundtland a placé le concept du développement durable au premier plan des préoccupations internationales. En 1992, la conférence de Rio a fait de lui l'une des pièces maîtresses de sa déclaration et il s'est trouvé au centre de toutes les considérations relatives au développement dans les pays en développement.

---

nement» (*Bulletin des Communautés européennes*, n° 6, 1990, annexe II, p. 19). Elle invite instamment la Communauté et ses Etats membres à jouer un rôle de premier plan pour aider les pays en développement dans leurs efforts visant à aboutir à un «développement durable à long terme» (*ibid.*, p. 20). En ce qui concerne les pays d'Europe centrale et orientale, il est dit que des mesures correctives doivent être prises «pour garantir la viabilité de leur développement économique futur» (*ibid.*). Il est aussi déclaré en termes exprès que:

«[E]n tant que chefs d'Etat ou de gouvernement de la Communauté européenne ... [n]ous souhaitons que l'action entreprise par la Communauté et ses Etats membres soit développée ... selon les principes du développement durable et du recours aux mesures préventives» (*ibid.*, conclusions de la présidence, point 1.36, p. 17-18).

<sup>15</sup> *Basic Documents of International Environmental Law*. Harald Hohmann (dir. publ.), vol. 1, 1992, p. 558.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 598.

Le principe du développement durable fait ainsi partie du droit international moderne d'abord en vertu de sa nécessité logique inéluctable, mais aussi à cause de son acceptation générale par la communauté mondiale.

Un tel concept a un rôle appréciable à jouer dans la résolution des différends relatifs à l'environnement. Les éléments constitutifs du principe proviennent de domaines bien établis du droit international: droits de l'homme, responsabilité des Etats, droit de l'environnement, droit économique et industriel, équité, souveraineté territoriale, abus de droit, bon voisinage, pour n'en citer que quelques-uns. Il a été aussi expressément incorporé dans un certain nombre d'accords internationaux obligatoires et de grande portée, ce qui lui confère une force obligatoire aux fins de ces accords. Il fournit un principe important pour dissiper les tensions entre deux droits établis. Il réaffirme, dans le domaine du droit international, qu'il faut à la fois le développement et la protection de l'environnement et que l'on ne saurait négliger ni l'un ni l'autre de ces droits.

Certes, l'appui général de la communauté internationale ne signifie pas que chaque membre de la communauté des nations, à titre individuel, ait expressément donné son soutien à ce principe; cela n'est du reste pas requis pour l'établissement d'un principe de droit international coutumier.

Comme le fait observer Brierly:

«Ce ne serait quasi jamais réalisable et seuls les positivistes les plus rigoureux se refusent à admettre que point n'est besoin d'établir que tous les Etats aient reconnu une certaine pratique, de même qu'en droit anglais on peut établir l'existence d'une coutume locale ou professionnelle valide sans prouver que chacun des individus de la localité ou du métier ait suivi cette coutume. Ce critère de la reconnaissance *générale* est nécessairement vague; mais telle est la nature du droit coutumier national ou international...»<sup>17</sup>

On recense également dans des actes internationaux et dans la pratique des Etats (par exemple l'assistance au développement et la pratique des institutions financières internationales) des éléments qui confirment largement, eux aussi, l'acceptation générale de ce concept à l'heure actuelle.

On pourrait donc bel et bien qualifier de mondiale la reconnaissance de ce concept<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> J. Brierly, *The Law of Nations*, 6<sup>e</sup> éd., 1963, p. 61; les italiques sont de moi.

<sup>18</sup> Voir aussi, L. Krämer, *EC Treaty and Environmental Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 63, avec une analyse des connotations écologiques du terme «durable», que cet ouvrage fait remonter au rapport Brundtland.

d) *La nécessité, pour le droit international, de mettre à contribution la diversité culturelle du monde afin d'harmoniser le développement et la protection de l'environnement*

La présente affaire, relative à un grand projet hydraulique, donne l'occasion de tirer parti de la sagesse du passé et d'y puiser certains principes susceptibles de renforcer le concept du développement durable, car il est clair que tout projet de développement produit un effet sur l'environnement et l'humanité vit avec ce problème depuis des générations.

C'est là une source légitime d'enrichissement du droit international, dont on ne se sert peut-être pas dans la mesure justifiée par son importance.

Quand le droit international de l'environnement introduit dans le droit international les bénéfices des perspectives qu'ouvrent d'autres cultures et demande une inspiration au passé, il ne s'écarte pas des procédés traditionnels du droit international, mais suit, en réalité, le chemin tracé par Grotius. Plutôt que d'établir une série de principes a priori pour la nouvelle discipline du droit international, Grotius a cherché à les tirer aussi a posteriori de l'expérience du passé, en explorant tout l'éventail des cultures auxquelles il avait accès à cette fin<sup>19</sup>. C'est chez elles qu'il a trouvé les principes durables qui avaient résisté à l'épreuve du temps afin d'édifier sur cette base le nouvel ordre international de l'avenir. Le droit de l'environnement traverse maintenant une période de formation, qui n'est pas sans rappeler le droit international à ses tout débuts. Il peut faire appel à un trésor d'expériences passées venant de cultures diverses. Quel dommage ce serait vraiment si l'on s'abstenait d'y puiser, rien qu'à cause d'attitudes formalistes pour lesquelles de telles méthodes ne sont pas tout à fait de rigueur!

Je cite à ce propos une remarque de sir Robert Jennings, qui disait qu'en prenant note de la diversité des traditions juridiques et des cultures la Cour internationale, comme elle l'a fait dans l'affaire du *Sahara occidental*:

«s'est prononcée pour et non pas contre la façon dont Grotius a soumis la totalité des relations internationales au droit international. Le présent auteur estime, même, qu'en l'état actuel du développement du système juridique international il importe peut-être plus de souligner le besoin impératif de développer le droit international afin d'y inclure la riche diversité des cultures, des civilisations et des traditions juridiques...»<sup>20</sup>

De plus, la discipline du droit international se doit, surtout à ses

<sup>19</sup> Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 66: «Voilà pour quelle raison Grotius a ajouté à ses déductions théoriques une telle masse d'exemples concrets tirés de l'histoire.»

<sup>20</sup> Sir Robert Y. Jennings, «Universal International Law in a Multicultural World», dans *International Law and the Grotian Heritage: A Commemorative Colloquium on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius*, T. M. C. Asser Institute (dir. publ.), La Haye, 1985, p. 195.

confins, d'être multidisciplinaire et d'emprunter à d'autres disciplines, telles que l'histoire, la sociologie, l'anthropologie et la psychologie, toute sagesse susceptible de lui être utile. A propos de la nécessité, pour le droit international de l'avenir, d'être interdisciplinaire, je me réfère à une autre remarque faite récemment hors du prétoire par cet éminent ancien président de la Cour :

«Les juristes de droit international devraient reconnaître beaucoup plus et de façon pratique que le respect de la primauté du droit dans les affaires internationales et l'instauration de la justice internationale sont des sujets interdisciplinaires.»<sup>21</sup>

Surtout quand c'est de la Cour internationale de Justice qu'il s'agit, «l'essence de l'universalité véritable»<sup>22</sup> de cette institution se trouve saisie dans les termes de l'article 9 de son Statut qui prescrit la «représentation des *grandes formes de civilisation* et des principaux systèmes juridiques du monde» (les italiques sont de moi). La lutte a été dure pour faire introduire les mots en italiques dans le Statut de la Cour, elle a été menée par le représentant du Japon, M. Adatci<sup>23</sup>, et puisque ainsi ce concept a été intégré à la structure et au Statut de la Cour j'estime que celle-ci est tenue de faire appel à la sagesse des diverses civilisations du monde, lorsqu'une telle méthode peut enrichir sa perspective de l'affaire portée devant elle. La Cour ne peut se permettre d'être monoculturelle, surtout lorsqu'elle pénètre dans des domaines du droit de développement récent.

La présente affaire touche à un domaine où nombre de perspectives de ce genre s'offrent pour enrichir les principes du droit de l'environnement qui se développent et tirer au clair les principes que la Cour devrait appliquer.

Voilà dans quel esprit j'aborde un principe qu'il est demandé à la Cour d'appliquer pour la première fois dans sa jurisprudence — un principe qui facilitera la tâche délicate de concilier deux considérations d'une très grande importance sur la scène internationale contemporaine et susceptibles d'en présenter une plus grande encore à l'avenir.

e) *Quelques éléments de la sagesse du passé relatifs au développement durable*

Il existe certains principes des systèmes de droit traditionnels qui peuvent être inclus dans la trame du droit moderne de l'environnement. Ils présentent une pertinence spéciale du point de vue du concept du déve-

<sup>21</sup> «International Lawyers and the Progressive Development of International Law», *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, Jerzy Makarczyk (dir. publ.), 1996, p. 423.

<sup>22</sup> Jennings, «Universal International Law in a Multicultural World», *op. cit.*, p. 189.

<sup>23</sup> Sur ce point controversé, voir *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920, en particulier p. 136.

loppement durable, que ces systèmes connaissaient bien. De plus, plusieurs de ces systèmes sont d'une pertinence particulière en l'espèce, car ils se rapportent à l'aménagement des cours d'eau et attestent le souci de faire en sorte que ces interventions humaines dans le cours de la nature soient toujours accomplies dans le respect qui se doit de la protection de l'environnement. En matière de sagesse écologique en général, il y a beaucoup à apprendre des civilisations anciennes et des systèmes juridiques traditionnels de l'Asie, du Moyen-Orient, de l'Afrique, de l'Europe, des Amériques, du Pacifique et de l'Australie — en fait du monde entier. Il s'agit là d'une source abondante que le droit moderne de l'environnement a laissée, dans une large mesure, inexploitée.

