

# La complexité croissante du système juridique international:

## Certains problèmes de cohérence systémique

Marcelo Dias Varella<sup>1</sup>

### Section I – Le décentrement des sources de droit international

#### Sous-section I – L’extension de l’attribution des capacités en matière juridique

##### § 1. L’attribution des capacités matérielles

###### I. La multiplication des thèmes traités par le droit international

###### II. Multiplication des sources d’inspiration dans la définition du contenu du droit international

###### A. Les organisations internationales

###### B. Les organisations non-gouvernementales et les associations d’entreprises

##### § 2. Attribution de capacités formelles

###### I. La multiplication des normes contraignantes et des *soft norms*

###### A. L’expansion des normes obligatoires et des instruments de contrôle

###### B. L’expansion des *soft norms*

###### II. La multiplication de tribunaux internationaux

### Sous-section II – La question de la cohérence du droit international

#### § 1. Le manque de cohérence entre les normes

#### § 2. Manque de cohérence entre les techniques d’interprétation juridictionnelle

##### I. Différences d’interprétation sur un même sujet – l’exemple du principe de précaution

##### II. La non-intégration des différentes branches du droit international

Du XV<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, le droit international s’est centré sur des sujets essentiels à la régulation de la vie internationale, tels que les frontières, les relations de guerre et de paix, le flux des personnes, la navigation, les relations en haute-mer. Il s’oppose au droit international qui émerge au début du XX<sup>e</sup> siècle et qui se caractérise par la multiplication des sujets traités dont beaucoup étaient à l’origine typiquement inhérents aux affaires internes des Etats, comme l’environnement, les droits de l’homme, l’économie, le commerce et le régime politique. Ce droit, caractéristique d’un contexte où prévaut l’expansion de la mondialisation, se développe avec la *volonté* des Etats de multiplier les sujets traités par le droit international, malgré l’absence de nécessité a priori de les voir traités hors des frontières. Il est fondé sur la coopération.

Notre objectif est d’étudier cette expansion de complexité du droit international, en fonction de la cohérence (ou l’incohérence) de l’ensemble juridique international. Pour déterminer s’il y a vraiment un “système juridique”, cela étant compris comme un ensemble cohérent des normes et principes juridiques. Pour cela, il faut d’abord comprendre le décentrement des sources du droit international, avec l’expansion significative du droit international, qui recouvre désormais des thèmes auparavant

---

<sup>1</sup> Docteur en droit de l’Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professeur au Centre Universitaire de Brasilia, (UniCEUB-Brésil). Directeur du programme de master en droit international. Article publié par la Revue Belge de Droit International, 2004, vol. IV.

typiques du droit interne et la création des instruments de contrôle de ce nouveau droit (section I). Pour ce qui concerne le droit international de l'environnement et le développement durable, les sujets centraux de cet article, il faut étudier leur évolution à travers leurs instruments et leurs sources distinctes, l'origine des logiques sur lesquelles ils s'appuient, leur réussite ou leur absence d'efficacité, et la construction du développement durable entre droit commun et droit spéciaux (section II).

### **Section I – Le décentrement des sources de droit international**

Le décentrement des sources a pour origine l'attribution progressive de compétences et de capacités des Etats aux organisations internationales et supranationales, permettant d'inspirer, produire, mettre en œuvre et contrôler le droit. L'ensemble des normes et principes résultant de ces attributions n'est pas toujours cohérent. L'esprit qui préside à l'extension du droit international à des affaires jusque-là internes dérive de l'accroissement de la coopération interétatique, fondée sur la volonté d'agir en commun à l'échelle internationale pour le règlement de certains sujets d'intérêt régional ou global. Certes, aucun Etat n'est forcé d'adopter une norme internationale, de participer à un processus d'expansion du droit volontaire, en cédant ses espaces de compétence interne. Toutefois, les Etats sont constamment soumis à un ensemble de choix, au sujet desquels, pour pouvoir obtenir certains bénéfices juridiques, politiques, économiques, environnementaux ou autres, ils ont besoin de céder, de coopérer, de participer à une régulation juridique et politique progressivement plus internationalisée. Ils doivent pratiquer une analyse constante de l'ensemble des options négociables, des avantages et désavantages que présente l'adoption ou la non-adoption de l'ensemble des règles bénéfiques ou maléfiques qui caractérisent les négociations menées pour la formation du système juridique international.

Le passage du « national » à l'« international » s'opère à travers des actes ou par des abstentions. Parmi les actes, nous pouvons situer les instruments juridiques internationaux, tels que les traités ou conventions internationales. Un exemple d'abstention sera le silence d'un Etat face à l'interférence de la communauté internationale dans une affaire typiquement interne. D'une façon plus concrète, dans l'exemple de l'Antarctique, des instruments juridiques internationaux réglementent la distribution de compétences sur un territoire disputé auparavant par plusieurs pays, en se référant à différentes théories juridiques. A l'opposé, l'absence d'instruments juridiques et la non-opposition de la Russie aux activités des autres nations deviennent la règle pour les activités qui se déroulent en Arctique. Or, ce sont là deux modalités d'expansion du droit international volontaire.

Ces évolutions touchent plusieurs domaines et sont favorisées surtout par les avancées technologiques, l'expansion du commerce international, les plus grandes facilités de transport, la

constitution d'entreprises globales, la rapidité avec laquelle la société civile<sup>2</sup> locale et internationale s'organise, la constitution des valeurs mondiales, l'accroissement du processus de globalisation financière. Toutes ces transformations ont besoin d'un cadre juridique plus homogène, ou de la disparition de réglementations nationales trop hétérogènes ou contraignantes. L'incertitude juridique, l'instabilité politique et économique doivent disparaître ou au moins être diminuées pour que les valeurs émergentes puissent se consolider. Le système juridique a besoin, dans un monde globalisé, d'un traitement international pour se développer. Mais ces nécessités ne sont pas fondées sur une logique homogène. Des logiques différentes conduisent l'expansion du droit international. Il y a même accumulation de logiques différentes, ce qui compromet la cohérence de l'ensemble.

Tout ce processus d'expansion du droit volontaire implique une attribution progressive des compétences et des capacités de faire, mettre en œuvre et contrôler le droit aux organisations internationales et supranationales. Or, l'attribution des compétences et des capacités est un des pouvoirs inhérents à la souveraineté. La souveraineté absolue, telle que l'avaient prévue Grotius ou Hobbes, n'existe plus, pour peu qu'elle ait jamais existé. La souveraineté nationale voit son domaine d'application actuel se restreindre, à mesure que les sujets traités auparavant par le droit national sont réglés par le droit international, et que sont créées de nouvelles sources de droit, et de nouveaux organismes d'exécution et de contrôle de ce droit. Le droit international avance et recule dans le temps selon les volontés, les jeux de forces et d'intérêts entre les Etats et les autres acteurs non-étatiques.

Il ne s'agit pas toujours d'un processus d'autolimitation volontaire, comme l'a démontré Georg Jellinek, mais plutôt d'un processus lié au jeu des forces et à l'imposition de règles par les principales puissances mondiales, agissant dans une relation d'interdépendance. Juridiquement, au moins<sup>3</sup>, les Etats continuent à être égaux, malgré le décalage entre instruments juridiques et réalité politique. C'est donc dans cette optique juridique que nous allons analyser le processus de renforcement du droit international, présenté plutôt comme un acte volontaire, de coopération, tout en sachant que les options de cession faites par les Etats résultent toujours de l'analyse constante des options possibles et envisageables.

Nous allons étudier l'importance des attributions de capacités permettant de faire, mettre en œuvre et contrôler le droit (sous-section I). Ce processus d'attribution de capacités et de souveraineté n'est ni rationnel ni linéaire. Il est diffus, non organisé. L'absence de cohérence et la multiplication des

---

<sup>2</sup> La société civile est comprise comme l'ensemble des individus au niveau local, régional ou global selon le contexte. On appellera société civile organisée l'association des individus ayant un but déterminé, comme les mouvements sociaux, les organisations non-gouvernementales ou les syndicats de classe. Cela ne comprend pas les associations de personnes morales.

<sup>3</sup> Selon article 34 de la Convention de Vienne sur les droits des traités, du 23 mai 1969, « un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ».

actions donne naissance à un scénario de double traitement des sujets, de superposition de règles, d'accumulation de logiques contradictoires d'un côté, et d'absence de traitement, de raisonnements fermés, produits soit par l'Etat, soit par le droit international de l'autre, le tout mettant en question le concept de « système » pour ce qui est de l'ensemble juridique international (sous-section II).

### **Sous-section I – L'extension de l'attribution des capacités en matière juridique**

Les marques de souveraineté s'incarnent dans les *capacités* et *compétences* de l'Etat. Au rang des capacités, nous pouvons citer : la capacité d'élaborer des actes juridiques internationaux, comme la signature d'accords, de traités ou de conventions ; le fait de se voir imputer des faits illicites internationaux et inversement de pouvoir demander réparation des conséquences dommageables d'un fait illicite ; l'accès aux procédures internationales de résolution des conflits, comme celles de la Cour internationale de justice ou l'arbitrage ; la qualité de membre des organisations internationales intergouvernementales ; l'établissement de relations diplomatiques et consulaires avec les autres Etats<sup>4</sup>.

Les compétences, quant à elles, s'exercent sur les territoires et les personnes physiques et morales. La compétence territoriale est celle qui permet d'exercer pleinement le droit souverain à l'intérieur du territoire national, à l'exclusion de tout autre Etat ou source de pouvoir<sup>5</sup>.

La compétence sur les personnes physiques concerne l'institution des règles de la nationalité (*jus soli* ou *jus sanguinis*) et de la vie civile en général. La compétence sur les personnes morales, de la même façon, prend en compte les nationalités, droits, obligations des personnes morales, ce qui varie fortement avec la position idéologique et la situation économique de chaque pays.

L'égalité souveraine des Etats est, elle aussi, reconnue, tout comme l'incapacité des Etats d'exercer leurs compétences sur le territoire et sur les ressortissants des autres Etats, comme il a été affirmé dans l'affaire Lotus, à la Cour permanente internationale de justice<sup>6</sup>.

Une fois établies les différences entre la souveraineté, les capacités et les compétences, il est possible de répondre à une question importante : y-a-t-il un transfert de souveraineté des Etats nationaux vers la communauté internationale ou vers les organisations internationales?

Non. Encore que certains spécialistes de sciences politiques soutiennent l'idée de la fin ou du transfert de la souveraineté<sup>7</sup>, ce concept est étranger à la réalité présente<sup>8</sup>. La souveraineté persiste toujours. Elle est la base du droit international et des relations entre les Etats. Il n'y a pas de transfert de

---

<sup>4</sup> DUPUY, P.-M. Droit international public. Paris, Dalloz, 1998, p. 57.

<sup>5</sup> Voir la célèbre sentence de Max Hubber . Affaire entre les *Etats-Unis et les Pays-Bas, sur l'Île des Palmes*, in Recueil de sentences arbitrales, vol. II, p. 838. Voir aussi DUPUY. Droit international public, *op. cit.*, p. 59.

<sup>6</sup> CPIJ, arrêt du Lotus, série A, n. 10, p.18-19. Voir aussi DUPUY. Droit international public, *op. cit.*, p.31.

<sup>7</sup> BADIE, B. Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité. Paris, Fayard, 1999.

<sup>8</sup> La formation de l'Union européenne est une réalité spéciale qui sera aussi étudié.

souveraineté parce que *transférer* implique perdre une partie de ce que l'on transfère. Les organisations internationales et les autres acteurs à qui vont les pouvoirs, ne reçoivent pas de souveraineté. Ils ne sont pas souverains. Les Etats, pour leur part, ne perdent pas leurs pouvoirs. Les Etats continuent à pouvoir faire, exécuter et juger leurs actes juridiques. Il s'agit d'une attribution. *Attribuer* n'implique pas donner sans garder pour soi-même. L'Etat attribue des pouvoirs aux autres acteurs internationaux. Mais quels sont ces pouvoirs ? Ce sont des pouvoirs de compétence et des capacités, selon les concepts définis ci-dessus. Deux points doivent être éclaircis : l'absence d'un pouvoir supérieur à l'Etat et l'inexistence d'un pouvoir créateur du droit des organes juridictionnels.

Ainsi, l'ordre international, dans l'optique juridique, est marqué par la forte présence de l'Etat national. L'Etat souverain est encore la principale source du droit, des instruments de régulation de la vie internationale, malgré la présence d'entités qui ont une influence sur ses décisions. Le souverain, c'est-à-dire le prince, la nation ou le peuple n'est soumis à aucun pouvoir supérieur<sup>9</sup>.

Une autre point d'analyse sur la même question pourrait porter sur le pouvoir que les Etats concèdent aux organes juridictionnels de décision. Si l'on considère que le juge international a un pouvoir créateur de normes, qui limite les actions étatiques, les Etats ont vraiment transféré des capacités souveraines. L'enjeu est important dans le cas où se présentent des normes en conflit ou des textes confus, d'interprétation difficile. Mais les juristes sont presque unanimes. Le juge n'a pas de pouvoir créateur, il ne fait qu'interpréter la norme, bien que cette herméneutique ne soit pas toujours fidèle à son origine normative. Le consentement à la décision du juge international n'est pas créatif, mais perceptif. Il ne crée pas le droit, mais le perçoit et l'interprète – sans création – face au cas concret<sup>10</sup>. L'autre question est la perte de pouvoir sur la création du droit considéré par les juges, car le droit international est de plus en plus important *au tant que droit national*, surtout en fonction de de l'effet direct du droit international dans les ordres juridiques nationaux, car en plusieurs pays, accepté par la constitution de plusieurs États.

Il pourrait y avoir un doute, quand les Etats effectivement perdent le pouvoir d'agir sur des sujets donnés. Quand ils attribuent à la communauté internationale le droit de faire des normes sur certains sujets, sans garder pour eux ce droit. La Communauté européenne en est un exemple. Dans ce cas, il y a un *transfert de compétence et de capacité*. Ce transfert est progressif, et nous pouvons imaginer qu'à un moment donné, il n'y aura plus de compétences ni de capacités dans la sphère nationale. A ce moment, la souveraineté nationale serait vidée de son contenu. Dans une vision plus

---

<sup>9</sup> DINH, N. Q., DAILLIER, P., PELLET, A. *Droit international public*. Paris, L.G.D.J., 1999, p.61.

<sup>10</sup> Interview avec Monsieur le juge de la CIJ, Franscisco Rezek, le 23 mai 2001.

conservatrice, la souveraineté est conservée, parce qu'elle est immuable, encore que sans contenu. Dans une vision plus progressiste, il y a un *transfert effectif de souveraineté*.