Comme l'a fait observer la Cour, «[a]u cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres» (arrêt, par. 140).

L'idée de concilier les besoins du développement et la protection de l'environnement n'est donc pas nouvelle. Il y a des milliers d'années, ces préoccupations étaient déjà à l'ordre du jour et la conciliation opérée entre leurs exigences jumelles était si fructueuse qu'elle est porteuse d'un message pour notre époque.

Je commencerai par un système que je connais particulièrement bien et qui se trouve avoir aussi énoncé avec précision ces deux besoins — le développement et la protection de l'environnement — dans sa littérature ancienne. Je parle de l'antique civilisation, fondée sur l'irrigation, du Sri Lanka<sup>24</sup>. Il s'agit d'un système qui, tout en reconnaissant la nécessité du développement et en entreprenant résolument la réalisation de projets à cette fin, a dans le même temps expressément énoncé le besoin de protéger l'environnement et s'est assuré que les techniques qu'il utilisait tenaient bien compte des considérations liées à l'environnement. Ce souci de l'environnement trouve son expression non seulement dans sa littérature et ses techniques, mais aussi dans son système juridique, car l'abattage de certaines forêts était interdit, des refuges pour la faune furent créés et des édits royaux prescrivaient d'utiliser jusqu'à la dernière goutte sans le moindre gaspillage la ressource naturelle que constituait l'eau.

Ce système, dont je mentionnerai certains détails<sup>25</sup>, est décrit par

<sup>24</sup> Ce n'était pas une civilisation isolée, elle entretenait des relations internationales, d'une part avec la Chine, d'autre part avec Rome (I<sup>er</sup> siècle) et Byzance (IV<sup>e</sup> siècle). La présence de ses ambassadeurs à la cour de Rome est consignée par Pline (livre VI, chap. 24) et relevée par Grotius (*De Jure Praedae Commentarius, Le droit de prise*, traduction de Houwens Post, 1936, p. 262-263). Cette représentation diplomatique est aussi mentionnée dans la littérature mondiale (par exemple Milton, «Le paradis reconquis», livre IV). Voir aussi la référence de Grotius à la connaissance détaillée de Ceylan qu'avaient les Romains (Grotius, *Mare liberum* (De la liberté des mers), traduction de M. A. Guichon de Grandpont, p. 26). L'île était appelée Taprobane par les Grecs, Serendib par les Arabes, Lanka par les Indiens, Ceïlao par les Portugais et Zeylan par les Hollandais. Gibbon fait état des relations commerciales qu'elle entretenait avec l'Empire romain et l'Extrême-Orient.

<sup>25</sup> Pour faire le point sur les questions mentionnées, le texte écrit des édits et ouvrages que je vais indiquer, élaborés à l'époque et conservés pendant des siècles, est d'une grande aide. Voir note 38 ci-après.

Arnold Toynbee dans son panorama des civilisations. Le qualifiant de «système hydraulique étonnant»<sup>26</sup>, Toynbee expose<sup>27</sup> comment, après des prises dans les cours d'eau des montagnes, on guidait l'eau jusqu'à des réservoirs géants, dont certains avaient une superficie supérieure à 16 000 hectares<sup>28</sup>, et d'où partaient des canaux se prolongeant jusqu'à d'autres grands réservoirs<sup>29</sup>. En aval de chaque grand réservoir et de chaque grand canal, il y avait des centaines de petits réservoirs, dont chacun constituait le noyau d'un village.

Le souci que cet antique système d'irrigation témoigne pour l'environnement a été examiné dans une analyse récente des effets sociaux et écologiques des grands barrages<sup>30</sup>, où il est dit qu'il faut, parmi les aspects — liés à la protection de l'environnement — de la construction de ces systèmes d'irrigation, relever les «réservoirs antiérosion» qui résolvaient le problème de l'envasement du fait de leur conception qui permettait à la vase de s'y déposer avant de pénétrer dans les principaux réservoirs d'accumulation de l'eau. Chaque système d'irrigation des villages comportait plusieurs réservoirs antiérosion. On appréciera l'importance de ce facteur en l'espèce où le problème de l'envasement a pris une telle ampleur.

Une autre mesure liée à la protection de l'environnement est celle des «réservoirs forestiers» construits dans la jungle en amont du village, non pas pour irriguer les terres, mais pour fournir de l'eau aux animaux sauvages<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Arnold J. Toynbee, *A Study of History*, Somervell's Abridgment, 1960, t. 1, p. 257.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 81, citant John Still, *The Jungle Tide*.

<sup>28</sup> Plusieurs d'entre eux sont encore en service, par exemple celui de *Tissawewa* (III<sup>e</sup> siècle av. J.-C.); celui de *Nuwarawewa* (III<sup>e</sup> siècle av. J.-C.); le réservoir de *Minneriya* (275 de notre ère); celui de *Kalawewa* (V<sup>e</sup> siècle); et le *Parakrama Samudra* (mer de Parakrama, XI<sup>e</sup> siècle).

<sup>29</sup> La complexité technique de ce système d'irrigation a été aussi relevée dans l'ouvrage monumental de Joseph Needham, *Science and Civilization in China*. Décrivant les ouvrages d'irrigation antiques de la Chine, Needham se réfère souvent aux travaux d'irrigation de Ceylan de l'époque, qu'il discute assez longuement. Voir en particulier le tome 4, *Physics and Physical Technology*, 1971 (p. 368 et suiv.). Aussi page 215: «Nous verrons à quel point les anciens habitants de Ceylan étaient habiles dans cet art.»

<sup>30</sup> Edward Goldsmith et Nicholas Hildyard, *The Social and Environmental Effects of Large Dams*, 1985, pp. 291-304.

<sup>31</sup> Pour en savoir plus à ce sujet, voir Goldsmith et Hildyard (*ibid.*, p. 291 et 296). Les mêmes auteurs font observer :

«Sri Lanka est couvert par un réseau de lacs et d'étangs artificiels connus dans le pays sous le nom de *tanks* (d'après *tanque*, qui signifie réservoir en portugais). Certains sont vraiment énormes, bon nombre existent depuis des milliers d'années, des perfectionnements très poussés caractérisent la construction et la conception de presque tous. Sir James Emerson Tennent, l'historien du XIX<sup>e</sup> siècle, s'est émerveillé en particulier devant les nombreux canaux creusés sous le lit de chaque lac pour garantir un flux d'eau «constant et régulier tant qu'il restait de l'eau, si peu soit-il, dans le réservoir.»

Les dimensions de l'ensemble de ce réseau de réservoirs et de canaux, dont certains existent depuis deux mille ans, sont de plusieurs fois supérieures à celles des ouvrages d'irrigation du projet qui nous occupe. Ces réservoirs et canaux constituaient un «développement» au sens où on l'entendait à cette époque, car ils réalisaient, selon les termes de Toynbee, «l'exploit pénible de conquérir les plaines desséchées de Ceylan pour l'agriculture»<sup>32</sup>. Et pourtant ils étaient construits avec un souci méticuleux de l'environnement et démontraient que le concept du développement durable était mis en œuvre consciemment avec de bons résultats il y a plus de deux mille ans.

Dans ce système d'irrigation, on établissait des barrages sur de grands cours d'eau et on créait des réservoirs à une échelle et selon des procédés qui rappellent les ouvrages que la Cour a pu voir en visitant les barrages dans la présente affaire.

Cette conception ancienne du développement a été réalisée à une si vaste échelle qu'en dehors de ces réservoirs principaux<sup>33</sup>, qui se comptent par

<sup>32</sup> Toynbee, *op. cit.*, p. 81. Andrew Carnegie, le donateur du Palais de la Paix, le siège de la Cour, a décrit ces anciens travaux d'aménagement dans les termes suivants :

« La position de grenier de l'Asie du Sud, qui était celle de Ceylan dans l'Antiquité, explique la primauté donnée à l'activité agricole. Sous l'autorité des dirigeants du pays, l'île entière a été irriguée au moyen de lacs artificiels, établis par des barrages en travers de ravins et souvent d'une superficie considérable — l'un d'eux qui subsiste encore a une circonférence de 32 kilomètres — mais on a laissé ce système tomber en ruine. » (Andrew Carnegie, *Round the World*, 1879, éd. 1933, p. 155-160.)