Le passage du national à l'international ou du national au local se fait à partir du moment où l'Etat attribue une partie de ses compétences et capacités à d'autres acteurs. Ce qui nous intéresse le plus dans ce travail c'est l'attribution de capacités à de nouveaux acteurs, à exemple des organisations internationales, comme l'attribution de capacité à l'Organisation mondiale du commerce pour régler des différends, supranationaux, à l'exemple des transferts opérés par les Etats européens dans plusieurs domaines vers la Communauté, ou des organisations non-gouvernementales (ONG), comme le montre l'UICN, qui a administré le Secrétariat de CITES<sup>11</sup>. C'est exactement cette attribution progressive des capacités et des compétences qui alimente l'expansion du droit international volontaire. L'étude de l'expansion du droit international volontaire, face à la flexibilité croissante des modalités d'exercice du pouvoir souverain doit se faire en analysant les deux types d'attribution des prérogatives des Etats nationaux à des entités non-étatiques. Le premier est l'attribution de capacités matérielles (§ 1), représentées par les attributions de pouvoirs typiquement inhérents au pouvoir législatif et judiciaire national à des organisations internationales ou à d'autres acteurs, ou représenté par des normes internationales. Le second est l'attribution de capacités formelles (§ 2), représentées par le pouvoir de contrôler les normes sur le territoire national et même en dehors lorsqu'il s'agit de nationaux.

### **§ 1. L'attribution des capacités matérielles**

L'expansion du droit international volontaire est caractérisée par la multiplication des sources du droit international et des thèmes traités par ce dernier. L'Etat est le seul sujet de droit, mais il n'est pas la seule source de droit, ni le seul acteur du droit international. On identifie plusieurs sources et acteurs différents, comme les organisations internationales, supra-nationales et non-gouvernementales. Le droit international avance en s'orientant vers de nouveaux sujets, ignorés par les droits nationaux ou même vers d'anciens sujets, traités auparavant par les Etats. Cet accroissement rapide des objets du droit international a pour conséquence l'expansion de son importance dans la vie quotidienne.

Pour comprendre cette réalité complexe, il faut porter l'analyse sur deux points distincts, la multiplication des thèmes nouveaux traités au niveau du droit international (I) ; et la multiplication de sources d'inspiration du contenu du droit international (II).

## **I. La multiplication des thèmes traités par le droit international**

---

<sup>11</sup> Dans ce cas spécifique, le Secrétariat avait un pouvoir d'évaluation des rapports nationaux.

Le point de départ de l'expansion du droit international volontaire est le droit social, avec la création du Bureau international du travail (BIT), en 1919. Le BIT représente la première organisation internationale, et a précédé la Société des Nations. Les Etats nationaux ont attribué ainsi une part de leur capacité de légiférer sur les règles du travail à une organisation internationale, composée des Etats eux-mêmes, mais aussi des entreprises et des syndicats. Deux remarques importantes s'imposèrent donc. Premièrement la capacité émane de l'Etat, au niveau national, et part vers la communauté internationale. Nous admettons de la sorte la possible supériorité des normes internationales sur les normes nationales dans les affaires internes, comme le droit social. Deuxièmement, l'attribution de capacité est faite en faveur d'une organisation non-exclusivement composée par des Etats. Nous reconnaissons donc l'importance de la société civile et des entreprises dans le processus d'élaboration des normes. Les résolutions du Bureau international du travail, dans une partie des pays membres, intègrent immédiatement le droit interne, de façon contraignante, ce qui met encore plus en évidence ce transfert.

A partir de la création de la Société des Nations et, surtout, de l'Organisation des Nations unies et des institutions de Bretton Woods, l'expansion des attributions de capacités a été accrue. *Dans les quinze dernières années ce processus s'est concentré sur le droit international économique et celui de l'environnement*<sup>12</sup>. En droit international économique, les avancées sont marquées. Avec la ratification de l'Accord général des Tarifs et du Commerce (GATT), en 1947, les Etats entament un processus d'attribution de capacités, avec une autolimitation de leur action sur la fixation de tarifs douaniers, limités à un pourcentage fixé par produit, des mesures protectrices des industries nationales, des subventions, l'obligation d'adopter des principes communs comme celui de clause de la nation la plus favorisée et le traitement national.

Il faut donc se demander jusqu'à quel point vont les attributions de capacité en droit économique. Les révisions du GATT, surtout après l'Acte de Marrakech, ont intégré d'autres sujets importants aux limites de la réglementation internationale et les ont consolidés dans le droit international public. Il s'agit, entre autres, du contrôle sanitaire et phytosanitaire, de la propriété intellectuelle, des services. Ces sujets sont maintenant régulés par les intérêts de la « communauté internationale », si bien que l'inégalité entre les sujets de droit au niveau international est davantage dénoncée et que cette communauté ne représente pas toujours les intérêts de telle ou telle minorité. L'Assemblée générale de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a ainsi le pouvoir de créer des

---

<sup>12</sup> Il faut aussi citer l'expansion importante des droits de l'homme, mais qui ne fait pas partie de l'analyse de cet article.

normes qui affectent les moindres particularités de la vie domestique des pays membres, dès que ces détails ont un effet commercial, même indirect.

L'Organisation mondiale du commerce est autonome. Elle a des relations avec les autres organisations internationales, surtout avec les agences des Nations unies, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, mais elle ne se soumet pas à leurs organisations, et n'est pas obligée de les prendre en considération même si un pays contractant le demande<sup>13</sup>. Le niveau de spécificité des accords est important, car cette question comporte une cinquantaine de textes sur les sujets les plus divers. En agriculture, les délais de l'accès aux marchés pour les pays producteurs sont fixés, avec la prévision de tarifs plus favorables accordés aux pays moins avancés, et le délai d'ouverture totale des marchés agricoles mondiaux est de dix ans. Ainsi, toutes les modalités de subvention ont dû être réduites à un ensemble restrictif de règles monétaires claires.

Les normes sanitaires, phytosanitaires aussi bien que les normes techniques du commerce sont aussi touchées par l'expansion du droit volontaire, au sein de l'OMC. Il y a une survalorisation des standards techniques internationaux. Ainsi en va-t-il du contrôle des étiquettes, des emballages, et des règlements techniques, lesquels ne peuvent pas exiger d'informations considérées comme discriminatoires. Les seules exceptions sont les problèmes urgents, qui se posent ou menacent de se poser à un membre, comme les problèmes de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale. Dans ce cas, le jugement de l'urgence s'effectue aussi sous les auspices de l'OMC. Les tarifs douaniers doivent être simplifiés et limités d'une façon détaillée, ce qui touche surtout les petites et moyennes entreprises nationales. La propriété intellectuelle, encore qu'indirectement liée au commerce, est aussi uniformisée. L'adoption de règles spécifiques de propriété intellectuelle a été imposée à la plupart des pays du monde, comme condition de leur entrée dans l'OMC.

Outre l'homogénéisation des conditions et délais de protection, une vaste liste d'objets susceptibles d'appropriation a été dressée. De la sorte, les industries et l'accès à la technologie, parfois même la santé<sup>14</sup> finissent par devenir des objets du droit international économique, étant donné qu'aujourd'hui toute chose paraît liée, encore qu'indirectement, au commerce. Malgré l'opposition de plusieurs pays du Sud et de certains pays du Nord, le niveau de protection des produits et processus pharmaceutiques, de la biotechnologie et des organismes vivants a monté. L'imposition de ces normes internationales a

---

<sup>13</sup> Voir affaire WT/DS111/1, entre Argentine et Etats-Unis, en relation a la participation du Fond monétaire international dans le procès. Cela affecte aussi la cohérence du droit international, ce qui sera analysé à partir de la sous-section II.

<sup>14</sup> Nous faisons référence à l'affaire sur le SIDA, discutée par l'Organisation mondiale du commerce, qui oppose les pays en voie de développement, comme le Brésil, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud aux entreprises transnationales pharmaceutique, dont les intérêts sont défendus par les Etats-Unis d'Amérique.



d'importantes répercussions, dans la mesure où elle ignore les valeurs éthiques des différentes civilisations touchant l'appropriation de la vie.

Dans le domaine spécifique de la santé, les programmes de santé, sont en partie établis au niveau international. La réglementation des drogues, la spécification de zones endémiques, parfois même les politiques nationales de lutte contre les maladies sont élaborées par les organisations internationales, surtout par l'Organisation mondiale de la santé (OMS), et dans le cas spécifique du SIDA, par l'ONUSIDA. On régule la composition des médicaments, on détermine leur efficacité, leur dosage, leur prix, ce qui est constamment accepté sans opposition par les différents pays.

Le rôle de l'OMC est ici fondamental : tout d'abord, il y a une limitation des mesures que les Etats peuvent adopter, étant donné qu'il faut respecter les limites fixées par les accords internationaux, comme l'accord SPS, par exemple ; ensuite l'organisme est concerné par l'établissement des règles de propriété intellectuelle. Dans ce dernier cas, les droits de propriété intellectuelle des produits pharmaceutiques se sont révélés être une barrière parfois impossible à transposer aux pays du Sud, privés de la possibilité d'accorder une assistance à leurs malades. Le respect des brevets défini par l'Accord ADPIC a été étendu à plus de cent pays en voie de développement, qui doivent respecter le monopole de commercialisation imposé par les brevets. L'exemple du SIDA est illustratif : quelques entreprises transnationales pharmaceutiques détiennent le droit d'exploitation commerciale exclusif des produits qui forment le cocktail utilisé pour combattre le SIDA, ce qui a rendu possible la fixation des prix de ces produits à un niveau tel que ni les pays du Sud ni leurs habitants ne peuvent les acheter. Les accords de Marrakech n'offrent pas d'alternative, il faut respecter le droit de propriété intellectuelle.

Il faut donc se demander jusqu'à quel point existent des attributions de capacités en droit de l'environnement.

Pour l'environnement, la réglementation internationale est aussi significative, mais moins contraignante. Presque tous les aspects de l'environnement sont d'une façon ou d'une autre réglementés par des normes internationales<sup>15</sup>. Le droit international détermine les espèces menacées<sup>16</sup>, fixe les émissions de polluants par l'industrie, les émissions spécifiques comme les CFCs, protège la diversité biologique, réglemente la navigation interne et internationale, la chasse et la pêche, la protection des espèces et des sites historiques ou des forêts.

En droit de l'environnement, droit créé à un moment de renforcement de cette logique d'expansion du droit volontaire, le nombre de matières soumises au droit international est considérable

---

<sup>15</sup> Il faut dire qu'il y a un ensemble important de normes nationales sont encore en vigueur, lesquelles tantôt spécifient les normes internationales, tantôt réglementent des sujets encore non traités par le droit international

<sup>16</sup> Convention CITES ; Convention Cadre sur les changements climatiques ; Convention pour la Protection de la Couche d'Ozone ; Protocole de Montréal sur la Biosécurité ; Convention de Montego Bay sur le Droits de Mers

: jusqu'aux années soixante<sup>17</sup>, il n'y avait que quelques dispositifs sur la protection des oiseaux utiles à l'agriculture, la protection des phoques à fourrure, et la protection des eaux. De 1960 jusqu'à nos jours, on a créé plus de 30.000 dispositifs légaux de droit de l'environnement, dont plus de 300 traités multilatéraux, 900 accords bilatéraux concernant la conservation et encore plus de 200 textes émanant des organisations internationales<sup>18</sup>.

Dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique, le protocole de Carthagène régleme la biosécurité. Les liens avec le commerce international y sont manifestes, étant donné que le marché des processus et produits biotechnologiques s'accroît de façon notable dans le monde entier. On y trouve des normes de contrôle biologique et des méthodes d'analyse et de compréhension du risque. La définition du risque, encore qu'elle représente un sujet controversé, est réglée par le droit international. L'influence directe des Etats qui ne peuvent pas faire partie de cette construction du droit international mais qui sont souvent présents est expressive, il suffit de se reporter à l'exemple des Etats-Unis, le plus grand producteur au monde d'organismes génétiquement modifiés, qui n'ont pas ratifié la Convention sur la diversité biologique, mais ont été un des acteurs les plus importants dans les négociations du protocole de Carthagène. Ces modalités de contradictions sont toujours présentes en droit international de l'environnement, surtout lorsqu'il s'agit des Etats-Unis, Etat incontournable dans plusieurs domaines, et présent dans le processus de négociation de différentes conventions dont il ne fait pas partie<sup>19</sup>. Malgré le caractère non-obligatoire de certaines normes liées aux organismes génétiquement modifiés, l'adhésion des pays à ces normes est relativement forte ; il n'est qu'à voir les guides de bonne conduite rédigés par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), dont le modèle a été adopté par plus de 50 pays.

## **II. Multiplication des sources d'inspiration dans la définition du contenu du droit international**

Il y a attribution d'une capacité à inspirer le droit international à partir du moment où l'Etat attribue au milieu scientifique, à une ONG, à une association d'entreprises ou à une organisation internationale le pouvoir de participer à l'élaboration du contenu d'une norme juridique. Cette attribution peut être directe, et formelle comme dans le cas où l'organisation internationale propose des

---

<sup>17</sup> M. Huglo et Lepages-Jessua qualifie la période qui précède les années soixante de période où « le droit avait pour fonction de protéger la société contre la nature. Il n'existe pas, en conséquence, de préoccupations véritables de la protection du milieu en tant que tel ; l'environnement n'est pas considéré comme une ressource consommable, aménageable et utilisable. Les rapports de propriété, qu'ils soient publics ou privés, dominant, et ces rapports de propriété en tant que tels justifient et légitiment les atteintes à la nature face au droit de propriété inviolable et sacré [...] L'environnement n'existe que sous un angle esthétique ou historique. » *in* HUGLO, C., LEPAGE-JESSUA, C. «La véritable nature du droit de l'environnement.» L'Esprit, 1995, p. 73.

<sup>18</sup> KISS, A., Ed. Le droit international de l'environnement. Paris, 1992, p. 28 et 46.

<sup>19</sup> Voir Convention de Montego Bay, sur le droit de la mer.

normes que les Etats doivent accepter ; ou indirecte, quand les Etats délèguent des pouvoirs à une organisation internationale à qui ils confient l'élaboration de normes privées, dont il assure la reconnaissance, à exemple des guides de bonne-conduite du PNUE sur le contrôle de la dissémination des organismes génétiquement modifiés ou de l'OCDE en plusieurs domaines. L'attribution peut être explicite, quand l'Etat fait référence directement à un document produit par un autre acteur du droit international, ou implicite, quand l'Etat fait approuver une norme qui a été conçue et discutée complètement par un autre acteur non-étatique ou inter-étatique.

L'Etat est le seul sujet du droit international, mais il y a plusieurs sources d'inspiration de droit non-étatique, comme les organisations internationales, les milieux scientifiques, les organisations non-gouvernementales, les associations d'entreprises. Leur participation peut se faire directement ou indirectement, en fixant les bases sociologiques, politiques, économiques et juridiques qui contribueront à la formation du droit international. Les organisations internationales sont des acteurs reconnus pour leur influence dans le droit international, étant donné qu'elles sont composées, dans une majeure partie, par des Etats. La reconnaissance des milieux scientifiques et des organisations non-gouvernementales n'est, quant à elle, pas évidente. Les juristes sont partagés, mais les politologues ont déjà une position favorable à la reconnaissance de ces acteurs. Nous devons étudier d'abord la multiplication et l'accroissement du rôle des organisations internationales (A) et puis faire de même pour les organisations non-gouvernementales et les associations d'entreprises (B).