<sup>33</sup> On pense que le premier de ces grands réservoirs a été construit en 504 av. J.-C. (sir James Emerson Tennent, *Ceylon*, 1859, t. I, p. 367). Citons quelques ouvrages sur quinze siècles :

- le *Vavunik-kulam*, III<sup>e</sup> siècle av. J.-C. (eaux d'une superficie de 790 hectares, capacité de 596 millions de pieds cubes); le *Pavatkulam*, III<sup>e</sup> ou II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. (eaux d'une superficie de 812 hectares, capacité de 770 millions de pieds cubes) (Parker, *Ancient Ceylon*, 1909, p. 363, 373);
- le *Tissawewa*, III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., et le *Nuwarawewa*, III<sup>e</sup> siècle av. J.-C., les deux toujours en service et qui continuent à fournir de l'eau à l'ancienne capitale Anuradhapura, maintenant capitale de province;
- le *réservoir de Minneriya*, 275 de notre ère (« le réservoir faisait plus de 32 kilomètres de circonférence ... la berge principale reste presque parfaite ») (Tennent, *op. cit.*, t. II, p. 600);
- le *Topawewa*, IV<sup>e</sup> siècle, dont la superficie dépasse nettement 400 hectares;
- le *Kalawewa*, V<sup>e</sup> siècle, ses bords ont 5,2 kilomètres de long et s'élèvent à une hauteur de 12,20 mètres; il recueille l'eau de la rivière Kala Oya et alimente la capitale Anuradhapura par un canal d'une longueur de 80 kilomètres;
- le *Yodawewa*, V<sup>e</sup> siècle. Needham le décrit comme « une conception des plus grandioses ... l'apogée de l'hydraulique de Ceylan ... un lac artificiel avec des digues de remblai de 10,5 kilomètres sur trois côtés d'un carré, situé sur une plaine en pente et pas du tout dans la vallée d'un cours d'eau ». Il était alimenté par un canal de 80 kilomètres venant de la rivière Malvatu-Oya;
- la *Parakrama Samudra* (mer de Parakrama), XI<sup>e</sup> siècle, avec des rives de 14,5 kilomètres de long, atteignant 12,20 mètres de haut et enserrant un réservoir d'une superficie de 2400 hectares (Brohier, *Ancient Irrigation Works in Ceylon*, 1934, p. 9).

plusieurs dizaines, de vingt-cinq mille à trente mille réservoirs secondaires étaient alimentés à partir des grands par l'intermédiaire d'un réseau complexe de canaux<sup>34</sup>.

La philosophie de base de ce système gigantesque<sup>35</sup>, qui a servi aux besoins tant de l'homme que de la nature pendant plus de deux mille ans, s'incarne dans un principe fameux posé par un monarque exceptionnel<sup>36</sup>: «pas la moindre goutte d'eau de pluie ne doit s'écouler dans l'océan sans avoir été rendue utile pour l'homme»<sup>37</sup>. Selon les anciennes chroniques<sup>38</sup>, ces ouvrages ont été entrepris «pour le bien du pays» et «par compassion pour toutes les créatures vivantes»<sup>39</sup>. Cet ensemble d'ouvrages d'irrigation avait pour but de transformer la totalité du pays en un grenier à grains. Il incarnait le concept du développement par excellence.

Le développement, qui constituait le but de ce système, s'accompagnait d'une philosophie systématique de la conservation: celle-ci remonte au moins au III<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ. Les anciennes chroniques relatent que le roi (Devanampiya Tissa, 247-207 av. J.-C.) était parti chasser (vers 223 av. J.-C.), lorsque l'arhat<sup>40</sup> Mahinda, fils de l'empereur Asoka de

<sup>34</sup> Sur les systèmes d'irrigation en général, voir H. Parker, *Ancient Ceylon, op. cit.*; R. L. Brohier, *Ancient Irrigation Works in Ceylon*, 1934; Edward Goldsmith et Nicholas Hildyard, *op. cit.*, p. 291-304. Décrivant le système ancien des canaux de la Chine, Needham fait observer qu'«il n'était comparable qu'aux canaux d'irrigation selon les courbes de niveau de Ceylan et à aucun ouvrage en Europe» (*op. cit.*, t. 4, p. 359).

<sup>35</sup> «Les dimensions de certains de ces réservoirs gigantesques étaient telles que nombre d'entre eux, qui existent toujours, ont une circonférence de 24 à 32 kilomètres.» (Tennent, *op. cit.*, t. I, p. 364.)

<sup>36</sup> Le roi Parakrama Bahu, 1153-1186 de notre ère. Ce monarque a construit ou restauré 163 réservoirs principaux, 2376 réservoirs secondaires, 3910 canaux et 165 barrages. Son chef d'œuvre a été la mer de Parakrama, cité ci-dessus à la note 33. Tout cela prenait place dans le cadre de la philosophie environnementaliste, qui entend éviter le gaspillage des ressources naturelles.

<sup>37</sup> Voir la mention qu'en fait Toynbee:

«L'idée sur laquelle se fondait le système était très remarquable. Les rois bâtisseurs de réservoirs voulaient qu'aucune partie de la pluie qui tombait avec une telle abondance dans les montagnes n'atteignît la mer sans payer au passage un tribut à l'homme.» (*Op. cit.*, p. 81.)

<sup>38</sup> *Mahavamsa*, traduction de Turnour, chap. XXXVII, p. 242. Le *Mahavamsa* était la chronique historique ancienne du Sri Lanka, tenue à l'époque par des moines bouddhistes, source importante de la chronologie de l'histoire de l'Asie du Sud. Commencant à la fin du IV<sup>e</sup> siècle de notre ère et incluant des chroniques antérieures et des traditions orales qui remontent à huit siècles plus loin dans le passé, elle constitue une documentation continue sur plus de quinze siècles (voir *The Mahavamsa or The Great Chronicle of Ceylon*, traduite en anglais par Wilhelm Geiger, 1912, introduction, p. ix-xii). La déclaration du roi, mentionnée ci-dessus, se lit comme suit dans le *Mahavamsa*:

«Dans mon royaume ... il n'y a que quelques champs tributaires de cours d'eau aux flots continus... De même, ce royaume est enserré par des montagnes, des jungles épaisses et de vastes marais. A la vérité, dans un tel pays, la moindre goutte de pluie doit être utilisée par l'homme avant de rejoindre l'océan.» (*Ibid.*, chap. LXVIII, vers 8-12.)

<sup>39</sup> Voir aussi, sur ce point, Emerson Tennent, *op. cit.*, t. I, p. 311.

<sup>40</sup> Personne qui a atteint un degré élevé d'illumination. Pour son sens plus technique, voir Walpola Rahula, *History of Buddhism in Ceylon*, 1956, p. 217-221.

l'Inde, lui a prêché un sermon sur le bouddhisme, qui a converti ce roi. Voici un passage de ce sermon :

«O grand roi; les oiseaux de l'air et les bêtes ont autant que toi le droit de vivre et de se mouvoir en toute partie du pays. La terre appartient au peuple et à tous les êtres vivants; tu n'en es que le gardien.»<sup>41</sup>

Ce sermon, qui contenait en réalité le premier principe du droit moderne de l'environnement — le principe de la garde tutélaire des ressources de la terre — incita le roi à faire établir des refuges pour les animaux sauvages, conception que l'on n'a cessé de respecter pendant plus de vingt siècles. La protection accordée à la faune et à la flore par le système juridique traditionnel, sur la base de cet enseignement bouddhiste, s'est prolongée jusqu'à une date avancée au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>42</sup>.

Le sermon faisait aussi remarquer que même les oiseaux et les bêtes ont le droit d'être à l'abri de la peur<sup>43</sup>.

Le principe de ne pas causer de tort à autrui et donc *sic utere tuo ut alienum non laedas* était une pensée centrale du bouddhisme. Il se traduisait bien dans les attitudes adoptées à l'égard de l'environnement. Dans ce contexte, le bouddhisme étendrait *alienum* aux générations futures elles aussi, ainsi qu'à d'autres éléments constitutifs de l'ordre naturel en plus de l'homme lui-même, car la notion bouddhiste de l'obligation avait une portée immense.

Ce souci caractérisé des besoins de l'environnement transparait encore dans des édits royaux, remontant au III<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, qui décidaient que certaines forêts vierges ne devaient en aucun cas être abattues. La raison en était que l'on savait qu'une couverture forestière appropriée en altitude revêtait une importance essentielle pour le système d'irrigation, car les jungles des montagnes interceptaient et emmagasinaient les pluies de la mousson<sup>44</sup>. Elles attiraient la pluie, qui alimentait les systèmes de cours d'eau et d'irrigation du pays, et on les considérait donc comme vitales.

Des considérations écologiques trouvent aussi leur expression dans les travaux de construction et de génie civil. Les ingénieurs antiques ont conçu une réponse au problème de l'envasement (qui revêt beaucoup d'importance en l'espèce), ils ont inventé un dispositif (le *bisokotuwa* ou fosse à vannes), le pendant de l'écluse, pour faire face à ce problème éco-

<sup>41</sup> Ce sermon est consigné dans le *Mahavamsa*, chap. XIV.

<sup>42</sup> Voir K. N. Jayatilleke, «The Principles of International Law in Buddhist Doctrine», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 120, 1967, p. 558.

<sup>43</sup> Pour cette idée dans les textes du bouddhisme, voir *Digha Nikaya*, III, Pali Text Society, p. 850.

<sup>44</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 299. Voir aussi R. L. Brohier, «The Interrelation of Groups of Ancient Reservoirs and Channels in Ceylon», *Journal of the Royal Asiatic Society (Ceylon)*, vol. 34, n° 90, 1937, p. 65. L'étude de Brohier est l'une de celles qui font le plus autorité sur ce sujet.

logique<sup>45</sup>, en réglant la pression et le débit de l'eau à la sortie, quand on la laissait s'écouler du réservoir<sup>46</sup>. Des déversoirs ont été aussi construits, comme c'est le cas en l'espèce, pour élever le niveau des eaux des rivières et régler leur débit<sup>47</sup>.

Dans cet héritage ancien, la juxtaposition des concepts du développement et de la protection de l'environnement appelle immédiatement des observations de la part de ceux qui la connaissent bien. Quiconque s'intéresse à l'avenir de l'humanité ne peut manquer de percevoir le lien qui unit les deux concepts et la manière de les concilier.

Cela n'apparaît pas seulement dans la perspective du droit, mais même du point de vue d'autres disciplines.

Ainsi Arthur C. Clarke, le futuriste bien connu, avec cette vision qui lui a permis de mettre la science fondamentale au service de l'humanité, a-t-il mis le doigt sur le problème juridique précis que nous examinons quand il a fait observer: «la petite île de l'océan Indien ... fournit des exemples classiques de nombre de dilemmes modernes: le *développement* contre l'*environnement*»<sup>48</sup>, et il reprend aussitôt le fameux sermon déjà mentionné, qui se rapporte à la garde tutélaire des terres, en faisant observer: «Comme il a été dit au roi Devanampiya Tissa trois siècles avant la naissance du Christ, nous en sommes les gardiens — *pas* les propriétaires.»<sup>49</sup>

Le droit a pour tâche de transformer cette sagesse en propositions pra-

<sup>45</sup> H. Parker, *Ancient Ceylon, op. cit.*, p. 379:

«Depuis le milieu du siècle dernier, des puits à ciel ouvert, appelés «tours de prise d'eau» quand ils sont hors rive, ou «fosses à vanes» quand ils sont dedans, ont été construits dans nombre de réservoirs en Europe. Ils ont pour fonction d'abriter les vanes et les dispositifs de commande de celles-ci, ce qui permet de régler ou de fermer complètement le débit de l'eau. Telle était aussi la fonction du *bisokotuwa* des ingénieurs cinghalais; ce furent eux les premiers inventeurs de la fosse à vanes il y a plus de deux mille cent ans.»

<sup>46</sup> H. Parker, *op. cit.*, Needham fait observer:

«Dès le I<sup>er</sup> siècle de notre ère, ils [les ingénieurs cinghalais] comprenaient le principe du déversoir à crête oblique ... Mais leur invention peut-être la plus frappante était celle des tours de prise d'eau (*bisokotuwa*), qui ont été installées dans les réservoirs peut-être à partir du II<sup>e</sup> siècle av. J.-C. et certainement à partir du II<sup>e</sup> siècle de notre ère ... Ainsi pouvait-on obtenir une eau sans vase et sans écume, tandis que la pression maximale était assez réduite pour permettre de régler l'écoulement.» (Joseph Needham, *Science and Civilization in China, op. cit.*, t. 4, p. 372.)

<sup>47</sup> K. M. de Silva, *A History of Sri Lanka*, 1981, p. 30.

<sup>48</sup> Arthur C. Clarke, «Sri Lanka's Wildlife Heritage», *National Geographic*, août 1983, n° 2, p. 254; les italiques sont de moi.

<sup>49</sup> Arthur C. Clarke a aussi écrit:

«Cependant, de toutes les merveilles architecturales de Ceylan, la plus remarquable et certainement la plus utile est l'immense système d'irrigation qui a donné la prospérité aux riziculteurs pendant plus de deux mille ans, dans des régions où il ne pleut quelquefois pas pendant six mois d'affilée. Souvent détruit, abandonné et reconstruit, cet héritage des ingénieurs antiques est l'une des possessions les plus précieuses de l'île. Certains de ces lacs artificiels ont une circonférence de 10 ou 20 kilomètres, avec une abondance d'oiseaux et de vie sauvage.» (*The View from Serendip*, 1977, p. 121.)

tiques — et, à cet égard, il est souvent resté en retard par rapport à d'autres disciplines. Heureusement pour le droit international, comme on l'a indiqué plus haut dans la présente opinion, il y a beaucoup d'indications d'un degré suffisant de cette «reconnaissance générale d'une certaine pratique comme obligatoire parmi les Etats»<sup>50</sup> pour conférer au principe du développement durable le caractère d'un droit coutumier.

La mention de la pratique et de la pensée d'une importante civilisation fondée sur l'irrigation dans le monde prémoderne<sup>51</sup> illustre le fait que le souci de l'environnement a accompagné les efforts déployés pour mettre en œuvre une technologie à cette échelle. De plus, dans cette tentative, la réaction nécessaire du système juridique traditionnel a consisté, comme on l'a indiqué ci-dessus, à prendre des mesures positives afin de protéger l'environnement, souvent sous la forme de décrets royaux, en dehors des pratiques d'un système perfectionné de droit coutumier qui prescrivait de quelle manière chacun devait utiliser et protéger les installations d'irrigation.

Ce qui précède n'est qu'un exemple pour illustrer les préoccupations qu'inspiraient aux systèmes juridiques antérieurs la préservation et la protection de l'environnement. Il y a d'autres exemples de systèmes d'irrigation complexes, qui se sont perpétués pendant des siècles, voire des millénaires.

Mon exemple suivant provient de deux anciennes cultures de l'Afrique subsaharienne: les Sonjo et les Chagga, toutes deux des tribus de Tanzanie<sup>52</sup>. Leurs réseaux compliqués de rigoles d'irrigation, qui recueillaient l'eau des cours d'eau de la montagne et la transportaient sur de longues distances jusqu'aux champs situés en contrebas, ont suscité l'admiration des observateurs modernes, non pas seulement à cause de leur perfection technique, mais aussi à cause du caractère durable des systèmes complexes d'irrigation ainsi construits. Chez les Sonjo, on estimait que chaque génération avait l'obligation sacrée de veiller à maintenir le système en bon état de réparation et tous les hommes valides des villages étaient censés y participer<sup>53</sup>. Le système comprenait un réseau dense de petits

<sup>50</sup> J. Brierly, *The Law of Nations*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>51</sup> «Il se peut qu'en aucune autre partie du monde on ne puisse trouver dans le même espace les vestiges de tant d'ouvrages d'irrigation, qui aient à la fois la même antiquité et autant d'ampleur que ceux de Ceylan...» (Bailey, *Report on Irrigation in Uva*, 1859; voir aussi R. L. Brohier, *Ancient Irrigation Works in Ceylon*, *op. cit.*, p. 1.)

«Aucun peuple, à aucune époque ou dans aucun pays, n'a eu tant de pratique et d'expérience de la construction des ouvrages d'irrigation.» (Sir James Emerson Tennent, *op. cit.*, t. I, p. 468.)

«Les ruines étonnantes de leurs réservoirs sont les plus fiers monuments qui subsistent de l'ancienne grandeur de leur pays ... Si l'on excepte les dimensions démesurées du lac Moeris en Egypte centrale et le mystérieux «bassin d'Al Aram» ... aucune construction de ce genre, réalisée par une race quelconque, ancienne ou moderne, ne dépasse par sa grandeur colossale les stupéfiants réservoirs de Ceylan.» (Sir James Emerson Tennent, cité dans Brohier, *op. cit.*, p. 1.)

<sup>52</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 282-291.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 284-285.

canaux, renforcé par un réseau surimposé de canaux plus grands. L'eau ne pénétrait dans la zone d'irrigation qu'en cas de besoin absolu et on ne la laissait pas traverser les parcelles pendant la saison des pluies. Il n'y avait donc pas d'irrigation excessive, la salinité était réduite et on évitait les maladies dont l'eau est le vecteur<sup>54</sup>.

Sir Charles Dundas, qui a fait un voyage au pays des Chagga pendant le premier quart de ce siècle, a été très impressionné quand il a vu comment, sur tout le long du tracé des rigoles, la société était organisée de manière à assurer le respect de l'ordre public<sup>55</sup>. L'entretien des rigoles constituait un devoir social primordial; si l'une d'elles était endommagée, même de façon accidentelle, l'un des anciens sonnait la trompe dans la soirée (on appelait cela l'appel aux rigoles) et le matin suivant chacun quittait son travail normal pour œuvrer aux réparations<sup>56</sup>. La rigole était un avoir social propriété du clan<sup>57</sup>.

Un autre exemple est celui des *qanats*<sup>58</sup> d'Iran, dont il en existait environ vingt-deux mille, qui incluaient plus de 272 000 kilomètres<sup>59</sup> de canaux d'irrigation souterrains construits il y a des milliers d'années et dont beaucoup fonctionnent encore<sup>60</sup>. Ce qu'il y a là de remarquable, c'est non seulement l'étendue de ce système, mais aussi le fait qu'il ait fonctionné pendant des milliers d'années et que, jusqu'à récemment, il ait fourni à l'Iran près de soixante-quinze pour cent de l'eau utilisée pour l'irrigation et à des fins domestiques.

Par contraste, là où on a négligé les besoins de la terre et lancé d'énormes projets pour distribuer de l'eau aux villes plutôt que pour assurer l'irrigation, ce fut la catastrophe. Les grands travaux de la vallée de l'Euphrate pendant le troisième millénaire avant Jésus-Christ n'avaient pas pour but d'améliorer le système d'irrigation des membres des tribus locales, mais de subvenir aux besoins d'une société urbaine en croissance rapide (par exemple un vaste canal construit par le roi Entemenak aux alentours de 2400 av. J.-C.): ils ont eu pour effets l'infiltration, les inondations et l'irrigation excessive<sup>61</sup>. Les modes traditionnels de culture et les systèmes d'irrigation ultérieurs ont aidé à surmonter les problèmes de saturation et de salinisation des sols qui en sont résultés.

La Chine a été un autre chantier de grands ouvrages d'irrigation, dont certains sont encore en service plus de deux mille ans après leur construction. Par exemple on est venu à bout des ravages causés par le fleuve Mo en creu-

<sup>54</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 284.

<sup>55</sup> Sir Charles Dundas, *Kilimanjaro and Its Peoples*, 1924, p. 262.