### **A. Les organisations internationales**

La multiplication des organisations internationales est significative. Dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, des centaines d'organisations ont été créées. Le système onusien compte plus de quarante institutions. Au niveau régional, on les compte par centaines. Les unes ont une portée générale, comme la Commission européenne, d'autres, une portée spécifique, comme le Secrétariat de la diversité biologique. Chacune de ces organisations porte des valeurs et des intérêts qui ont une influence matérielle sur le processus formel de production du droit. Ainsi, chacune de ces organisations organise des réunions sur les sujets ponctuels traités par les conventions-cadres. Nous allons illustrer cette réalité en prenant l'exemple de la Convention sur la diversité biologique. Le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique organise trois types de réunions de discussion et délibération : les groupes de discussions, les réunions du corps subsidiaire technique et scientifique et du conseil technologique (SBSTTA)<sup>20</sup> et les conférences des parties (COP).

---

<sup>20</sup> Créée par l'article 25 de la Convention sur la diversité biologique

Les groupes de discussion sont créés pour traiter de sujets déterminés, comme le groupe créé pour l'article 8 (j), sur la participation des communautés autochtones ; il est composé d'experts, de représentants diplomatiques de différents pays et d'associations indigènes<sup>21</sup>. D'autres groupes de discussion sont formés pour traiter des aspects les plus divers, au sein des discussions techniques du SBSTTA. Les groupes de discussion ont des réunions périodiques et la proposition de documents techniques à la Conférence des parties est permanente. Ces réunions ont pour fonction d'offrir aux Conférences de parties des propositions techniquement discutées et consolidées par les scientifiques.

La Conférence de parties est la réunion où les propositions sont acceptées ou non par les pays membres et deviennent des normes juridiques. Il y a eu une grande quantité de propositions et de documents offerts. Les Conférences produisent des dizaines de décisions<sup>22</sup>. Celles-ci peuvent consister à demander la création d'autres groupes de discussion ou à exiger que soient continués les débats sur un sujet donné, et que soient adoptées les recommandations des groupes de discussions et du SBSTTA ou encore des protocoles, comme le Protocole de la biosécurité. Elles font donc partie du droit international en vigueur et révèlent le degré de spécialisation du droit international de l'environnement. Les nombreux acteurs du processus de négociation, comme les organisations non-gouvernementales et les scientifiques sont de plus en plus visibles.

Des structures et logiques de fonctionnement existent également pour d'autres domaines liés à la protection de l'environnement : changements climatiques, zones humides, espèces menacées, déchets, habitat. Etant donné la production constante de normes juridiques, par chaque organe, tout cet ensemble d'institutions contribue à l'expansion du droit international. Cela signifie que progressivement, plusieurs domaines sont incorporés à l'ensemble du droit international et que la réglementation internationale de ces nouveaux sujets arrive à un important degré de détails techniques.

---

<sup>21</sup> Dans la réunion du Madrid, en 1997, par exemple, dizaines d'organisations ont participé, voir Agencia EFE, Al Fatihah Foundation, Inc., Alternativa Solidária, Amazon Coalition, Bioresources Development and Conservation Programme (BDGP), CEPAN/CODESPA, Center for International Affairs, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre for Indigenous Environmental Resources, COAG, COBASE, Cultural Survival Canada, European Alliance with Indigenous People, Food and Peace Development Center, Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD), Friends of the Earth Sweden, Genetic Resources Action International (GRAIN), Grand Council of the Crees (Eeyou Astchee), Grassroots International, Grupo de Apoyo Ayoko Ind. Nacional y Comuneros, Grupo de Trabajo «Ungurahui», Grupo Semillas, Healing Forest Conservancy, IBIS, Indigenous Knowledge Programme, Indonesian Center for Environmental Law (ICEL), Instituto Socioambiental, International Development Research Center (IDRC), International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), La Vanguardia, National Aboriginal and Islanders Legal Services Secretariat, Netherlands Centre for Indigenous Peoples, ONDA VERDE-Ameríndia, Organisation d'aide au développement communautaire, Oxford Centre for Environment, Ethics and Society, Planeta Humano, RNE, Safari Club International, School of Oriental and African Studies, Sciences Biologiques Guinée Ecologie, Service Centre for Development Cooperation (Finland), Society for International Development (SID), SODEPAZ, Suelos Agua y Semillas de Oaxaca, Tele-Madrid, The Gaia Foundation, TRAMSO - Traditional Medicine System Organisation, Uganda Association for Socio-Economic Progress, Via Campesina, WATU/Acción Indígena, Women's Association for Natural Medicine Therapy (WAINAMATE), World Wide Fund for Nature (WWF).

<sup>22</sup> Plus de trois cents documents ont été proposés dans les six premières réunions.

Cela explique l'importance prise par les entités intergouvernementales<sup>23</sup> dans l'expansion du droit international contemporain.

Cependant, malgré tout cet espace de participation accordé au milieu scientifique, leur participation même ne fait pas l'unanimité chez les juristes. Il s'agit des communautés scientifiques réunies autour d'un sujet discuté internationalement, pour apporter un étayage scientifique aux propositions de normes juridiques. Nous considérons, pour notre part, qu'il faut les reconnaître, vu l'accroissement du niveau technique des discussions, et la spécificité croissante des sujets traités. Le droit international n'est plus l'affaire exclusive des diplomates, formés de façon générale à la politique internationale. Il a besoin aujourd'hui de connaissances techniques, à la seule portée des scientifiques, des experts, aussi bien que d'un niveau de certitude reconnu par la communauté scientifique internationale. Le droit international sur le climat, la diversité biologique, les organismes génétiquement modifiés, est basé sur la technique. Il en va de même pour les droits de l'homme, dans le cas particulier du désarmement et du déminage. Les fondements des normes sont aussi bien politiques que techniques. La reconnaissance d'une technique par la communauté scientifique internationale a une influence certaine sur les sources matérielles du droit international. La reconnaissance des possibles effets du CFC par la communauté scientifique, par exemple, a fait progresser la Convention sur la couche d'ozone. La participation des experts est en effet reconnue aussi bien dans les organes subsidiaires de la Convention sur les changements climatiques que dans la Convention sur la diversité biologique.

Ces comités techniques sont composés de représentants des Etats. Mais ces représentants doivent être des experts dans les domaines concernés. Ils ont un rôle fondamental, parce qu'ils délimitent les problèmes et dessinent les solutions envisageables. Ici, on identifie un important problème de neutralité au niveau des positions, puisque dans la condition de représentant politique, la neutralité du scientifique est certainement compromise. Pourtant, le système de participation des experts ne présente pas de solution à cette question essentielle qui le vicie. Le politique et le juridique sont en maints aspects délimités par le scientifique. Or, le décalage de connaissance technique entre les Etats du Sud et ceux du Nord contribue à affaiblir la participation des premiers dans ces comités, par rapport à celle des Etats du Nord. Dans presque tous les domaines scientifiques, la plupart des Etats du Sud n'ont pas d'experts de haut niveau international, à de notables exceptions près, comme l'Inde, la Chine, la Russie, le Brésil, le Mexique, l'Argentine, l'Afrique du Sud ou d'autres Etats pour certaines situations spécifiques. S'ils n'ont pas de représentants possédant le niveau nécessaire à une

---

<sup>23</sup> L'expression « entité intergouvernementale » fait référence aux organisations internationales et aux entités créées pour gérer les Conventions internationales.

participation active, ils ne peuvent pas concourir à la fixation des limites des options juridiques et politiques envisageables. Il reste à l'Etat la possibilité d'engager des experts de pays développés chargés de le représenter. Mais, pour ce faire, il faut que l'Etat accorde une importance significative au sujet traité.

### **B. Les organisations non-gouvernementales et les associations d'entreprises**

La participation des organisations non-gouvernementales est également cruciale dans le processus de production des normes, étant donné qu'elles mobilisent l'opinion publique sur des sujets spécifiques, en faisant pression sur les Etats pour qu'ils produisent des normes internationales. Elles participent d'une façon plus active quand l'Etat les invite à rédiger un projet de norme : tel est le cas de l'Union internationale pour la conservation de la nature, qui est constamment sollicitée par les Etats pour élaborer des projets de normes de protection environnementale. Dans le cas des Conventions sur la diversité biologique et sur les changements climatiques, les discussions des Conférences des parties sont suivies de près par les ONG. Dans le premier cas, RAFI et GRAIN, IISD, Greenpeace, WWF ont un rôle actif, produisant des documents, finançant la participation des experts et parfois même des membres des délégations, et organisant des séminaires pour l'information des diplomates. RAFI à elle seule a une moyenne de trente mille téléchargements par mois de rapports, dont plusieurs sont récupérés par les ambassades<sup>24</sup>. Certes, il est difficile de démontrer le lien de causalité entre l'étude des documents faite par les ONG et les décisions finales des Etats, mais ces informations montrent que, d'une certaine façon, les ONG participent activement au processus de formation du droit international. La décision finale de l'acceptation de la norme juridique appartient à l'Etat. Mais la contribution des ONG pendant tout le processus de la formation juridique ne peut pas être négligée. De plus, il faut noter que la formation juridique de normes privées, élaborées par des réseaux de groupements privés, et acceptées par la communauté internationale, est parfois plus efficace que les normes publiques. Dans ce cas, il n'y a pas participation de l'Etat, mais son accord ou une tolérance, explicite<sup>25</sup> ou implicite, de l'existence de ces normes.

Les associations des entreprises fonctionnent d'une manière parallèle. La certification exclusivement privée est acceptée par le droit international, comme par les normes de l'Organisation mondiale du commerce pour la vérification des standards reconnus par l'International standard organisation, par exemple. Cela veut dire que les Etats acceptent comme norme juridique internationale

---

<sup>24</sup> Interview avec Pat Roy Mooney, directeur de RAFI. Ils ont le contrôle partiel de l'origine du téléchargement.

<sup>25</sup> On pourrait discuter sur la possibilité d'une tolérance explicite. Il serait plus correct la nommer *acceptation* au lieu de tolérance explicite.

une règle produite exclusivement par des entreprises privées, du moment qu'elle est acceptée internationalement par les entreprises.

Ici la participation des institutions du Nord pèse davantage que celle des institutions du Sud : tout d'abord, en raison du décalage des connaissances techniques des ONG et des entreprises du Nord et du Sud ; ensuite, à cause du niveau et de la capacité de participation des entités privées internationales, aux forums globaux. Le décalage existant entre les Etats se reproduit au niveau privé. Il s'établit un type de reproduction des relations entre les Etats dans les relations entre les entités privées, mais cette contradiction y est encore plus frappante, parce qu'on ne trouve pas dans le secteur privé la présomption de l'égalité souveraine, qui masque les problèmes au niveau public.

## **§ 2. Attribution de capacités formelles**

L'attribution de capacités formelles de souveraineté est l'acte par lequel l'Etat concède à la communauté internationale le pouvoir de l'obliger à respecter la norme internationale, et de le punir en cas de non-respect. Cette concession se caractérise par la multiplication des instruments de contrôle de la mise en œuvre de ces normes. Il y a ainsi cession d'autorité, soumission au droit international. Ce transfert formel vient de la nécessité d'instaurer une coopération entre les Etats, pour que les obligations contractées soient contrôlées, surveillées, et pour qu'il y ait des instances de résolution des conflits. Une partie importante des conventions internationales présente cette nécessité de coopération comme l'élément primordial pouvant assurer le succès des engagements<sup>26</sup>. Dans le droit international en vigueur jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, il n'y avait pas d'instruments efficaces de coercition, à la seule exception de la guerre. D'une part, existaient des normes internationales contraignantes, mais pas d'instruments permettant de les rendre impératives. D'autre part, étaient établies des normes non contraignantes, et ce caractère les vidait de leur raison d'exister.

L'évolution du droit international pendant les dernières décennies a créé un ensemble complexe de mesures prévues pour obliger les Etats à remplir les obligations contractées, qui vont dès leur stigmatisation aux yeux de la société civile internationale, à l'intervention militaire de la communauté internationale, en passant par l'adoption de sanctions commerciales. De plus, les normes non obligatoires (*soft norm*) se sont multipliées, mais sont porteuses d'une fonction précise, avec un niveau d'efficacité important.

Parallèlement, on assiste à l'irruption d'une multiplication d'instances juridictionnelles: tribunaux, organes de règlement de différends, commissions d'arbitrage obligatoires, instances de

---

<sup>26</sup> Voir la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement du 14 juin 1992, l'accord de Marrakech, qui crée l'Organisation mondiale du commerce, en date du 15 avril 1994.

réconciliation. Ces instances de résolution des conflits ont pour fonction de vérifier le respect des normes internationales, de rendre des sentences ou des opinions, de condamner les Etats, moralement, économiquement ou même encore militairement.

Ainsi, les deux principaux phénomènes liés à l'expansion de l'attribution de capacités formelles par les Etats aux acteurs internationaux sont la multiplication des normes contraignantes et des *soft norms* (I) et des organisations internationales, maîtrisant différents instruments destinés à rendre efficaces les normes contractées, à contrôler l'efficacité de la loi et à punir les Etats et, par voie de conséquence, la multiplication de tribunaux internationaux (II).

### **I. La multiplication des normes contraignantes et des *soft norms***

La multiplication des normes internationales depuis 1945 est impressionnante. B. Badie indique que plus de trente-cinq mille traités ont été signés par les Etats depuis la deuxième guerre mondiale<sup>27</sup>. Le droit international volontaire contient deux modalités principales de normes : les normes obligatoires (A) et les normes non contraignantes, en réalité de simples engagements, plus connus sous le nom *soft norms* (B).

#### **A. L'expansion des normes obligatoires et des instruments de contrôle**

Les mécanismes permettant d'assurer la mise en œuvre d'un accord international et le respect, *compliance* en anglais<sup>28</sup>, d'une norme se sont diversifiés, surtout dans les branches les plus flexibles du droit international, comme les droits de l'homme ou le droit international de l'environnement<sup>29</sup>. Quand un Etat ne respecte pas les obligations contractées, on doit pouvoir disposer de mécanismes pour assurer la mise en œuvre de ces obligations ou, si cela n'est pas possible, pour lui appliquer une sanction. C'est l'ensemble des instruments obligatoires, les mécanismes utilisés pour forcer la mise en œuvre<sup>30</sup> et les possibilités de sanction qui confèrent le plus d'efficacité au droit international nécessaire comme au droit volontaire. Ces mécanismes peuvent être des mécanismes de coopération ou de coercition.

---

<sup>27</sup>BADIE. *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, *op. cit.*, p. 88

<sup>28</sup> Ici aussi, l'expression anglaise ne trouve pas d'équivalent en français.