<sup>56</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 289.

<sup>57</sup> Voir aussi Fidelio T. Masao, «The Irrigation System in Uchagga: An Ethno-Historical Approach», *Tanzania Notes and Records*, n° 75, 1974.

<sup>58</sup> Les *qanats* comprennent une série de puits verticaux creusés jusqu'à l'aquifère et reliés par un canal horizontal (voir Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 277).

<sup>59</sup> On peut se faire une idée de l'ordre de grandeur de ces travaux en considérant qu'il faudrait dépenser un million de dollars environ pour construire un *qanat* de 8 kilomètres avec un tunnel d'une profondeur moyenne de 15 mètres (*ibid.*, p. 280).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>61</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 308.

sant un passage à travers une montagne et en construisant deux grands canaux. Needham parle, à ce propos, de «l'un des plus grands travaux d'ingénieurs chinois, qui a maintenant deux mille deux cents ans et sert toujours»<sup>62</sup>. Une ancienne inscription dans la pierre destinée à enseigner l'art de la maîtrise des cours d'eau déclare que ce qu'elle enseigne «reste valable pendant un millier d'automnes»<sup>63</sup>. Une telle mesure a été inspirée souvent par la philosophie du *Tao Te Ching*, «qui déclare, avec sa concision lapidaire habituelle, «que l'on ne fasse rien [de contraire à la nature] et tout sera parfaitement réglé»<sup>64</sup>. On trouve encore ici, dans une ancienne civilisation fondée sur l'irrigation, une nouvelle expression de l'idée de la prise en compte des droits des générations futures par l'harmonisation des travaux de développement entrepris par l'homme et du respect de l'environnement naturel.

A propos de la civilisation des Incas à son apogée, on a fait observer qu'elle mettait sans cesse en culture de nouvelles terres et pour ce faire drainait des marais, étendait les travaux d'irrigation, aménageait en terrasses les pentes des collines et édifiait des ouvrages d'irrigation dans les zones sèches, toujours dans un même but : mieux utiliser toutes les ressources afin de maintenir l'équilibre entre la production et la consommation<sup>65</sup>. Selon les termes dont s'est servi un auteur connu qui a écrit sur cette civilisation, «à cet égard nous pouvons considérer la civilisation des Incas comme triomphante, car elle a surmonté le problème éternel de l'*utilisation maximale* et de la *conservation des sols*»<sup>66</sup>. Ici encore nous constatons l'harmonisation des considérations relatives au développement et à l'environnement.

On pourrait citer nombre d'autres cultures fondées sur l'irrigation, qui ont accordé l'importance qui se doit aux considérations écologiques et concilié les droits des générations présentes et futures. J'ai mentionné certaines des plus remarquables. Parmi celles-ci, il en est une que j'ai examinée plus longuement, en partie parce qu'elle a associé à la réalisation de vastes projets de développement hydraulique un respect méticuleux des considérations écologiques, et en partie encore parce qu'on a conservé des traces dans ses textes anciens de l'importance du développement et de la protection de l'environnement. Voilà le développement durable par excellence et les principes sur lesquels il se fondait doivent sûrement être porteur d'un message pour le droit moderne.

La sagesse traditionnelle qui a inspiré ces anciens systèmes juridiques a permis de faire face à de tels problèmes. Les systèmes juridiques modernes ne sauraient faire moins, il leur faut réaliser l'union des concepts du développement et de la conservation de l'environnement, qui seule rend justice aux

<sup>62</sup> *Op. cit.*, t. 4, p. 288.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>64</sup> Needham. *Science and Civilization*, t. 2, *History of Scientific Thought*, 1969, p. 69.

<sup>65</sup> Jorge E. Hardoy, *Pre-Columbian Cities*, 1973, p. 415.

<sup>66</sup> John Collier, *Los indios de las Americas*, 1960, cité dans Hardoy, *op. cit.*, p. 415. Voir aussi Donald Collier, «Development of Civilization on the Coast of Peru», dans *Irrigation Civilizations: A Comparative Study*, Julian H. Steward (dir. publ.), 1955.

obligations de l'humanité envers elle-même et envers la planète où elle demeure. On peut aussi envisager le problème d'une autre manière et considérer qu'il emporte l'impératif de concilier les besoins de la génération présente et ceux de la postérité.

En guise de témoignage de l'intérêt porté à l'environnement en général, on pourrait citer nombre d'autres cas, pris dans presque tous les systèmes traditionnels, qui vont de l'Australasie et des îles du Pacifique, en passant par les cultures amérindiennes et africaines, jusqu'à celles de l'Europe antique. Quand la sagesse des autochtones d'Amérique, avec son amour profond de la nature, a décrété que l'on ne devait entreprendre aucune activité intéressant la terre sans réfléchir à ce que serait son effet sur ladite terre pendant sept générations à venir<sup>67</sup>; quand la tradition africaine a envisagé la communauté humaine comme triple — passée, présente et future — et s'est refusée à adopter une vision exclusive axée sur le présent; quand la tradition du Pacifique a méprisé la conception de la terre qui faisait d'elle une marchandise susceptible d'être achetée et vendue comme un article commun dans le commerce<sup>68</sup>, et quand elle a considéré la terre comme une entité vivante, qui vivait et croissait avec les gens et dont la maladie ou la mort entraînait aussi la maladie ou la mort des gens; quand les cultures chinoise et japonaise ont souligné la nécessité de l'harmonie avec la nature; et quand la coutume aborigène, tout en portant au maximum l'utilisation de toutes les espèces de vie végétale et animale, n'en a pas moins décrété qu'aucune terre ne devait être utilisée par l'homme au point où elle ne pouvait plus se régénérer elle-même<sup>69</sup>; ces

<sup>67</sup> Sur les attitudes des autochtones d'Amérique à l'égard de la terre, voir Guruswamy, Palmer et Weston (dir. publ.), *International Environmental Law and World Order*, 1994, p. 298-299. Sur les attitudes des Indiens d'Amérique, voir aussi J. Callicott, «The Traditional American Indian and Western European Attitudes towards Nature: An Overview», *Environmental Ethics*, 1982, vol. 4, p. 293; A. Wiggins, «Indian Rights and the Environment», *Yale Journal of International Law*, 1993, vol. 18, p. 345; J. Hughes, *American Indian Ecology*, 1983.

<sup>68</sup> Un insulaire du Pacifique, déposant devant la première commission des terres des îles Salomon britanniques (1919-1924) a accablé de son mépris la notion selon laquelle la terre pouvait être traitée «comme une chose du genre d'une boîte» susceptible d'être achetée et vendue et il a fait observer que, dans sa société, on envisageait la terre avec respect et en tenant dûment compte du droit des générations futures (Peter G. Sack, *Land between Two Laws*, 1993, p. 33).

<sup>69</sup> Sur les attitudes des aborigènes à l'égard de la terre, voir E. M. Eggleston, *Fear, Favour and Affection*, 1976. Le souci qu'ils avaient de l'environnement ne les empêchait pas d'entreprendre leurs propres projets d'aménagement:

«De remarquables projets d'aménagement des eaux ont été réalisés par les aborigènes aux lacs Condah, Toolondo et Mount William dans la partie sud-ouest de l'Etat de Victoria. Il s'agit là de grands exploits techniques, chacune de ces réalisations comporte des canaux faits de pierres de plusieurs kilomètres de long reliant les marais et les cours d'eau.

Au lac Condah, des milliers d'années avant que Léonard de Vinci n'étudie l'hydrologie des lacs du nord de l'Italie, les premiers habitants de l'Australie comprenaient parfaitement l'hydrologie du milieu en question. Ils ont conçu un réseau perfectionné de collecteurs, de déversoirs et de vannes...» (Stephen Johnson *et al.*, *Engineering and Society: An Australian Perspective*, 1995, p. 35.)

diverses cultures ont chaque fois exprimé la sagesse antique de la famille humaine, que les systèmes juridiques de l'époque et de la tribu avaient absorbée, méditée et transformée en des principes d'une validité juridique incontestable. Les enseignements antiques de l'Inde respectaient tant l'environnement qu'il était illicite de causer des dommages gratuitement, même sur le territoire d'un ennemi pendant un conflit militaire<sup>70</sup>.

De même l'Europe avait une tradition profondément enracinée d'amour pour l'environnement, qui est restée un élément marquant de la culture européenne, jusqu'au moment où la révolution industrielle a refoulé cette préoccupation à l'arrière-plan. Wordsworth en Angleterre, Thoreau aux Etats-Unis, Rousseau en France, Tolstoï et Tchekhov en Russie, Goethe en Allemagne n'ont pas seulement parlé pour eux-mêmes; ils représentaient un amour de la nature profondément enraciné, inné dans les traditions anciennes de l'Europe — traditions dont ces auteurs ont déploré la disparition progressive de diverses manières<sup>71</sup>.

En réalité le souci européen de l'environnement remonte, si on le suit à travers les millénaires, jusqu'à des écrivains tels que Virgile dont les *Géorgiques*, composées entre 37 et 30 avant Jésus-Christ, vantent la beauté de la campagne italienne et plaident en faveur du retour à la vie paysanne traditionnelle en Italie menacée par le mouvement vers la ville<sup>72</sup>.

Ce tour d'horizon ne serait pas complet sans mentionner aussi les principes du droit islamique qui, dans la mesure où toutes les terres appartiennent à Dieu, postule qu'aucune terre n'est donc jamais la propriété de l'homme, et n'est détenue qu'en dépôt, avec toutes les conséquences qui en découlent: obligation de diligence, de gestion sage et de garde pour les générations à venir. Le premier principe du droit moderne de l'environnement — le principe de la garde tutélaire des ressources de la terre — est donc énoncé explicitement dans ce système.

Les concepts juridiques d'une civilisation procèdent des valeurs enracinées de celle-ci, elles sont l'étalon et la pierre de touche de leur validité. Il en va de la sorte dans les systèmes juridiques tant internationaux qu'internes, sous cette réserve qu'il faut au droit international une reconnaissance mondiale de ces valeurs. Il ne serait pas faux de dire que l'amour de la nature, le désir de la préserver et la nécessité pour l'activité

<sup>70</sup> Nagendra Singh, *Human Rights and the Future of Mankind*, 1981, p. 93.

<sup>71</sup> L'un des éminents philosophes de la science de notre siècle a fait observer, à propos de l'essor du naturalisme dans tous les arts d'Europe à la fin du Moyen Age:

«Toute l'atmosphère de chacun des arts témoigne d'une joie directe dans l'appréhension des choses qui nous entourent. Les artisans qui ont réalisé les sculptures décoratives du Moyen Age tardif, Giotto, Chaucer, Wordsworth, Walt Whitman et, de nos jours, le poète de la Nouvelle Angleterre, Robert Frost, tous sont parents entre eux à cet égard.» (Alfred North Whitehead, *Science and the Modern World*, 1926, p. 17.)

<sup>72</sup> Voir les *Géorgiques*, livre II, l. 36 et suiv.: l. 458 et suiv. Voir aussi *Encyclopaedia Britannica*, 1992, vol. 29, p. 499-500.

humaine de respecter les conditions de sa protection et de sa pérennité comptent parmi ces valeurs primitives et universelles, qui exigent la reconnaissance internationale.

Le formalisme des systèmes juridiques modernes peut nous faire perdre de vue ces principes, mais le moment est venu de les réintégrer dans le corpus du droit vivant. Comme il est dit dans l'étude exhaustive déjà citée, *The Social and Environmental Effects of Large Dams*, «[n]ous ne devrions pas nous contenter d'examiner pourquoi les systèmes d'irrigation modernes ont échoué, il importe bien plus de comprendre ce qui a permis aux sociétés traditionnelles fondées sur l'irrigation de réussir»<sup>73</sup>.

Faisant observer que diverses sociétés ont pratiqué une agriculture d'irrigation durable pendant des milliers d'années et que les systèmes d'irrigation modernes durent rarement plus de quelques dizaines d'années, les auteurs demandent si cela tient à la réalisation d'une «convergence d'adaptation» entre les méthodes de ces sociétés et «la nature du pays, de l'eau et du climat»<sup>74</sup>. Le droit moderne de l'environnement se doit de considérer l'expérience du passé quand il cherche à réaliser cette «convergence d'adaptation» entre les impératifs du développement et ceux de la protection de l'environnement.

Etant donné qu'elle représente les grandes formes de civilisation, la Cour constitue un organe unique pour exprimer ces traditions juridiques du monde et leur insuffler vie à nouveau. Ces principes étaient enracinés dans ces civilisations tout autant que consacrés dans leurs *systèmes juridiques*, car les systèmes juridiques ne se limitent pas à ceux qui sont écrits, mais englobent aussi les systèmes traditionnels, dont les chercheurs modernes ont établi qu'ils ne sont pas moins juridiques que leurs cousins écrits et qu'à certains égards ils sont même plus perfectionnés et mieux adaptés que ces derniers<sup>75</sup>.

Le droit vivant, appliqué tous les jours par les membres de la communauté, et dont le respect constitue un axiome au point d'être tenu pour acquis, n'est pas dépouillé de son caractère de droit par le critère et la norme externes de la forme écrite. Bien entendu, l'écrit est utile pour atteindre la certitude, mais quand un devoir tel que celui de protéger l'environnement est si bien accepté que tous les citoyens le mettent en œuvre, ce devoir fait partie du système juridique en cause<sup>76</sup>.

De plus, le Statut de la Cour incluant, parmi les sources du droit international, les «principes généraux de droit reconnus par les nations civi-

<sup>73</sup> Goldsmith et Hildyard, *op. cit.*, p. 316.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Voir par exemple M. Gluckman, *African Traditional Law in Historical Perspective*, 1974, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, 2<sup>e</sup> éd., 1972, et *The Judicial Process among the Barotse*, 1955; A. L. Epstein, *Juridical Techniques and the Judicial Process: A Study in African Customary Law*, 1954.

<sup>76</sup> Sur la précision avec laquelle de tels systèmes imposaient des obligations à leurs membres, voir Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926.

lisées», a ouvert la porte en termes exprès à l'entrée de tels principes dans le droit international moderne.

f) *Les principes des systèmes traditionnels susceptibles de contribuer au développement du droit moderne de l'environnement*

Au fur et à mesure de son développement, le droit moderne de l'environnement peut tenir compte, avec profit, des perspectives et principes des systèmes traditionnels, non pas seulement de façon générale, mais en se référant à des principes, des concepts et des critères souhaités de caractère déterminé.

Parmi ceux que l'on peut dégager des systèmes déjà mentionnés, figurent des principes d'une grande portée, tels que celui de la garde tutélaire des ressources de la terre, celui des droits appartenant aux générations futures et celui voulant que le développement et la conservation de l'environnement aillent de pair. Il faut respecter la terre, car elle a sa vitalité propre et est étroitement liée à la prospérité de la communauté. Quand les êtres humains s'en servent, toute possibilité doit lui être donnée de se reconstituer elle-même. Puisque la flore et la faune ont leur propre place dans le système écologique, elles doivent bénéficier d'une protection expresse. Tous les membres de la communauté sont tenus de sauvegarder l'intégrité et la pureté de l'environnement.

Les ressources naturelles font l'objet d'une propriété non pas individuelle, mais collective, et l'un des principes de leur utilisation c'est qu'elles doivent être utilisées de manière à rendre le plus grand service à la population. Il ne doit pas y avoir de gaspillage et l'on doit porter au maximum l'utilisation des espèces végétales et animales, tout en sauvegardant leur pouvoir de régénération. Le développement a pour fin d'améliorer la condition de la population.

La plupart de ces principes sont utiles en l'espèce et tous peuvent renforcer nettement l'aptitude du droit international de l'environnement à résoudre des problèmes de ce genre, quand ils viendront le cas échéant à se poser. Nombreuses sont les voies d'accès qui permettent leur assimilation par le système juridique international et le droit international moderne se diminuerait lui-même s'il les perdait de vue, car ils incarnent la sagesse qui a permis aux ouvrages de l'homme de fonctionner pendant des siècles et des millénaires dans un rapport stable avec les principes régissant l'environnement. Cette attitude revêt une importance croissante à une époque à laquelle une telle harmonie entre l'humanité et le patrimoine qu'est la planète est une condition de la survie humaine.

\* \* \*

Le développement durable n'est donc pas qu'un principe du droit international moderne. Il est l'une des idées les plus anciennes de l'héritage humain. Renforcé par les perspectives fertiles que permettent

d'acquérir des millénaires d'expérience humaine, il a un rôle important à jouer au service du droit international.

## B. LE PRINCIPE DE L'ÉVALUATION CONTINUE DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT

### a) *Le principe de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement*

L'évaluation de l'impact sur l'environnement (EIE) revêt une importance considérable dans la présente affaire.

Dans une opinion antérieure<sup>77</sup> j'ai eu l'occasion de faire observer que ce principe bénéficiait d'un poids et d'une reconnaissance croissants à l'échelon international et avait en fait atteint le niveau de reconnaissance qui justifiait que la Cour en tînt compte<sup>78</sup>.

Dans la présente opinion, je voudrais préciser davantage la portée et l'étendue du principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement en ce sens que cette évaluation ne se limite pas à une évaluation avant le début du projet, mais se poursuit tant que le projet fonctionne. Cela résulte du fait que l'EIE est un principe dynamique, qui ne se limite pas à l'évaluation des effets écologiques possibles avant le projet. Tant qu'un projet d'une certaine envergure est en activité, l'EIE doit continuer, car tout projet de ce genre peut produire des effets inattendus; des considérations de prudence semblent dicter la nécessité d'un suivi continu<sup>79</sup>.

Plus les dimensions et la portée du projet sont importantes, plus il est nécessaire de suivre ses effets de façon continue: dans un domaine aussi complexe que l'environnement, on ne peut s'attendre à ce que l'EIE préalable au projet prévoigne tous les dangers écologiques possibles.

Dans la présente affaire, l'incorporation de considérations écologiques dans le traité par les articles 15 et 19 signifiait que le principe de l'EIE était aussi incorporé au traité. A l'évidence ces dispositions ne se limitaient pas à l'EIE avant le début du projet, mais incluaient aussi la notion

<sup>77</sup> *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 344. Voir aussi *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, C.I.J. Recueil 1996, p. 140.

<sup>78</sup> Voici d'importants actes internationaux qui reconnaissent ce principe (d'abord établi en droit interne par le *National Environmental Protection Act* des Etats-Unis de 1972); déclaration de Rio de 1992 (principe 17); résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale de l'ONU de 1972; projet de principes de conduite du PNUE de 1978 (principe 5); Action 21 (par. 7.41 b) et 8.4); convention nordique pour la protection de l'environnement (art. 6), directive de la Communauté européenne sur l'évaluation de l'environnement, de 1985 (art. 3), et convention d'Espoo de 1991. Le statut du principe dans la pratique réelle ressort aussi du fait que les banques multilatérales de développement l'ont adopté comme mesure de précaution essentielle (directive opérationnelle de la Banque mondiale 4.00).