<sup>29</sup> La troisième conférence sur sa mise en œuvre (J.Geradu and C. Wasseman (eds) 1994, 15-16) a donné la définition suivante à contraignance contrainte (*compliance*) :

« Compliance is the full implementation of environmental requirements. Compliance occurs when requirements are met and desired changes are achieved, e.g., processes of raw material are changed ; work practices are sites, tests are performed on new products or chemicals before they are marketed, etc. The design of requirements affects the success of an environmental management program. If requirements are well-designed, then compliance will achieve the desired environmental results. If the requirements are poorly designed, then the achieving compliance and/or the desired results will likely be difficult ». *apud* WOLFRUM, R. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.» *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1998, 272, p.29.

<sup>30</sup> La langue anglaise possède des expressions plus appropriées pour ces termes : *compliance* pour les mécanismes obligatoires et *enforcement* pour le mécanismes de mise en œuvre, dans le cas où l'accord manquerait d'efficacité.



Les principaux mécanismes de contrôle des accords internationaux, fonctionnant en coopération, sont la création d'un contrôle des rapports, des inspections, des institutions ayant ce but spécifique, ainsi que le contrôle public, assuré par les organisations non-gouvernementales. Les principaux mécanismes de sanction, dans le cas de la non réalisation des engagements pris sont la perte du droit à une ressource financière<sup>31</sup>, les sanctions commerciales<sup>32</sup> et la responsabilisation pour tout dommage causé<sup>33</sup>. La multiplication des normes obligatoires est un phénomène évident. La création de normes commerciales ou en rapport avec le commerce au sein de l'Organisation mondiale du commerce en sont l'exemple le plus frappant. D'autres pourraient être cités, comme l'expansion du droit d'ingérence dans les affaires humanitaires ou la création d'une Cour pénale internationale. La question centrale à étudier est celle des formes de contrôle créées dans ce contexte. Nous allons analyser tour à tour ces deux types de mécanisme. En premier lieu, les mécanismes de coopération se déclinent sous plusieurs formes.

Le *contrôle par rapports* est utilisé aussi bien par le droit international de l'environnement que pour le contrôle du désarmement ou le respect des droits de l'homme. La sophistication du contrôle par rapports augmente à chaque accord international, et les commissions ont davantage de pouvoirs de contrôle sur les activités des Etats. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979<sup>34</sup>, et ses protocoles contiennent aussi un mécanisme de rapport, considéré comme précaire parce que les données ne peuvent pas être vérifiées et que la Commission ne peut pas prendre de mesures pour punir les Etats qui présentent des rapports vicieux ou imprécis<sup>35</sup>.

Encore rudimentaires, mais un peu plus développées, certaines conventions prévoient des rapports qui sont à l'origine de négociations sur la mise en œuvre, mais qui ne rendent toujours pas

---

<sup>31</sup> Comme le non-accès à des fonds internationaux, voir la Convention sur l'héritage mondial de l'Unesco

<sup>32</sup> Voir le système de sanction de l'Organisation Mondiale de Commerce

<sup>33</sup> Comme la Cour Internationale de Justice

<sup>34</sup> ILM 18 (1979), 1442 *apud* WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law »

*op. cit.*

<sup>35</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law » *op. cit.*, p.37. Voir le Protocole relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 %, article 4, « *Rapports sur les émissions annuelles*. Chaque Partie informe annuellement l'Organe exécutif du niveau de ses émissions annuelles de soufre et de la base sur laquelle il a été calculé ». Le Protocole relatif à la lutte contre les émissions d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières est illustratif: « Article 8 Echange de renseignements et rapports annuels

1. Les Parties **échantent des renseignements** en notifiant à l'Organe exécutif les programmes, politiques et stratégies nationales qu'elles établissent conformément à l'article 7 ci-dessus et en lui **faisant rapport chaque année sur les progrès réalisés** et toutes modifications apportées dans ces programmes, politiques et stratégies, et en particulier sur :

a) les **émissions** annuelles nationales d'oxydes d'azote et la base sur laquelle elles ont été calculées,  
b) les **progrès dans l'application de normes nationales d'émission** prévues aux alinéas 2 a) et 2 b) de l'article 2 ci-dessus, et les normes nationales d'émission appliquées ou à appliquer ainsi que les sources et/ou catégories de sources considérées,  
c) les **progrès dans l'adoption des mesures antipollution**, prévues à l'alinéa 2 c) de l'article 2 ci-dessus, les sources considérées et les mesures adoptées ou à adopter,  
d) les **progrès réalisés dans la mise à la disposition du public de carburant sans plomb**,  
e) les **mesures prises** pour faciliter l'échange de technologies, et  
f) les **progrès réalisés dans la détermination de charges critiques**. »

possible la sanction des Etats contrevenants. La Convention de Paris de 1974 sur la prévention de la pollution marine à partir de sources terrestres prévoit des rapports qui sont à l'origine d'accords entre les parties, portant sur la lutte contre les pollutions. C'est un élément important, surtout quand les polluants sont originaires d'un autre Etat. Dans d'autres conventions, la commission spécifique ou le secrétariat peut aider les Etats à faire les rapports, comme la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières, ce qui représente donc une participation plus active et les possibilités d'un certain contrôle. Comme système plus évolué, nous relevons l'existence de conventions qui permettent au secrétariat d'évaluer des rapports fournis par les Etats, à exemple de la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), selon laquelle il est possible de donner un avis contraire et de demander des mesures destinées à accroître l'efficacité de la Convention<sup>36</sup>.

D'autres accords internationaux sont plus exigeants, comme le Protocole de Montréal inscrit dans la Convention sur la protection de la couche d'ozone ou la Convention sur la protection de l'environnement marin de Atlantique Nord-est. Dans le premier, le Secrétariat peut entamer un processus bilatéral de vérification des informations, demander plus de données aux Etats et indiquer des mesures à adopter. Dans la seconde, l'Etat est obligé de rendre publiques toutes les informations sur le sujet, ce qui donne la possibilité aux représentants de la société civile de participer au processus, en utilisant leur influence pour forcer l'Etat à remplir ses obligations, ou en empruntant la voie juridictionnelle.

Les Conventions les plus récentes, exigent des rapports rédigés selon une méthode homogène, ce qui permet des comparaisons. Dans le Protocole de Kyoto, qui figure dans le cadre de la Convention sur les changements climatiques, les rapports sont uniformisés, publiés et discutés par les représentants des autres Etats aussi bien que par les observateurs des organisations non-gouvernementales. De plus, il est possible de corriger les rapports qui ne respectent pas le format prévu. Les Etats ont, par ailleurs, un intérêt particulier à présenter des rapports plus fidèles à la réalité, étant donné que la fiabilité de leurs informations peut leur apporter la crédibilité nécessaire qui déterminera leur participation au marché des droits d'émission de polluants.

En droit économique, l'Organisation mondiale du commerce exige aussi des Etats des rapports sur les mesures adoptées pour mettre en œuvre les textes internationaux. Les Etats doivent détailler leurs activités douanières, tarifaires, leurs subsides, subventions et autres aspects liés au commerce. La

---

<sup>36</sup> *apud* WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law», *op. cit.* Font partie ainsi des compétences du secrétariat de CITES: «Article XII (2) (d) étudier les rapports des Parties et **demander aux Parties tout complément d'information** qu'il juge nécessaire pour assurer l'application de la présente Convention ;»

non-réalisation des rapports peut entraîner la perte de certains bénéfices prévus et placer l'Etat dans l'irrégularité.

Les *inspections* sont plus utilisées dans le processus de désarmement. Les organisations internationales envoient des experts pour vérifier la progression du désarmement à l'intérieur des Etats. Dans certains cas, le contrôle est plus rigide, comme dans les accords entre les Nations Unies et l'Irak, en raison de l'existence éventuelle des usines bactériologique. En droit international de l'environnement, la CITES permet au Secrétariat de faire une enquête à l'intérieur des frontières d'un Etat pour vérifier si une espèce est menacée d'extinction en raison du commerce. L'enquête dépend du consentement de l'Etat. La règle est la même pour la Convention de 1971 sur les zones humides d'importance internationale (Ramsar). La convention sur la chasse à la baleine, de 1974, prévoit aussi la formation d'un Schéma observateur, qui transmet des rapports à la Commission. Le choix des observateurs dépend aussi des accords entre les Etats<sup>37</sup>.

Beaucoup plus avancé, le Traité de 1991 sur l'Antarctique, prévoit une inspection surprise, sans consentement des Etats parties<sup>38</sup>. Elle a pour but d'observer que l'utilisation de l'Antarctique se fait à des fins pacifiques. La Convention sur la conservation des ressources marines de 1980 comporte la même clause. L'inspection doit donc informer le Secrétariat de toute irrégularité. Dans d'autres situations, les Etats peuvent prendre des mesures coercitives, si des irrégularités sont observées dans les inspections. C'est le cas des inspections réalisées dans le cadre de l'Accord du 10 décembre 1982 consacré à la mise en œuvre des provisions de la Convention des Nations Unies sur le droit des mers (UNCLOS)<sup>39</sup>. Les pays membres sont autorisés à prendre des mesures contre les embarcations même naviguant sous le drapeau de pays non-membres de la Convention.

La création des *Organisations internationales* a pour but l'uniformisation des critères d'élaboration des rapports, leur contrôle, la diffusion des informations produites par les Etats membres, par les organisations non-gouvernementales, par les milieux scientifiques et par les autres organisations internationales, le transfert de technologie, comme le *clearing house mechanism*. Elles servent aussi de forum aux négociations pour les avancées de l'accord international. Ce sont des commissions<sup>40</sup> ou des secrétariats<sup>41</sup> créés à partir d'un accord international. Ces organisations sont plus présentes en droit international de l'environnement. Elles se sont multipliées sur des sujets divers, parfois même sur des

---

<sup>37</sup>WOLFRUM. « Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law », *op. cit.*

<sup>38</sup> Article VII, voir 402 UNTS 701

<sup>39</sup> Voir ROBERT, J.-H. et M. REMOND-GUILLOUD. Droit pénal de l'environnement. Paris, Masson, 1983, p.193 et ss.

<sup>40</sup> Les Convention Ramsar et CITES possèdent des commissions.

<sup>41</sup> Le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, le Secrétariat de la Convention sur les changements climatiques sont des exemples.

questions connexes, mais traitées dans le cadre de plusieurs organisations différentes. Toutefois, le contrôle exercé est non-centralisé et non-organisé.

Le contrôle exercé par les organisations internationales dépend de leur structure, et de leurs compétences et, de leur niveau d'organisation. Certaines organisations tiennent des réunions régulières et leurs secrétariats ont plusieurs fonctions, comme la Convention de Londres sur l'immersion des déchets, les Conventions du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) sur les mers régionales et la CITES. Les Conventions sur la protection de la couche d'ozone et sur les changements climatiques ont créé des commissions plus larges, où chaque organe a des fonctions différentes, comme s'il y avait plusieurs commissions<sup>42</sup>. La plupart de ces organisations ont une fonction plus diplomatique que de contrôle. Dans une modalité plus contraignante, elles peuvent avoir une fonction quasi-juridictionnelle comme la Commission conjointe entre les Etats-Unis et le Canada formée pour établir le Traité des eaux transfrontières de 1909<sup>43</sup>. Ainsi la coopération réciproque, caractéristique du droit international traditionnel cède la place à la coopération collective<sup>44</sup>.

Les commissions et secrétariats n'ont pas les mêmes pouvoirs que les organisations internationales ayant une fonction juridictionnelle. Les Etats se soumettent à un contrôle plus au moins exigeant, mais sans que de sévères sanctions soient possibles. Certaines commissions ont le pouvoir de réaliser des enquêtes, comme celle issue de la Convention sur la protection de la couche d'ozone, mais les sanctions sont dictées par les collectivités des Etats membres, plutôt que par la commission. Ainsi, certains Etats, à l'exemple de la Russie ont dû s'expliquer au sujet de leur désobéissance à la Convention<sup>45</sup>. D'autres peuvent évaluer les informations et prendre des initiatives, comme nous l'avons vu ci-dessus. Les commissions doivent aider les membres et créer les conditions permettant l'accomplissement de leurs obligations. D'une façon plus contraignante, l'UNCLOS a donné pouvoir au Conseil de l'autorité internationale des fonds-marins de contrôler et coordonner la mise en œuvre de la Partie XI de la Convention<sup>46</sup>.

La *participation des organisations non-gouvernementales* est, elle aussi, importante. Les conventions internationales comme certains secrétariats et commissions voient dans leur participation un instrument de contrôle et de mise en œuvre des conventions internationales. Elles sont responsables

---

<sup>42</sup> La Convention de Paris sur la prévention de la pollution marine à partir de sources terrestres, la Convention sur la pollution du Rhin, la Convention d'Oslo et la Convention d'Helsinki sur la protection de la mer baltique ont fait de même.

<sup>43</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.», *op. cit.*, p.49.

<sup>44</sup> IMPERIALI, C., Ed. L'effectivité du droit international de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales. Coopération et développement. Paris, Economica, 1998, p.26 et KISS, A. «Environnement et développement ou environnement et survie?» Journal du Droit International, 1991, 118(2), p. 266.

<sup>45</sup> UNEP/OzL.Pro/WG.3/CRP.1, de 1991. Les parties de la Convention ont décidé postérieurement d'alléger l'interprétation de la Convention, à partir du document UNEP/OzL.Pro.LG.1/3, qui soutient l'aspect non-conflictuelle de la procédure de contrôle du respect.

<sup>46</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.», *op. cit.*, p.51.

de la collecte des informations, pour la préparation des documents et des rapports, aussi bien que pour l'analyse des rapports produits par les Etats. La participation des organisations non-gouvernementales dépend de l'accès à l'information prévu par l'accord, mais celui-ci ne représente pas encore un élément commun du droit international public. Quelques conventions environnementales le prévoient, mais cela est rare dans le cadre du droit international économique et plus rare encore dans les accords sur le désarmement.

La Convention-cadre sur les changements climatiques est récente mais elle ne prévoit pas l'accès à l'information, alors qu'il est inscrit dans la Convention sur la protection de l'environnement marin du nord-est atlantique. En général, en Europe, les conventions sur la protection environnementale les plus récentes doivent prévoir l'accès à l'information en application de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation publique dans le processus décisionnaire, et l'accès à la Justice pour les questions environnementales.

Toujours en droit international de l'environnement, l'organisation non-gouvernementale *World Conservation Monitoring Unit* contrôle les rapports des Etats sur les importations et exportations des espèces menacées. L'Union internationale pour la conservation de la nature y a une fonction extrêmement importante. D'autres organisations comme RAFI et Grain ont une participation effective au contrôle organisé par la Convention sur la diversité biologique<sup>47</sup>.

Le second type de mécanisme est le mécanisme par coercition. Les mécanismes de coercition sont les instruments juridiques créés par les Etats pour rendre effective l'application des accords internationaux. En dehors de la création des tribunaux internationaux, plusieurs méthodes de coercition peuvent être utilisées par les commissions, les secrétariats ou par l'ensemble des pays membres d'un accord international. Certains accords, comme le Protocole de Montréal, dans la Convention sur la protection de la couche d'ozone, ont créé un fonds pour les pays en voie de développement. Si un pays ne fournit pas les données demandées sur les niveaux de consommation des substances contrôlées, dans les délais prévus, il peut être exclu de la liste des pays bénéficiaires de ce fonds. De la même manière, la Convention sur l'héritage mondial prévoit l'exclusion de la liste des pays bénéficiaires de son fonds de ceux qui ont violé l'obligation de conservation des sites historiques<sup>48</sup>, même si cela n'est pas encore arrivé.

D'autres conventions prévoient des sanctions commerciales. C'est le cas de la Convention de la Convention sur la conservation du Pacifique Nord et sur les phoques à fourrures, de 1976, ou de la

---

<sup>47</sup> Leur combat pour les droits de l'homme et le désarmement a valu aux ONG deux prix Nobel de la paix, le premier a été décerné à Médecins sans frontières pour son intervention en faveur de la mise en œuvre des accords internationaux, et le second est revenu à un réseau d'ONG qui participe activement au droit international par leur coalition pour le contrôle du déminage.

<sup>48</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.» , *op. cit.*, p. 57.

CITES<sup>49</sup>. Les dispositifs de chaque convention sont variables. En application de certains accords, les Etats ont le droit de prendre des mesures commerciales pour renforcer l'efficacité des obligations non remplies par les autres Etats. La Convention de 1989 pour l'interdiction de la pêche au filet maillant dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud, autorise les Etats parties à prohiber l'importation des poissons pêchés avec utilisation des filets maillants. Le Protocole de Montréal sur les changements climatiques et la Convention sur la couche d'ozone ont aussi des dispositifs de restriction commerciale sur les produits dont la fabrication constitue une infraction aux dispositifs accordés<sup>50</sup>.

**« Article 4 : Réglementation des échanges commerciaux avec les Etats non Parties au Protocole**

1. A compter du 1er janvier 1990, chaque Partie **interdit l'importation** des substances réglementées de l'annexe A en provenance de tout Etat non Partie au présent Protocole.(...)

2. A compter du 1er janvier 1993, chaque Partie **interdit l'exportation** de l'une quelconque des substances réglementées de l'annexe A vers un Etat non Partie au présent Protocole. »

Il y a encore deux types de mesures destinées à renforcer l'application des accords internationaux qui ne sont pas des attributions de capacités, mais qui en raison de leur importance dans le droit international, méritent d'être citées. Il s'agit des mesures positives et négatives. Les mesures positives sont créées par les organisations internationales pour les pays qui assurent l'efficacité des accords signés ainsi que des mesures unilatérales imposées par des pays plus puissants. Ces actes ne sont pas des attributions de capacités parce que les Etats n'ont transmis aucun pouvoir à l'organisation internationale ou à un autre Etat puissant pour qu'il applique la mesure. Celui-ci n'a opéré aucun geste de soumission à l'acte international ou national. C'est plutôt la situation inverse qui s'opère. Un acte externe émanant de la communauté internationale ou d'un autre Etat, touche un Etat souverain et peut engendrer un changement dans sa politique internationale.

Le premier acte juridique est positif. L'Etat qui pratique certaines actions, comme la préservation de la nature, la conservation du patrimoine culturel, par exemple, est habilité à recevoir des fonds d'un bailleur international. C'est le cas de la Convention sur la diversité biologique et du Fonds global pour l'environnement (GEF), du Programme-pilote pour les forêts tropicales, du Groupe des 7 (G7), des projets de développement du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et du Fonds Multilatéral du Protocole de Montréal<sup>51</sup>.

Le second est négatif. Du côté des mesures négatives, ou mesures de sanction, figurent les impositions unilatérales émanant de certains Etats puissants. Bien que cela ne fasse pas partie du droit

---

<sup>49</sup> Voir aussi la Convention de 1940 sur la protection de la nature et la préservation de la vie sauvage dans l'hémisphère occidental, de la Convention sur la protection des oiseaux, de 1950, de l'Accord sur les ours polaires, de 1973.

<sup>50</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.» , *op. cit.*, p. 61 .

<sup>51</sup> WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.» , *op. cit.*, p. 126.

international, certains Etat plus puissants ont dans leur droit interne des dispositifs de sanction contre d'autres Etats qui violent les accords internationaux ou des valeurs considérées comme importantes. Les Etats-Unis sont l'exemple le plus fréquent de ce mode de répression. Etant donné le poids des importations nord-américaines dans l'économie d'un grand nombre de pays, les restrictions imposées par les Etats-Unis peuvent avoir des impacts importants, parfois même plus significatifs que les dispositions prises par un ensemble de pays européens ou par le Japon, au sein d'une convention internationale. L'amendement Packwood-Magnuson<sup>52</sup>, par exemple, prévoit des sanctions commerciales contre les pays qui réalisent des opérations de pêche mettant en danger le programme international de pêche des Etats-Unis. Dans ce contexte, la Garde côtière des Etats-Unis a fait plusieurs opérations de patrouille dans le nord de l'Océan pacifique entre 1996 et 1998<sup>53</sup>. L'attitude est la même pour le *Marine mammal protection act*<sup>54</sup>, le *Sea turtle conservation amendments to the endangered species act*<sup>55</sup>, le *High seas driftnet fisheries enforcement act*<sup>56</sup>. Ce type de mesure unilatérale de sanction commerciale a été appliqué plusieurs fois par les Etats-Unis, soit dans un but de conservation, soit parce qu'il s'agissait en réalité de mesures politiques masquées sous le label de préservation de la nature ou de respect des droits de l'homme. Ces mesures ne sont pas considérées comme légales selon le droit international, parce qu'elles sont unilatérales et certaines mesures américaines de rétorsion ont été condamnés par le GATT et postérieurement par l'Organe de règlement de différends de l'OMC<sup>57</sup>. C'est le décalage de puissance entre les pays qui permet qu'elles soient appliquées sans grande opposition ou contre-mesure équivalente.

\*\*\*

On a donc vu que les normes internationales ont connu une expansion importante. Aujourd'hui ce droit traite déjà d'une variété importante de sujets auparavant non-régulés ou réglementés par le droit domestique. Ce nouveau droit international est doté d'une pléthore d'instruments juridiques de contrôle pour assurer sa mise en œuvre. Ces instruments peuvent être des instruments de coopération et de coercition. Mais, il reste encore à analyser les normes connues sous l'appellation *soft norm*, qui sont aussi importantes que les normes précédentes, mais qui ne disposent pas de ces instruments de contrôle.

---

<sup>52</sup> 16 USC, § 1821 (e) (2) (1988), *apud* WOLFRUM. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.», *op. cit.*, p.63.

<sup>53</sup> Donald R. Rothwell. The general assembly ban on driftnet fishing in Dinah Shelton (ed). Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford : Oxford University, p. 140-141.

<sup>54</sup> 16 USC II361 *et seq.*

<sup>55</sup> 16 USC, § 1357, sup. IV, 1992

<sup>56</sup> 16 USC, § 1826 (a)

<sup>57</sup> Voir affaires WT/DS58/AB/R *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* et GATT. *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de thon et produits à base de thon du Canada.*

## B. L'expansion des *soft norms*

Une autre caractéristique de l'expansion du droit international est le foisonnement des *soft norms*, dans le sillage de l'accroissement des textes internationaux de tous types : *soft* et contraignants. Certes, ces normes ne comportent pas le même degré d'attribution de capacité, ni ne sont aussi importantes que les normes contraignantes, mais les Etats s'engagent à coopérer, à suivre les accords réalisés, sans se soumettre néanmoins à des obligations juridiques. Nous considérons que cette modalité d'engagement représente, elle aussi, une attribution de capacité, étant donné que l'Etat permet à la communauté internationale d'assurer un contrôle moral sur les dispositifs des accords, premièrement, et, deuxièmement parce que ces accords servent de base à la réalisation de futurs accords contraignants<sup>58</sup>. Aussi constituent-ils une étape intermédiaire de l'attribution de capacité, mais déjà porteuse de conséquences concrètes.

Les normes non contraignantes ont été désignées pendant un certain temps sous le terme de *soft law* ou droit mou. L'expression anglaise semble peu appropriée, parce que le terme *law* comporte un sens d'obligation, ce qui n'est pas le cas ici. Toutefois, il n'existe pas non plus d'expression française adéquate et usuelle. Les œuvres les plus récentes préfèrent l'expression *soft norm*, que nous préférons garder<sup>59</sup>.

Les principales raisons qui feront choisir *soft norm* au lieu d'une norme contraignante sont les suivantes :

a) La plus grande facilité à faire approuver des normes sur des sujets encore incertains, dont la validité scientifique est toujours discutée, surtout s'il y a divergence sur la nécessité des mesures, par exemple si le principe de précaution est en question. Les codes de bonne conduite sur la sécurité nucléaire adoptés par l'Agence Internationale d'Energie Atomique en sont l'illustration<sup>60</sup> ;

b) Le besoin de faire approuver une norme sur un sujet controversé politiquement, rencontrant de grandes résistances de la part de certains Etats ou de groupes de pression à l'intérieur des Etats. Il est plus facile de faire obéir à une *soft norm*, ratifiée par un nombre significatif d'Etats, qu'à une proposition de convention non-approuvée ou même à une convention contraignante dont le nombre de membres est restreint ;

---

<sup>58</sup> A exemple du Codex Alimentarius. Voir NOIVILLE, C., GOUYON, C. Principe de précaution et organismes génétiquement modifiés. Le cas du maïs transgénique. In Kourilsky. Le principe de précaution. Paris, Odile Jacob/La Documentation Française, 2000.

<sup>59</sup> Ce n'est pas seulement une question de nom, mais l'expression a un fort contenu conceptuel, étant donné la différence essentielle entre une loi internationale, obligatoire, et une norme non obligatoire. Certes le terme choisi ne lui donne pas sa valeur, mais il vaut mieux utiliser une expression plus proche de la réalité concrète. Une partie considérable du travail des juristes consiste à identifier la valeur exacte de la norme internationale. BILDER, R. B. Beyond compliance. Helping nations to cooperate. In Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 71-72.

<sup>60</sup> KISS, A. The environment and natural resources. In Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 238-239.



c) Le souci de précaution des Etats qui hésitent à adopter des normes contraignantes, étant donné que souvent, ils ne sont pas sûrs de pouvoir remplir les obligations contractées, ou qu'ils sont en désaccord sur un ou plusieurs aspects de la norme, tout en étant d'accord avec la plupart ou une partie importante des dispositions. La *soft norm* permet que l'Etat fasse partie d'un accord international, sans être obligé de respecter toutes ses dispositions ;

d) Le besoin d'une plus grande flexibilité bureaucratique dans une première période, où doivent être étudiés la mise en œuvre, le contrôle, les impacts concrets de la norme ;

e) La *soft norm* peut servir à faire pression sur les Etats qui n'ont pas consenti à faire partie d'un accord rigide, mais qui ont intérêt à participer à un accord intermédiaire. Ainsi, il est possible de développer davantage le sujet dans un premier moment et *a posteriori* de s'engager dans des négociations en vue d'un accord contraignant ;

f) Elle peut être choisie pour régler des sujets moins sensibles, le droit rigide étant réservé aux sujets fondamentaux. En général les normes environnementales sont considérées comme moins importantes que les normes économiques. C'est pourquoi il y a plus de normes contraignantes commerciales et plus de *soft norm* environnementales ;

g) Pour rendre possible la participation des organisations non-étatiques, étant donné que les Etats sont plus ouverts au contrôle externe et interne, quand il n'y a pas d'obligations concrètes<sup>61</sup>. Par exemple, l'UICN a préparé une version préliminaire de la Charte mondiale de la nature, laquelle a été envoyée par l'Assemblée générale des Nations Unies aux Etats en vue de recueillir leurs commentaires et a été ultérieurement approuvée le 28 octobre 1982<sup>62</sup>

La multiplication des *soft norms*<sup>63</sup> a commencé à partir de la deuxième moitié des années cinquante et s'est poursuivie au cours des années soixante, avec l'augmentation du nombre des membres de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cet accroissement est dû surtout à l'augmentation des pays issus du processus de décolonisation. C'est à cette époque que se mettent en place l'organisation des pays du Sud et la construction d'un droit du développement. A ce moment, une série importante de résolutions et déclarations sur le droit du développement sont approuvées par l'Assemblée générale, mais sans efficacité concrète<sup>64</sup>. Le caractère non contraignant de ces normes est

---

<sup>61</sup> SHELTON, D. Introduction : Law, non-law and the problem of 'soft law'. In Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University, 2000, p. 12-14.

<sup>62</sup> KISS. The environment and natural resources. In., *op. cit.*, p. 238.

<sup>63</sup> L'expression *soft law* est attribué à Lord McNair. Voir A Tammes, 'Soft law' in *Essays on international and comparative law in honour of judge Erades (1983) 187*, et CHINKIN, C. Normative development in the international legal system. In Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 22.

<sup>64</sup> Voir les textes des résolutions sur les décennies pour le développement, comme les résolutions 1710 (XVI) et 1715 (XV), de 1961 ; 2626 (XXV), de 1970 et 35/36, de 1980.

toujours discuté, mais dans la pratique, celles-ci n'ont trouvé aucun écho. La norme la plus illustrative dans ce contexte est celle du Nouvel ordre économique international<sup>65</sup>.

Plusieurs documents importants sont fondés sur les *soft norms*, comme l'Acte final d'Helsinki, sur l'usage des fleuves internationaux, rédigé par l'Association de droit international, en 1966<sup>66</sup>, l'accord de 1993 entre Israël et l'Organisation pour la Libération de la Palestine destiné à réactiver le processus de paix, aussi bien que plusieurs documents de restauration de la paix les concernant, la Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement ou l'Action 21.

Dans les années quatre-vingt-dix, la quantité de *soft norms* a beaucoup augmenté, surtout en droit international de l'environnement. La plupart des grandes conventions environnementales, sur les droits de l'homme, la population, et les droits des femmes, comme la Convention sur la diversité biologique, la Convention sur les changements climatiques, la Convention sur l'habitat, la Convention sur le développement social sont des conventions-cadres. Les conventions-cadres sont généralement des *soft norms*, négociées sans formulation portant sur les obligations de chaque partie, lesquelles relèvent de négociations spécifiques postérieures. Elles constituent, par ailleurs, un ensemble de principes généraux directeurs utilisés dans les négociations internationales<sup>67</sup>.

Les principales caractéristiques des *soft norms* sont les suivantes : elles sont non contraignantes ; elles contiennent des expressions vagues et des concepts imprécis ; elles s'adressent aussi à des acteurs non-étatiques, dont la pratique ne peut pas constituer du droit coutumier ; la mise en œuvre de leurs dispositifs est volontaire ; il n'y a pas d'instruments juridiques pour forcer cette mise en œuvre<sup>68</sup>.