<sup>79</sup> Arbitrage de la *Fonderie de Trail* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, 1941, vol. III, p. 1907).

d'un suivi pendant la durée du projet. L'article 15 parle en termes exprès du contrôle de la qualité des eaux pendant le *fonctionnement* du système d'écluses et l'article 19 parle du respect des obligations concernant la protection de la nature découlant de la construction et du *fonctionnement* du système d'écluses.

Le droit de l'environnement en son état de développement actuel tend à inclure une obligation d'évaluation de l'impact sur l'environnement dans les traités dont il est raisonnable d'attendre une incidence écologique appréciable et cela implique aussi, que le traité le prévoit ou non en termes exprès, l'obligation de surveiller les impacts de tout projet important sur l'environnement pendant la durée de son fonctionnement.

Il y a plus d'un demi-siècle l'arbitrage de la *Fonderie de Trail*<sup>80</sup> a reconnu l'importance d'un suivi continu lorsque, dans une série de dispositions détaillées, il a obligé les parties à assurer un suivi d'activité après la décision<sup>81</sup>. Il a enjoint à la fonderie de Trail d'installer des stations d'observation, avec le matériel nécessaire pour renseigner sur la situation des gaz et des enregistreurs de dioxyde de soufre, ainsi que de présenter des rapports réguliers, que le tribunal devait examiner lors d'une séance ultérieure. Dans la présente affaire, l'arrêt de la Cour impose une exigence de surveillance conjointe, qui doit être interprétée et appliquée de façon semblable.

La notion du suivi et des échanges d'informations a bénéficié d'une importante reconnaissance dans la pratique internationale. On peut en donner comme exemple le programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe dans le cadre de la convention de la Commission économique pour l'Europe, la convention de Vienne de 1985 sur la protection de la couche d'ozone (art. 3 et 4) et la convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (art. 9)<sup>82</sup>. La notion du contrôle continu a donc bénéficié d'une reconnaissance croissante dans le cadre de l'EIE.

La Cour indique dans son arrêt (par. 155, al. 2 C) qu'un régime opérationnel conjoint doit être établi conformément au traité du 16 septembre 1977. Un contrôle continu du projet du point de vue de son impact sur l'environnement s'accordera avec les principes esquissés et fera partie de ce régime opérationnel. D'ailleurs, le traité de 1977, qui envisageait un régime opérationnel et de surveillance conjoint, comportait lui-même un régime conjoint intégré de suivi écologique continu. Ce principe du droit de l'environnement, renforcé par les termes du traité et maintenant consacré dans l'arrêt de la Cour (par. 140), obligerait les Parties à assumer l'obligation de mettre en place des mécanismes permettant de surveiller, de prévoir et d'évaluer de façon continue les impacts du projet à

<sup>80</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, 1941, vol. III, p. 1907.

<sup>81</sup> Voir *ibid.*, p. 1934-1937.

<sup>82</sup> *Journal officiel*, 6 mai 1983, p. 1071.

tous les stades de son avancement, pendant toute la durée de son fonctionnement.

Les systèmes juridiques nationaux ont témoigné d'une conscience aiguë de ce besoin, ils ont même inventé des mécanismes procéduraux à cette fin. En Inde, par exemple, on a vu s'établir le concept du «*mandamus continu*»: il s'agit d'une ordonnance judiciaire qui énonce certaines sauvegardes écologiques pour un projet déterminé et qui, sans en rester là, enjoint de procéder à un suivi continu du projet pour assurer le respect des critères fixés par le tribunal<sup>83</sup>.

L'EIE, application particulière du principe général plus vaste de précaution, inclut l'obligation d'une surveillance et d'une anticipation continues.

b) *Le principe de la contemporanéité dans l'application des normes écologiques*

Il s'agit là d'un principe qui complète les observations que l'on vient de faire à propos de l'évaluation continue. Il établit la norme d'exécution de l'évaluation continue.

La présente affaire se rapporte à un traité conclu en 1977. Les normes écologiques et les connaissances scientifiques pertinentes de 1997 dépassent de loin celles de 1977. Comme la Cour l'a fait observer, les nouvelles perspectives qu'offre la science et la conscience croissante des risques courus par l'humanité ont conduit à la mise au point de nouvelles normes et exigences:

«Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé.»  
(Par. 140.)

Cette observation revêt une grande importance pratique au vu du suivi continu conjoint que prescrira l'arrêt de la Cour.

Les deux Parties avaient pris en considération le fait que le projet sur lequel elles s'étaient mises d'accord n'allait pas fonctionner que quelques années. Il devait s'inscrire dans le long terme et rester opérationnel pendant des dizaines d'années de manière à améliorer de façon permanente les éléments topographiques naturels qu'il visait, ainsi qu'à contribuer durablement à la prospérité économique des deux participants.

Si le traité devait s'appliquer pendant des dizaines d'années, les normes

<sup>83</sup> Pour une référence aux initiatives relatives à l'environnement des tribunaux de la région de l'association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR), voir les travaux du colloque régional sur le rôle des tribunaux dans le développement du principe de la primauté du droit en matière de développement durable, tenu à Colombo, Sri Lanka, 4-6 juillet 1997, sous presse.

écologiques sur lesquelles il se fondait ne pouvaient pas être considérées comme figées dans le temps à l'époque de la conclusion du traité.

Cet aspect intertemporel de la présente affaire revêt de l'importance pour tous les traités relatifs à des projets ayant une incidence écologique. Malheureusement la convention de Vienne n'apporte qu'une aide très limitée sur ce point, si important dans le domaine de l'environnement. L'article 31, paragraphe 3, alinéa *c*), qui prescrit de tenir compte «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties» ne traite guère cet aspect de la question avec la clarté que commande une affaire de cette importance.

Les préoccupations écologiques gardent leur actualité et demeurent constantes, peu importe l'époque à laquelle a été inauguré le projet à propos duquel elles surgissent. Peu importe qu'une activité ait été entreprise en vertu d'un traité de 1950; si elle s'exerce encore en l'an 2000, les critères écologiques applicables seront ceux de l'an 2000.

Comme la Cour l'a fait observer dans l'affaire de la *Namibie* «tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31, par. 53*), et ces principes «ne se limitent pas aux règles de droit international applicables au moment de la conclusion du traité»<sup>84</sup>.

Les droits relatifs à l'environnement sont des droits de l'homme. Les traités qui ont des effets sur les droits de l'homme ne peuvent pas être appliqués de manière à nier ces droits tels qu'on les entend au moment de l'application. Un tribunal ne peut approuver des actes qui enfreignent les droits de l'homme selon les critères de son époque, simplement parce qu'ils sont accomplis en vertu d'un traité qui remonte à une époque où de tels actes ne constituaient pas une violation des droits de l'homme.

A l'appui de cette proposition on peut invoquer l'opinion de M. Tanaka dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, où il a fait observer qu'une nouvelle règle de droit coutumier pouvait être appliquée à l'interprétation d'un instrument conclu il y avait plus de quarante ans (*C.I.J. Recueil 1966, p. 293-294*). Les aspects du droit de l'environnement qui ressortissent à l'éthique et aux droits de l'homme font rentrer ce droit dans la catégorie des règles qui présentent un caractère si essentiel pour la prospérité humaine qu'en ce domaine nous ne pouvons pas appliquer les critères d'hier aux problèmes d'aujourd'hui. Selon le raisonnement de M. Tanaka, une partie à un instrument humanitaire n'a pas le droit d'agir d'une façon que l'on considère aujourd'hui comme inhumaine,

<sup>84</sup> R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 1992, p. 1275, note 21.

même si elle agit en vertu d'un instrument conclu il y a plus de quarante ans. De même, aucune mesure ne devrait être licite si elle est considérée aujourd'hui comme dangereuse pour l'environnement, même si elle est accomplie en vertu d'un instrument qui remonte à il y a plus de vingt ans.

Dans ce contexte, on peut aussi mentionner l'observation de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tyrer*, selon laquelle la convention est «un instrument vivant ... à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles»<sup>85</sup>.

On peut aussi faire observer que nous n'avons pas ici affaire à des questions de *validité* du traité, sur lesquelles il convient de statuer en vertu des principes applicables à l'époque du traité, mais à son *application*<sup>86</sup>. Dans le cas de la mise en œuvre d'un traité relatif à l'environnement, il est d'une importance capitale que les critères en vigueur *au moment de son application* soient les critères déterminants.

La reconnaissance du principe de la contemporanéité dans l'application des normes écologiques vaut aussi pour le régime de surveillance conjoint envisagé dans l'arrêt de la Cour et constituera une garantie supplémentaire pour protéger les intérêts écologiques de la Hongrie.

#### C. LE TRAITEMENT APPLIQUÉ AUX OBLIGATIONS *ERGA OMNES* DANS UNE INSTANCE JUDICIAIRE *INTER PARTES*

##### a) *Les données de fait: la présence des éléments de l'estoppel*

Le traité de 1977, on doit s'en souvenir, n'a pas pris corps de façon soudaine ni été conclu à la hâte: il résulte d'années de négociations et d'études après les premières formulations de son idée dans les années soixante. Pendant la période de la négociation et de l'exécution du traité, nombre d'études détaillées ont été effectuées par beaucoup d'experts et d'organisations, y compris l'Académie des sciences de Hongrie.