La nature des *soft norms* n'est pas dictée par sa classification, ni uniquement par le langage utilisé, mais surtout par la pratique des Etats et des autres acteurs internationaux au regard de cette norme. La Cour internationale de justice s'est déjà prononcée à ce sujet<sup>69</sup>, aussi bien que la Commission de droit international<sup>70</sup>. Ainsi, le panel d'inspection de la Banque mondiale a transformé, par sa pratique, des guides de bonne conduite, en norme obligatoire en fonction de leur acceptabilité par un nombre représentatif d'Etats<sup>71</sup>. De même le *Codex alimentarius*, qui était une norme d'importance secondaire est devenu une norme obligatoire importante pour le droit international

---

<sup>65</sup> Voir résolution 3201 (S-VI) « Déclaration sur l'établissement d'une nouvelle ordre économique international », résolution 3202 (S-V), « Programme d'action sur l'établissement d'une nouvelle ordre économique international ».

<sup>66</sup> KISS. The environment and natural resources. *In., op. cit.*, p. 226

<sup>67</sup> PORTER, G., BROWN, J. W. *Global environmental politics*. Boulder, San Francisco, Oxford, Westview Press, 1991, p.20

<sup>68</sup> CHINKIN. Normative development in the international legal system. *In. op. cit.*, p. 30

<sup>69</sup> Affaire sur le Temple du Preah Vihear, entre Cambodge et Thaïlande, 1961 et Affaire sur les essais nucléaires, entre Australie et France, 1974.

<sup>70</sup> Voir [1966] Y.B.I.L.C. 172 *apud* Christine Chinkin. Normative development in the international legal system. *In, op. cit.*, p. 37.

<sup>71</sup> Voir Laurence Boisson de Chazournes. Policy guidance and compliance : The World Bank operational standards, p. 281 *apud* CHINKIN. Normative development in the international legal system. *In., op. cit.*, p. 33.

économique en raison de sa mise en valeur par l'Organisation mondiale du commerce, à partir de sa référence expresse dans les accords signés à Marrakech<sup>72</sup>.

Des normes privées – créées par des agents privés et non par des Etats ou des organisations internationales - peuvent aussi devenir *soft norm* et être parfois considérées comme obligatoires par les organisations internationales. L'Organisation mondiale du commerce accepte aussi les normes privées de l'ISO et ses évolutions, dans l'Accord sur les barrières techniques au commerce. Cela implique donc, que les Etats ont indirectement attribué des capacités à des agents privés pour produire des normes qui leur seront imposables<sup>73</sup>. On pourrait même, de façon plus extrême, dire qu'on assiste à un transfert de souveraineté. De cette manière, le transfert de souveraineté se produit au moment où les Etats acceptent de se soumettre à une norme privée, qui sera créée par une organisation d'entreprises.

\*\*\*

On a donc vu que le développement des *soft norms* a contribué de façon importante à l'expansion du droit international. Encore que ces normes ne comportent pas de caractère obligatoire et manquent d'éléments pour assurer son exécution (*enforcement*), elles ont un degré d'acceptabilité important et exercent un rôle significatif dans l'évolution du droit international. Et, une fois constatée la multiplication des normes, il reste à analyser la multiplication de tribunaux internationaux.

## **II. La multiplication de tribunaux internationaux**

Quand un ensemble d'Etats crée un tribunal international, il y a une attribution de capacité constituée par la soumission au pouvoir d'interprétation de la Cour sur les actes des Etats et par la soumission de ceux-ci aux décisions du tribunal. La création d'un tribunal peut être décidée directement, par les Etats, ou indirectement, par une organisation internationale. Les tribunaux sont essentiels pour la détermination du niveau d'engagement des Etats à une convention internationale. L'existence d'un organe juridictionnel est un élément différentiel important entre les conventions, encore plus si les Etats prévoient la possibilité de sanctions économiques. Le processus de création et de multiplication des tribunaux internationaux a commencé au début du siècle, avec la création de la Cour permanente de justice internationale, à laquelle a succédé ensuite la Cour internationale de justice.

---

<sup>72</sup> REINICKE, W. H., WITTE, J. M. Interdependence, globalisation and sovereignty : The role of non-binding international legal accords. *In* Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 88.

<sup>73</sup> Voir O'CONNEL, M. E. The role of soft law in a global order. *In* Shelton. Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 112.

Avant cette époque, on avait recours, de façon plus intense, à des conciliateurs et des arbitres pour la résolution des conflits spécifiques<sup>74</sup>.

Après la deuxième guerre mondiale, un nombre significatif de cours importantes ont été créées, comme la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Tribunal sur le droit des mers. Des mécanismes de résolution des différends ont vu le jour au sein de l'Accord général des tarifs et commerce et de l'Organisation mondiale du commerce, avec des instruments similaires dans l'Accord nord-américain de libre commerce (NAFTA ou ALENA) et l'Accord de commerce libre (FTA).<sup>75</sup>

En outre, en fonction de l'importance qu'ont certaines organisations pour le droit, l'économie et la politique mondiale, leurs tribunaux administratifs ont acquis une prééminence, comme ceux des Nations unies, du Bureau international du travail et de la Banque mondiale. D'autres cours ont aussi une fonction essentielle due à la résonance politique de leurs décisions, mais avec une portée plus restreinte, comme le Tribunal militaire de Nuremberg, le Tribunal international militaire<sup>76</sup>, le Tribunal pour les réclamations de l'Iran et des Etats-Unis, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda<sup>77</sup>.

D'autres mécanismes de décision moins structurés méritent aussi d'être cités, comme le Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, le Pacte international pour les droits civils et politiques, la Commission européenne des droits de l'homme, et la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

Certes, si on compare la quantité de décisions des tribunaux internationaux avec le nombre des décisions des tribunaux internes, la participation des tribunaux internationaux n'est pas très représentative. Mais l'importance de leurs décisions, politiquement et juridiquement, est significative, pour deux raisons<sup>78</sup>. Tout d'abord, ils jugent surtout des Etats et non des particuliers, si bien que certaines cours internationales acceptent la participation et l'action des particuliers, contre les Etats,

---

<sup>74</sup> Il y a eu un nombre d'arbitrages important avant la première guerre. Tout au long du XXème siècle, surtout après 1930, l'utilisation de l'arbitrage a freiné son évolution considérablement, mais elle a recommencé à progresser à la fin du siècle. Un traité de 1794 a marqué le début de l'arbitrage moderne. Ainsi, entre 1795 et 1922, il y a eu environ 350 arbitrages. Entre 1891 et 1900 seulement, il y a eu environ 74 arbitrages. Dans ce même rythme intense, entre 1900 et 1930, 165 arbitrages. A partir de 1930, l'utilisation de ce mécanisme de résolution des conflits a chuté considérablement, et entre 1930-1990, seulement 50 arbitrages ont été réalisés. Voir J.I. Charney. *International law and multiple international tribunals* Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1998, p.119.

<sup>75</sup> SANDS, P. *Environmental protection in the twenty-first century : sustainable development and international law*. In : Revesz, Sands and Stewart. Environmental law, the economy and sustainable development. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 372. et surtout SANDS, P., R. Mackenzie, Shany, Y. Eds. Manual on international courts and tribunals. London, Butterworths, 1999, 346p.

<sup>76</sup> Aussi connu comme Tribunal international militaire de Tokyo

<sup>77</sup> CHARNEY, J. I. «International law threatened by multiple international tribunals?» Recueil des cours. Académie de Droit International, 1999, **271**, p.122. L'auteur cite aussi la Cour de Conciliation et Arbitrage de la Conférence sur la Sécurité et Coopération en Europe et les efforts établis pour la constitution d'un mécanisme de résolution des différends de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

<sup>78</sup> Pour données statistiques de plusieurs instances de résolution de conflits, voir : Sands, P. and D. Kennedy. Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute. Paris, Pedone, 2000, p. 244-245.

comme la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple. Ensuite, les arrêts et avis consultatifs ont des répercussions dans les cours du monde entier et par conséquent dans l'évolution du droit international et du droit interne.

Toutefois, il n'y a pas nécessairement une hiérarchie des normes. La Cour internationale de justice n'est pas une institution au-dessus des autres tribunaux, même si elle a un statut politique supérieur<sup>79</sup>. Ce statut supérieur relève de la tradition de la Cour, de la variété des thèmes traités et du fait qu'elle est le principal organe judiciaire des Nations Unies. Mais ce n'est pas une instance supérieure aux autres. Les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et de la plupart des tribunaux cités plus haut sont la dernière instance de recours pour les conflits jugés. Les seules exceptions sont le Tribunal administratif des Nations Unies<sup>80</sup>, le Tribunal administratif du BIT<sup>81</sup> et le Conseil de l'Autorité internationale d'aviation civile<sup>82</sup>, dont les décisions peuvent être revues par la CIJ.

Ainsi, la préférence pour la CIJ n'est pas une règle. Bien au contraire, chaque cour a ses compétences. Les Etats préfèrent se reporter à l'une ou l'autre des instances de résolution des conflits en fonction de chaque situation particulière. Plusieurs raisons peuvent expliquer la mise en valeur de la CIJ<sup>83</sup>. Pour certains sujets, plus spécialisés, comme le commerce, les finances ou les investissements, les Etats préfèrent une instance dotée d'expertise et qui se montre plus traditionnelle dans ces domaines. Parfois les Etats préfèrent avoir affaire à d'autres membres que les 15 juges de la Cour internationale de justice, et peuvent alors s'adresser à des personnes issues de la région ou de la culture où le conflit prend son origine, en faisant usage de l'arbitrage ou d'un tribunal régional. Ou encore ils préfèrent maintenir le secret sur les affaires controversées, ce qui ne serait pas possible face à la CIJ, où les affaires ont toujours des répercussions médiatiques importantes. Ils peuvent aussi désirer la participation des organisations non-gouvernementales, ce qui n'est pas possible non plus devant la CIJ.

La Cour internationale de justice concentre davantage ses efforts sur les affaires liées au droit international traditionnel. La plupart des affaires concernent les problèmes de frontières, les eaux

---

<sup>79</sup> Voir RUIZ FABRI, H. «Le règlement de différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.» Journal du droit international, 1997 (3), p.719-720.

<sup>80</sup> Voir Application for Review Judgement no. 333 of the United Nations Administrative Tribunal (Adv. Op), ICJ Reports 1987 18 (27 may) ; Application for review judgement no. 158 of the United Nations Administrative Tribunal –Adv. Op), ICJ Reports 1973 166 (12 july) *apud* J.I. Charney. International law and multiple international tribunals Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1998, p.122.

<sup>81</sup> Statut du Tribunal administrative du Bureau international du travail, voir <http://www.ilo.org/public/french/tribunal/stateng.htm#Statut>, article XII. Voir aussi J.I. Charney. International law and multiple international tribunals Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1998, p.123.

<sup>82</sup> Voir Appeal Relation to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan) ICJ Reports 1972 46 (18 august). Voir aussi les affaires Iran v. Etats-Unis (Incident aérien du 3 octobre 1988, <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iirus/iirusframe.htm>, le 11 décembre 2001). Voir aussi CHARNEY. «International law threatened by multiple international tribunals?», *op. cit.*, p.122.

<sup>83</sup> CHARNEY. «International law threatened by multiple international tribunals?», *op. cit.*, p.122.

internationales, les projets conjoints de développement sur des ressources communes etc. Les autres cours peuvent aussi traiter du droit international nécessaire, mais les plus importantes sont celles qui traitent du droit international volontaire, comme les droits de l'homme, le droit de l'environnement, la santé publique ou le commerce international. Dans ce cas, l'Etat limite l'exercice de sa liberté souveraine, à partir de son adhésion aux normes internationales et il soumet ses activités au jugement d'une cour internationale. Comme la progression de la compétence de ces cours sur le droit volontaire est en pleine expansion, le nombre des activités typiquement internes aux Etats qui se voient soumises aux cours internationales va croissant. Donc, de plus en plus, les tribunaux internationaux contrôlent les activités quotidiennes des Etats, dans les disciplines les plus diverses et les plus quotidiennes, et par voie de conséquence, les individus.

Malgré la compétence à première vue restreinte des instances de résolution des conflits, certaines cours ont une compétence assez large et bénéficient d'un pouvoir important dans l'expansion du droit international volontaire. C'est le cas de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme ou encore de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. La Commission européenne des droits de l'homme, par exemple, avait enregistré 404 affaires en 1981, 2.037 en 1993 et 4.750 en 1997. Le nombre de dossiers non-enregistrés ou provisoires ouvert par la Commission en 1997 a été supérieur à 12.000. Les chiffres pour la Cour ont aussi augmenté : 7 affaires déférées en 1981, 52 en 1993 et 119 en 1997.<sup>84</sup>

L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce a acquis une grande importance et dans plusieurs domaines. Cela a été rendu possible par le gain de légitimité acquis par l'Organe, vu l'amplitude des matières traitées et la soumission des Etats aux arrêts rendus<sup>85</sup>. Des affaires importantes, comme l'utilisation des hormones bovines, les aides aux développements accordées aux ex-colonies et fixées par la Convention de Lomé, les normes sur la conservation de la qualité de l'air, ont dû être modifiées en raison des décisions de l'Organisation mondiale du commerce.

\*\*\*

Devant cette quantité de normes et de tribunaux internationaux, on peut imaginer l'éventualité d'un problème dû à la double compétence de deux ou de plusieurs tribunaux dans une même affaire, ou au manque de cohérence d'un traitement, par plusieurs tribunaux distincts, de matières relatives à un même sujet. Cette question débouche sur celle plus large, de la cohérence du droit international. C'est ce que nous devons envisager à présent.

---

<sup>84</sup> Cour Européenne des Droits de l'Homme, Aperçu 1999, p.4.

<sup>85</sup> En six ans, l'OMC a reçu 228 réclamations, sur 175 sujets différents, toujours en droit international volontaire. La plupart des arrêts ont été pris en conciliation ou par la voie juridictionnelle. Entre le 01 janvier 1995 et 23 mars 2001. Voir Overview of the State-of-play of WTO Disputes. OMC, 23 mars 2001, p. 2.

## Sous-section II – La question de la cohérence du droit international

La Convention de Vienne sur le Droit des Traités du 23 mai 1969 établit que :

« Article 31. - Règle générale d'interprétation

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties. »

La Convention confirme ainsi la tentative visant à la reconnaissance de la notion de système juridique international, puisqu'elle propose une méthode de résolution des conflits intermédiaires entre les traités et coutumes internationaux. De plus, l'article 31 (3) (c) établit que toutes les règles du droit international applicable dans les relations entre les parties doivent être considérées<sup>86</sup>. La classification de l'ensemble des normes internationales comme système dépend de la cohérence entre ces normes ainsi que de la possibilité de résolution des conflits de normes. Enfin, le mot « système » signifie « un ensemble **ordonné** de principes formant un corps de doctrine » ou une « combinaison de parties qui se **coordonnent** pour former un ensemble ». D'où deux hypothèses importantes : l'existence d'un seul droit international, formé par l'ensemble des normes signées par les Etats et la cohérence de ce droit international, cohérence assurée par une méthode de résolution des conflits entre normes opposées.

Chez les non-juristes, Raymond Aron<sup>87</sup> a lui aussi discuté la notion de système international, mais sur des bases différentes. Sa conception du système s'appuie sur le concept de droit international nécessaire, plus précisément sur la paix et la guerre. Il a hésité à employer le mot système, car la cohérence du système reposait sur la compétition, qui s'organise en fonction d'un conflit. La question de la cohérence, à cette époque, reposait plutôt sur l'idée que la cohérence était fondée sur la possibilité d'un conflit armé entre les Etats parties du système. Aujourd'hui, le problème de la cohérence repose surtout sur une autre notion de système, axée principalement sur le droit international moderne, lui-même centré non pas sur le conflit, mais sur la coopération entre les Etats, donc pacifique. Dans cette perspective, le problème en question porte sur la cohérence logique entre les normes et institutions juridiques qui forment le système et plus spécifiquement, dans cet ordre juridique où se multiplient les capacités, les compétences, les disciplines et les sources du droit, quelles articulations et quels effets sont en jeu .

---

<sup>86</sup> Sur la non utilisation par l'OMC en plusieurs affaires, voir SANDS, P. *Environmental protection in the twenty-first century : sustainable development and international law*. In : Revesz, Sands and Stewart. Environmental law, the economy and sustainable development. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p.401-402. Voir aussi : SANDS, P. . Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute. Paris, Pedone, 2000, p. 211 et ss.

<sup>87</sup> ARON, R. Paix et guerre entre les nations. Paris, Calmann-Lévy, 1962, p.103. Aron identifiait déjà la possibilité d'instances parallèles dans le droit international, qui permettaient la contradiction, p.706.

La résolution des contradictions entre les normes du droit international concernant un domaine précis, comme les conflits internes des droits de l'homme, et les conflits qui opposent le droit économique et le droit de l'environnement ne pose pas beaucoup de problèmes, parce qu'il y a un certain niveau de coordination et de cohérence entre les différents accords et que les tribunaux qui les jugent sont, en général les mêmes ou sont très peu nombreux. La question majeure est celle des conflits entre normes appartenant à différentes branches du droit international, comme on le constate dans un conflit qui oppose une norme du droit international de l'environnement à une norme des droits de l'homme, ou encore une norme du droit de l'environnement à une norme du droit économique international, par exemple. C'est un problème (de manque) de cohérence entre les normes (§ 1). La résolution de ces conflits n'est pas toujours facile, surtout quand les forums de résolution des conflits sont organisés selon une logique spécifique, inhérente à chaque domaine technique particulier, qui suit non seulement la législation spécifique et hermétique d'un domaine du droit, mais surtout la logique inhérente à cette législation. Pour vérifier s'il y a cohérence entre les différentes branches du droit international, il est nécessaire de faire également une analyse de la manière dont les tribunaux internationaux se comportent face aux conflits de normes, dans les situations concrètes, pour évaluer le (manque de) cohérence entre les tribunaux (§ 2).

### **§ 1. Le manque de cohérence entre les normes**

En droit interne, la résolution des conflits de normes est variée selon le pays. D'une façon générale, Kelsen propose une méthode de résolution logique, examinant successivement la hiérarchie, la spécificité (*lex specialis derogat lex generalis*) et la date d'adoption de la norme juridique. D'autres attributs pourraient y être ajoutés, selon l'Etat, comme la compétence d'un type de norme pour traiter un sujet spécifique ou la compétence d'un organe dans la production d'une norme se rapportant à un sujet déterminé. En droit international, cette analyse ne s'opère pas de la même façon. Tout d'abord, il n'y a pas de hiérarchie entre les traités internationaux. Il peut y avoir une hiérarchie entre une convention internationale et un protocole qui la régit, mais il n'y a pas, par exemple, de supériorité entre une convention relative aux droits de l'homme et une convention de droit de l'environnement, étant donné que les deux normes sont des conventions internationales. Ensuite, il est difficile de définir la spécificité d'une norme, surtout si le même sujet est traité dans deux domaines différents du droit international. On peut citer en exemple les normes humanitaires et les normes environnementales, étant donné que le droit de l'environnement est parfois aussi considéré comme un



droit de l'homme. Enfin, la norme la plus récente n'est pas toujours la plus valable, puisqu'il est possible que les Etats parties ne soient pas tous signataires de toutes les normes en conflit<sup>88</sup>.

Le principal problème est celui de la cohérence entre normes relevant de domaines différents. Les normes des droits de l'homme, les normes économiques, celles de la propriété intellectuelle, de l'environnement et les normes militaires sont souvent organiquement déconnectées entre elles. L'ensemble n'est qu'une collection fragmentaire de différents textes rarement mis en relation les uns avec les autres. Cette mosaïque que forment les normes du droit international commence à se connecter peu à peu, mais il est toujours fragmenté. La comparaison entre le droit international postérieur à la deuxième guerre mondiale et le droit international contemporain est à cet égard intéressante : les premiers instruments juridiques importants comme le GATT, créé en 1947, les chartes de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international ne font presque aucune référence aux valeurs émergentes de l'époque comme celles des droits de l'homme. Ainsi en va-t-il de la Convention européenne des droits de l'homme, de 1950 ou du Pacte sur les droits civils, politiques, économiques et sociaux, de 1966. Certes quelques éléments assurant la connexion entre les différents domaines du droit peuvent être trouvés, comme la Partie IV du GATT, de 1976 et le Pacte sur les droits civils, politiques, économiques et sociaux concernant les pays en développement, mais ce sont des éléments ponctuels et peu marquants.

Dans le droit contemporain, au contraire, il y a plus de références d'une branche à l'autre, et elles sont surtout en relation avec le droit de l'environnement. Presque tous les accords commerciaux font référence à la protection de la nature ou au développement durable. De même, les accords environnementaux font référence à d'importants aspects économiques comme la propriété intellectuelle, le transfert de technologie et le commerce international<sup>89</sup>. Cette vision d'un droit international contemporain plus interconnecté est essentielle pour comprendre son évolution. Mais les liaisons ne sont pas cohérentes, parce que les logiques qui ont guidé l'évolution de ces branches du droit sont distinctes. Le droit économique, incorporé par le droit de l'environnement, contient des dispositions particulières et se soumet à la logique environnementale. Les normes environnementales incorporées par le droit économique sont soumises à la logique libérale. Or, ces logiques sont parfois opposées, car on arrive à limiter à l'excès ou à annuler la protection de l'environnement, au nom du

---

<sup>88</sup> La Convention de Vienne propose une façon de résoudre ce conflit qui consisterait à analyser les normes plus récentes signées par les mêmes Etats et les pratiques internationales.

<sup>89</sup> SANDS, P. Sustainable development : treaty, custom and the cross-fertilization of international law. In Alan Boyle. International law and sustainable development. Past achievements and future challenges. Oxford, New York, New Delhi, Oxford University, 1999, p. 41-43.

commerce ou, *a contrario*, à permettre des mesures commerciales unilatérales de défense de la nature, ce qui va contre la logique de chacune de ces branches du droit.

Il est commun de voir différentes conventions internationales porter sur le même sujet et offrir des solutions différentes pour les mêmes conflits. Pour ce qui nous intéresse, nous allons centrer l'analyse sur les contradictions entre le droit international économique et le droit de l'environnement. Le principal accord du droit international économique est l'Acte de Marrakech, qui a créé l'Organisation mondiale du commerce. Celui-ci sera analysé dans le cadre d'une comparaison avec les accords multilatéraux environnementaux, pour ce qui touche les problèmes d'incohérence entre ces normes.

Un premier conflit potentiel est porté devant le tribunal compétent pour les questions environnementales ou liées à la protection de l'environnement. La Convention sur la diversité biologique stipule dans son article 27 (3) (b) que les conflits entre les parties concernant l'interprétation ou l'application de la Convention doivent se faire par négociation, conciliation, arbitrage et être portés devant la Cour internationale de justice en dernière instance. Le Protocole de biosécurité<sup>90</sup> – qui traite des organismes génétiquement modifiés – régule la Convention sur la diversité biologique. Il soumet de possibles futurs différends sur les sujets traités à la CIJ<sup>91</sup>. Pourtant, un conflit sur le commerce international des organismes génétiquement modifiés, en relation avec le contrôle du processus de production, par exemple, pourra être jugé aussi bien par l'Organisation mondiale du commerce, car il s'agit d'une matière commerciale, que par la Cour internationale de justice. Or, il serait difficile que, dans cette situation, les deux cours appliquent les mêmes normes juridiques. Tout d'abord, la CIJ se basera aussi bien sur les normes économiques du droit de l'OMC que sur la Convention sur la diversité biologique et sur le protocole de biosécurité. Certes, ces textes pourront être aussi utilisés par l'Organe de règlement des différends de l'OMC, mais ce sont les accords de l'OMC qui seront pris en considération en premier lieu, ce qui pourrait changer complètement la décision finale. Toujours dans ce contexte, le contrôle de sécurité du processus de production, pourrait donc être pris en considération par la CIJ, mais jamais par l'OMC, devant laquelle cette analyse n'est pas licite. Enfin, l'analyse portant sur la considération du principe de précaution n'a pas eu le même sort dans des procès antérieurs débattus au sein des deux forums de décisions, ce que nous analyserons ensuite<sup>92</sup>. Ces

---

<sup>90</sup> L'article 34 réaffirme l'article 27 de la Convention sur la diversité biologique.

<sup>91</sup> Plus de soixante pays signataires ont reconnu la compétence obligatoire de la CIJ, selon l'article 27 de la Convention sur la diversité biologique.

<sup>92</sup> Dans l'Organisation mondiale du commerce, voir les Affaires *Communautés européennes – mesures concernant la viande et les produits de la viande (Hormones, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R)*, *Australie – mesures affectant l'importation de saumon (saumon, WT/DS18/AB/R)* et *Japon – mesures affectant les produits agricoles (produits agricoles, WT/DS76/AB/R)*. Dans la Cour internationale de justice, voir *Gabcikovo-Nagymaros*, entre la Slovaquie et la Hongrie dont le verdict a été rendu le 25 septembre 1997.

différences d'appréciation pourraient se retrouver à propos de la Convention sur les changements climatiques, en particulier au sujet du commerce des permis d'émissions, étant donné qu'il y a sur ce sujet compétence de la CIJ, établie par la Convention sur les changements climatiques, mais aussi l'OMC, puisqu'il peut avoir des répercussions commerciales.

Une situation concrète est représentée par le conflit entre le Chili et les Communautés européennes, par rapport à la pêche à l'espadon, au sujet de laquelle les Communautés européennes ont demandé, en avril 2000, l'ouverture d'un panel contre le Chili devant l'ORD<sup>93</sup> et en décembre de cette année, les deux parties ont aussi demandé la solution du même conflit devant le Tribunal international du droit de la mer (ITLOS)<sup>94</sup>. La présentation du conflit devant l'ITLOS démontre que l'incohérence du droit international peut être utilisée par les parties, en fonction de leurs intérêts particuliers. Les deux systèmes de solutions de conflits ont progressé en parallèle, mais en mars 2001, les parties ont réalisé un accord, et ont demandé à l'ITLOS et à l'ORD la fin des procédures. Encore que ces affaires n'aient pas abouti à une solution élaborée par les juges, les deux arrêts pourraient être en contradiction, en raison des différences de priorité accordées aux normes du droit de la mer et du droit international économique, par le tribunal du droit de la mer et par l'ORD.

Dans les conflits entre les règles du droit international économique de l'Organisation mondiale du commerce et les accords environnementaux multilatéraux, la méthode d'analyse peut représenter le principal obstacle à la cohérence des décisions en provenance de différents tribunaux. L'Organe de règlement des différends auprès de l'OMC a déjà mis au point une méthodologie qui consiste à analyser tout d'abord les aspects environnementaux, dans les affaires *essence*, qui opposaient les Etats-Unis, d'un côté, au Brésil et au Venezuela, de l'autre, au sujet de la protection de l'air. Un autre cas est représenté par l'affaire *crevettes* qui a opposé les Etats-Unis à l'Inde, au Pakistan, à la Thaïlande et à la Malaisie<sup>95</sup>. La méthodologie adoptée place au premier plan la protection de l'environnement. Une fois évaluées les mesures en discussion, on procède à l'analyse des questions commerciales : la norme ne doit pas être une restriction déguisée au commerce international ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où existent les mêmes conditions commerciales. Pour qu'une mesure soit tenue pour valable, il faut que les deux évaluations soient satisfaites, l'évaluation environnementale et l'évaluation commerciale. Il faut aussi avoir fait des efforts pour négocier les solutions à apporter aux problèmes environnementaux avant de prendre des mesures unilatérales. Cette

---

<sup>93</sup> WT/DS193, *Chili - Mesures concernant le transport en transit et l'importation d'espadons*

<sup>94</sup> Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'océan Pacifique Sud-est. Voir l'ordonnance 2001/1 du tribunal.

<sup>95</sup> SANDS, P. Environmental protection in the twenty-first century : sustainable development and international law. In : Revesz, Sands and Stewart. Environmental law, the economy and sustainable development. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p.391-392.

évaluation multiple n'est pas prévue par d'autres conventions multilatérales sur l'environnement, à quelques exceptions près, de caractère générique, comme la Convention sur la diversité biologique, et constitue ainsi un motif de conflit.

Un autre domaine de conflit potentiel est celui des mesures unilatérales prises par un Etat pour décourager la production de substances nocives à l'environnement, comme celles qui détruisent la couche d'ozone, ou les processus de production qui affectent la faune et la flore, à exemple de la commercialisation du CFC. Cette modalité de discrimination, prévue par les accords environnementaux, viole les articles XX (b) et (g) du GATT<sup>96</sup>.

De même, la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction<sup>97</sup>, la Convention de 1940 sur la protection de la nature et la préservation de la vie sauvage dans l'hémisphère occidental<sup>98</sup>, la Convention de 1950 sur la protection des oiseaux<sup>99</sup>, l'Accord sur les ours polaires<sup>100</sup>, de 1973, la Convention de 1989 sur la prohibition de la pêche avec des filets maillants dans le Pacifique sud,<sup>101</sup> le Protocole de Montréal, et la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, dans la mesure où tous ces textes prévoient des règles restrictives au commerce fondées sur la protection de l'environnement, peuvent toutes être matière à conflit. Ces accords internationaux ont un nombre considérable de parties, qui, en général sont les mêmes que celles de l'OMC. Pourtant, la relation entre ces mesures et les dispositions du GATT ne sont pas forcément concordantes et l'application de telle mesure unilatérale, par tel pays<sup>102</sup>, sans négociation préliminaire entre les parties, peut être jugée illégale par l'OMC. La Convention sur l'interdiction de la pêche au filet dérivant de grande dimension dans le Pacifique Sud, de 1989, porte en son article 3 une restriction commerciale fondée sur la protection des ressources halieutiques<sup>103</sup>.