La première observation à formuler à ce sujet, c'est que la Hongrie a conclu le traité de 1977, malgré des avertissements très clairs pendant les études préparatoires, indiquant que le projet comportait un risque de dommages écologiques. En possession comme elle l'était d'une documentation considérable, à la fois pour et contre, la Hongrie a donc pris une décision réfléchie, bien qu'elle eût été prévenue d'un risque possible pour son environnement pour presque toutes les raisons que l'on invoque aujourd'hui.

Deuxièmement, après avoir conclu le traité, la Hongrie a continué à le considérer comme en vigueur et obligatoire pendant environ douze ans.

<sup>85</sup> Arrêt de la Cour, affaire *Tyrer*, 25 avril 1978, par. 31, publications de la Cour A, vol. 26, p. 15.

<sup>86</sup> Voir aussi Rosalyn Higgins, «Some Observations on the Inter-Temporal Rule in International Law», dans *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, op. cit., p. 173.

Dès 1981 le Gouvernement hongrois avait ordonné de réexaminer le projet et des chercheurs avaient alors proposé de reporter les travaux de construction dans l'attente d'études écologiques plus détaillées. Pourtant la Hongrie a mis à exécution le traité.

Troisièmement, non seulement la Hongrie a consacré ses propres efforts et ressources à l'exécution du traité, mais elle a donné à la Tchécoslovaquie, par son attitude, l'impression que la force obligatoire du traité n'était pas douteuse. Se fiant à cette impression la Tchécoslovaquie a, en application du traité qui obligeait les deux Parties, consacré au projet des ressources énormes. La Hongrie a regardé faire sans observations ni protestations, elle a même demandé instamment à la Tchécoslovaquie de hâter les travaux. Pour la Hongrie, il était clair que la Tchécoslovaquie affectait au projet des sommes énormes — des ressources à l'évidence assez grandes pour mettre à l'épreuve l'économie d'un Etat qui n'était pas particulièrement forte.

Quatrièmement, la Hongrie a confirmé en octobre 1988 sa décision de conclure le traité en 1977 quand le Parlement hongrois a approuvé le projet, malgré tous les documents supplémentaires qui avaient été mis à sa disposition pendant les douze années écoulées dans l'intervalle. On trouve une nouvelle affirmation de cette position de la Hongrie dans la signature, le 6 février 1989, par le vice-président du conseil des ministres hongrois, d'un protocole réaffirmant que la Hongrie restait obligée par le projet de 1977. De fait, la Hongrie voulait faire avancer la date d'achèvement de 1995 à 1994.

Quatre-vingt-seize jours après l'entrée en vigueur du protocole de 1989, le 13 mai 1989, le Gouvernement hongrois a annoncé la suspension immédiate, pour deux mois, des travaux au chantier de Nagymaros. Il en a abandonné l'exécution le 20 juillet 1989 et, par la suite, suspendu les travaux relatifs à toutes les parties du projet. C'est en mai 1992 que la Hongrie a mis fin officiellement au traité de 1977.

Il me semble que tous les éléments d'un *estoppel* obligatoire en droit sont ici réunis<sup>87</sup>.

L'autre partie au traité se retrouvait avec une quantité importante d'ouvrages inutiles du projet sur les bras et avait engagé des dépenses considérables en vain.

#### b) *Les circonstances des actes de la Hongrie*

En présentant ces observations, on doit être profondément sensible au fait que la Hongrie traversait une période très difficile, compte tenu des

<sup>87</sup> Sur l'application des principes d'*estoppel* dans la jurisprudence de la Cour et de sa devancière, voir *Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 22; *Pêcheries*, arrêt, C.I.J. recueil 1951, p. 116; *Temple de Préah Vihear*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 151. Pour une analyse de cette jurisprudence, voir l'opinion individuelle de M. Ajibola dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 77-83.

événements historiques qui venaient de se produire en Europe orientale. De tels événements laissent nécessairement des séquelles sous forme de tensions intérieures. Celles-ci peuvent se manifester par des modifications de la politique officielle, à mesure que des groupes différents émergent et exercent pouvoir et influence au sein du nouvel ordre qui est en train de remplacer celui qu'avait connu le pays pendant près d'un demi-siècle. On ne peut que prendre acte de ces réalités pour comprendre les changements radicaux dont la Hongrie a fait montre dans sa politique officielle.

Cependant la Cour se trouve dans la situation d'un observateur objectif qui cherche à déterminer les effets de la modification des attitudes officielles d'un Etat sur un Etat voisin. Il en est spécialement ainsi lorsque ce dernier Etat se trouvait obligé, pour déterminer sa ligne de conduite, de tenir compte des déclarations émanant des dépositaires officiels du pouvoir dans le premier.

Quelles qu'aient été les raisons des changements de politique interne, et quelles qu'aient pu être les pressions internes qui pouvaient en être la cause, la Cour ne saurait évaluer les droits respectifs des deux Etats que sur la base de leurs attitudes et déclarations officielles. Si l'on examine l'affaire du point de vue d'un observateur extérieur, il n'y a guère de doute qu'il y a bien eu changement caractérisé de l'attitude officielle à l'égard du traité, qui est passée abruptement de l'acceptation officielle totale au rejet officiel total. Voilà sur quelle base les effets juridiques de l'*estoppel* doivent s'ensuivre.

c) *Convient-il d'utiliser les règles du contentieux inter partes pour déterminer des obligations erga omnes?*

Cette récapitulation des faits m'amène au point où j'estime qu'il faut opérer une distinction entre le contentieux portant sur des questions *inter partes* et le contentieux portant sur des questions de caractère *erga omnes*.

Il se pose un important problème conceptuel lorsque, dans un différend *inter partes* comme celui-ci, il est excipé de la violation de droits ou d'obligations opposables au reste du monde. La Cour, dans l'exercice de son obligation traditionnelle de statuer *entre les parties*, se prononce de la manière conforme à la justice et à l'équité *entre les parties*. La procédure qu'elle suit est dans une large mesure contradictoire. Or, cela ne rend guère justice aux droits et obligations opposables *erga omnes*, surtout dans les affaires où il s'agit d'un dommage écologique d'une grande portée et d'un caractère irréversible. J'attire l'attention sur ce problème, car il se posera tôt ou tard dans le domaine du droit de l'environnement et parce que, bien qu'il ne soit pas essentiel pour la décision effectivement prononcée, les faits en l'espèce appellent l'attention sur lui de façon particulièrement aiguë.

La Hongrie a eu un comportement qui l'empêcherait, dans un conten-

tieux *inter partes* ordinaire, d'adopter des positions tout à fait incompatibles. Cependant, des questions écologiques graves peuvent-elles être tranchées sur la base d'un tel comportement *inter partes*? Dans des affaires où les questions *erga omnes* présentent une importance suffisante, je ne le crois pas.

C'est là une occasion appropriée à la fois d'attirer l'attention sur le problème et d'exprimer la crainte que de telles règles *inter partes* conviennent mal pour résoudre des différends écologiques majeurs.

Je souligne ce point parce que la procédure contradictoire *inter partes*, éminemment équitable et raisonnable dans une affaire purement *inter partes*, peut nécessiter un nouvel examen à l'avenir, si jamais surgissait une affaire concernant un danger écologique grave ou catastrophique imminent, surtout pour d'autres parties que les plaideurs eux-mêmes.

Les défauts des règles techniques de procédure contradictoire lorsqu'il s'agit d'établir des faits dans des domaines scientifiques ont depuis longtemps d'ailleurs donné matière à des observations en doctrine<sup>88</sup>.

Nous sommes entrés dans une ère du droit international où celui-ci ne se contente pas de servir les intérêts des Etats à titre individuel, mais projette son regard au-delà de ceux-ci et de leurs querelles de clocher pour considérer les intérêts majeurs de l'humanité et le bien-être de la planète. Pour examiner de tels problèmes, qui dépassent les droits et obligations propres des Etats en litige, le droit international devra voir plus loin que les règles de procédure élaborées aux seules fins du contentieux *inter partes*.

Quand nous entrons dans le monde des obligations opposables *erga omnes* plutôt qu'*inter partes*, les règles fondées sur l'équité individuelle et le respect de la procédure peuvent se révéler inadéquates. Les grandes questions écologiques qui se font jour maintenant vont obliger à réfléchir à cette question. Le droit international de l'environnement devra faire plus que peser les droits et obligations des parties à l'aune unique de l'intérêt individuel propre des Etats, sans tenir compte des préoccupations générales de l'humanité dans son ensemble.

La présente affaire donne l'occasion d'engager cette réflexion.

\* \* \*

Le droit de l'environnement est l'un des domaines du droit international qui se développe le plus vite et il m'a semblé approprié de présenter ces observations sur quelques-uns de ses aspects qu'il y a eu lieu d'exa-

<sup>88</sup> Voir, par exemple, Peter Brett, «Implications of Science for the Law», *McGill Law Journal*, 1972, vol. 18, p. 170, p. 191. Pour une réflexion bien connue du point de vue sociologique, voir Jacques Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, 1954, p. 227 et 228, 264-271.

miner en l'espèce. Au fur et à mesure que cette branche vitale du droit se développera, elle aura besoin de toutes les perspectives qu'offre l'expérience humaine, par-delà les frontières érigées entre les cultures et les disciplines, qui ont traditionnellement enserré dans un carcan la discipline du droit international.

*(Signé)* Christopher Gregory WEERAMANTRY.

---