Il pourrait être utile, dans cette situation, d'appliquer des règles d'interprétation, telles la *lex specialis derogat lex generalis* et une loi postérieure déroge une loi antérieure. Les normes environnementales sont plus spécifiques, parfois aussi plus récentes que les règles du GATT. Dans ce cas, si l'on considère la validité de la Convention de Vienne, il faudrait appliquer l'accord

---

<sup>96</sup> Robert E. Hudec. The relationship of international environmental law to international economic law in Fred L. Morrison et Rüdiger Wolfrum. International, regional and national environmental law, p. 150-151.

<sup>97</sup> Voir en particulier les articles VII e VIII de CITES.

<sup>98</sup> Voir article IX

<sup>99</sup> Voir article IX

<sup>100</sup> Voir articles III et V

<sup>101</sup> Voir article 3

<sup>102</sup> L'obligations des négociations préliminaires n'est pas une caractéristique commune à ces textes internationaux, mais elle est obligatoire à l'OMC.

<sup>103</sup> « Article 3. (2) Chaque partie doit aussi prendre des mesures consistantes avec le droit international pour :

(c) **prohiber l'importation** de tout poisson ou produit de poisson, industrialisé ou non industrialisé, **dont la pêche a été faite aux filets maillants** ;>

environnemental. Mais l'Organe de règlement des différends a le pouvoir d'interpréter ses obligations selon les règles de l'OMC, et indépendamment d'autres normes, documents ou autres institutions évoquées par les parties, les arrêts proférés démontrent cette tendance<sup>104</sup>. Selon l'Organe de règlement des différends « Nous considérons qu'un groupe spécial a aussi le pouvoir d'accepter ou de rejeter tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou d'en disposer d'une autre façon tout aussi appropriée (...) Un groupe spécial a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer si des renseignements et des avis sont nécessaires dans une affaire donnée, d'évaluer l'admissibilité et la pertinence des renseignements ou avis reçus et de décider quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu. »<sup>105</sup> Dans les affaires citées, les normes économiques de l'OMC sont mises au-dessus des autres normes du droit international, puisque le droit international est interprété à la lumière des règles de l'OMC. La primauté du droit international économique sur d'autres branches importantes du droit international se fait à mesure que l'Organe de règlement des différends gagne en légitimité et que le nombre des affaires qui lui sont soumises s'accroît.

Un autre aspect important dans ce contexte est représenté par la question de la validité des mesures restrictives au commerce, prises pour des raisons environnementales, et imposées à des pays non-membres des conventions internationales. Dans la Convention de Bâle, la CITES et le Protocole de Montréal, figurent des mesures prévues contre les pays non-signataires. Or, l'application de ces mesures à des pays non signataires, est illégale pour le système du GATT<sup>106</sup>. Une analyse de ces accords par l'Organe de règlement des différends serait probablement interprétée à la lumière de la Convention de Vienne, et les Etats non-parties seraient exemptés de l'obligation de respecter des accords environnementaux.

L'analyse des décisions déjà prises par les tribunaux internationaux, et spécialement par l'Organe de règlement des différends comme par d'autres cours sera utile pour la vérification de la cohérence entre les pratiques d'interprétation du droit international<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Voir affaire WT/DS111/1, entre Argentine et Etats-Unis, en relation à la participation du Fonds monétaire international au processus.

<sup>105</sup> Affaire Etats-unis – *prohibition de l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R), para. 105 et 107. C'est nous qui soulignons.

<sup>106</sup> HUDEC, R. E. The relationship of international environmental law to international economic law. In Wolfrum. International, regional and national environmental law. The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, p.162.

<sup>107</sup> Malgré la non ratification de certaines conventions internationales de protection de l'environnement, les Etats peuvent évoquer ces conventions comme faisant partie du droit coutumier. En ce qui concerne le droit international de l'environnement et le droit économique international, on retrouve l'évocation de la Convention de Montego Bay, sur le droit de la mer, par les Etats-Unis (non-signataire), dans l'affaire *crevettes*.

## **§ 2. Manque de cohérence entre les techniques d'interprétation juridictionnelle**

Le manque de cohérence entre les techniques d'interprétation peut aboutir à des différences importantes entre les décisions des différents organes juridictionnels internationaux, particulièrement lors de l'affrontement commerce et environnement. Parmi les thèmes les plus importants, se placent les questions commerciales liées à l'environnement. L'ascension de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, son traitement des affaires liés à la protection de la nature et son attitude de fermeture face aux organisations non-gouvernementales a provoqué une nouvelle discussion sur le besoin d'une Organisation mondiale de l'environnement, dotée d'un organe de règlement des différends spécifique pour les matières liées à la protection de l'environnement et au commerce, qui agisse à la lumière des accords multilatéraux de l'environnement. Cette option ne semble vraiment pas être le mécanisme le plus approprié pour résoudre un possible problème de réductionnisme économiciste de l'environnement, étant donné qu'on identifie déjà aujourd'hui plusieurs organisations internationales de protection de la nature, spécifiques comme l'UNCLOS, ou génériques comme le PNUE, mais qui n'ont pas la même force que l'OMC pour juger les affaires liées au commerce. Ainsi, la création d'une nouvelle organisation n'apportera pas beaucoup d'éléments nouveaux dans le contexte international d'aujourd'hui. Même si une telle organisation est créée, la question clé sera toujours de résoudre les possibles problèmes de conflit de compétence et d'interprétation distincte par rapport aux conventions environnementales.

Une autre solution, plus appropriée, serait de réadapter la posture de l'Organe de règlement des différends de l'OMC pour répondre aux critiques et mettre en application les accords environnementaux multilatéraux dans les affaires jugés, et ainsi éviter le manque de cohérence entre les différents tribunaux existants. Le manque de cohérence peut se traduire de plusieurs façons : la différence d'interprétation sur un même sujet (I), la non-intégration des différentes branches du droit international (II).

### **I. Différences d'interprétation sur un même sujet – l'exemple du principe de précaution**

Cet exemple est emblématique car il a donné lieu simultanément à différentes interprétations émanant de différentes juridictions internationales. C'est pourquoi on l'utilisera ici comme l'exemple de choix pour confirmer les divergences juridictionnelles sur le plan international et les problèmes de cohérence qui en découlent.

Le principe de précaution a généralement été présenté comme l'outil de conciliation entre l'environnement et le développement. Or sa mise en œuvre au plan juridictionnel montre à quel point la conciliation est matériellement épineuse. La question de l'acceptabilité du principe de précaution au

sein de l'Organisation mondiale du commerce est un bon indicateur lorsque l'on veut comparer la cohérence entre les normes commerciales et environnementales, surtout si nous les confrontons avec l'interprétation qui en est donnée par la Cour internationale de justice. L'objet d'étude – le principe de précaution – est un principe en construction, dont la reconnaissance est vue comme un geste précurseur, favorable à la protection de l'environnement.

L'Organisation mondiale du commerce et la Cour internationale de justice ont déjà eu l'opportunité de se prononcer sur l'applicabilité du principe de précaution. Par ailleurs, les objets sont comparables. Ce qu'on entend analyser ici c'est la question de savoir si les deux organisations internationales ont ou non inclus le principe dans leur interprétation du droit international et, si oui, comment le principe a été compris. Nous examinerons donc tour à tour les arrêts rendus par l'Organisation mondiale (A) du commerce et par la Cour internationale de justice (B).

*a) L'Organe d'appel de l'OMC*

L'Organe d'appel de l'OMC a eu par trois fois l'occasion d'émettre des considérations sur l'applicabilité du principe de précaution. Il s'agit des affaires : *Australie – mesures affectant l'importation de saumon (saumon)*<sup>108</sup> ; *Communautés européennes – mesures concernant la viande et les produits de la viande (Hormones)*<sup>109</sup> ; et *Japon – mesures affectant les produits agricoles (produits agricoles)*<sup>110</sup>. Le principe de précaution a été invoqué, à chaque fois, au sein de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)<sup>111</sup>.

L'article 2.2 prévoit qu'un pays - membre ne peut pas prendre de mesure de protection, sans avoir de « preuves scientifiques suffisantes ». La première difficulté réside dans la nécessité d'identifier le contenu de l'expression « suffisante » présente dans l'article. Selon l'Organe d'appel, dans l'affaire *produits agricoles*, suffisante est un mot relationnel. Il doit être lu en fonction du rapport existant entre le niveau de restriction imposé par la mesure prise par le pays et l'évidence scientifique. Ainsi, le degré de consolidation du lien causal entre la mesure et les preuves scientifiques devient l'aspect le plus important du débat. En conséquence, c'est une expression qui doit être vérifiée au cas par cas. Elle se rapporte aussi à la dernière phrase de l'article, donc, le mot *suffisante* inclut les articles 3.3 et 5.7.<sup>112</sup>

---

**108** WT/DS18/AB/R

**109** WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R

**110** WT/DS76/AB/R

**111** Voir aussi : RUIZ FABRI, H. «La prise en compte du principe de précaution par l'OMC.» *Revue juridique de l'environnement*, 2000 (No. Spécial – Le principe de précaution).

**112** L'article 3.3 est aussi cité pour son rapport étroit avec l'article 5.7, bien qu'il ne soit pas cité dans l'article 2.2. WT/DS76/AB/R, paragraphe 73 et 74

Pour la concrétisation du principe de précaution, l'Organe d'appel, basé sur l'article 5.7, pose des conditions. La mesure doit être :

1. imposée dans une situation où les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes ;
2. basée sur l'information scientifique disponible ;
3. suivie par un effort pour obtenir des informations additionnelles nécessaires à une évaluation plus objective du risque ; et
4. conditionnée au ré-examen dans un délai raisonnable »

Nous décelons une cinquième condition, alors que l'Organe d'appel en mentionne seulement quatre, étant donné qu'il exige aussi que la mesure soit provisoire, et ne considère pas son caractère provisoire comme une condition d'analyse, ce avec quoi nous sommes en désaccord. S'il exige que la mesure soit considérée comme provisoire, cette condition est, dans la pratique, une condition de l'acceptabilité de la mesure.

Ces conditions sont cumulatives et également importantes pour déterminer la consistance de la disposition. Comme l'indique l'Organe d'appel, dans l'affaire *produits agricoles*, s'il manque une de ces conditions, la mesure de protection sera considérée comme contraire au droit de l'OMC<sup>113</sup>.

La détermination de l'insuffisance de preuves scientifiques disponibles est faite par chaque pays. Certes, il ne faut pas d'unanimité scientifique en faveur de la mesure, mais il faut au moins l'existence d'un doute, voire d'une controverse scientifique. S'il n'y a pas de controverse, il n'y a pas non plus de base permettant que soit prise une mesure SPS.<sup>114</sup> La périodicité de la révision de l'examen est précisée au cas par cas, selon la nature de la mesure, celle des produits en question et les avancées scientifiques. Par l'analyse réalisée, on s'aperçoit donc que l'OMC reconnaît le principe de précaution, et lui donne un contenu concret, encore que cette analyse limite la marge de manœuvre des Etats. Il reste à évaluer la position de la Cour internationale de justice.

#### *b) La Cour internationale de Justice*

La Cour internationale de justice a également eu l'occasion d'évaluer l'application du principe de précaution, dans *l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, opposant la Slovaquie et la Hongrie et dont le verdict a été rendu le 25 septembre 1997<sup>115</sup>. Il s'agit donc d'une décision récente,

---

<sup>113</sup> WT/DS76/AB/R, paragraphe 89

<sup>114</sup> Voir Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.157 et 8.158 ; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.160 et 8.161, cités aussi par WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, paragraphe 120

<sup>115</sup> En ce qui concerne la considération des questions environnementales par la Cour internationale de Justice, voir aussi : SANDS, P. «Cour internationale de justice». *Bulletin de droit nucléaire*, 1996, 58 (décembre), p.56-72. et SANDS, P. *Enforcing environmental security*. In : Sands, P. *Greening international law*. London, Earthscan, 1993, p. 61-62.



postérieure à un grand nombre de normes internationales établies sur l'existence du principe de précaution. Elle est seulement antérieure de deux mois à la décision émise dans l'affaire *hormones* à l'OMC. Certes le rapport entre les deux sujets est presque inexistant, sauf précisément en ce qui concerne la prise en compte du principe de précaution. Nous allons donc étudier l'allégation du principe de précaution devant la CIJ et l'interprétation de celle-ci sur l'application du principe.

La Cour internationale de justice a préféré juger l'affaire en l'inscrivant dans la théorie de la responsabilité civile, et plus spécifiquement, de la prise en considération de l'état de nécessité comme cause du non-accomplissement des obligations de la Hongrie dans l'exécution d'un traité international. Il y aurait, selon la Hongrie, un état de nécessité environnemental, basé sur le principe de précaution. L'objet du traité étant la réalisation d'un investissement économique compatible avec la protection de l'environnement et exploité conjointement par les deux parties contractantes. Puisque la compatibilité avec la protection de l'environnement n'existait plus, la réalisation de l'objet du traité était impossible selon les articles 61 et 62 de la Convention de Vienne.<sup>116</sup>

La Cour<sup>117</sup> n'a pas considéré que les avancées<sup>118</sup> en matière d'environnement étaient un élément imprévu, s'inscrivant dans le cadre de la théorie de l'imprévisibilité<sup>118</sup>. Elle a même reconnu que les impacts environnementaux des projets ont été considérables<sup>119</sup>. L'évolution scientifique aussi bien que le développement durable sont cités comme des éléments importants de la discussion<sup>120</sup>. Toutefois, à partir du moment où la Cour internationale de justice juge la matière dans l'optique du droit de la responsabilité, elle exige que le péril soit «grave et imminent» et ajoute que les doutes évoqués par la

---

<sup>116</sup> «Article 61 - *Survénance d'une situation rendant l'exécution impossible*

1. Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de **la disparition ou destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité**. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité (...)

*Article 62 - Changement fondamental de circonstances*

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que :

a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties liées par le traité ; et que

b) ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

<sup>117</sup> Paragraphe 104

<sup>118</sup> Voir si les avancées législatives de cet ordre peuvent être comprises dans la théorie de l'imprévisibilité.

<sup>119</sup> Voir paragraphe 140

<sup>120</sup> « Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. 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. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement. » *in* paragraphe 140

Hongrie n'étaient pas suffisants pour caractériser ce dernier. De plus, il n'y avait pas de preuves du caractère « grave et imminent » du danger. Le texte de l'arrêt est clair :

« La Cour considère cependant que, quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, **elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un «péril» en tant qu'élément constitutif d'un Etat de nécessité.** Le mot 'péril' évoque certes l'idée de 'risque' ; c'est précisément en cela que le 'péril' se distingue du dommage matérialisé. Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un 'péril' dûment avéré au moment pertinent ; **la seule appréhension d'un 'péril' possible ne saurait à cet égard suffire.** Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le «péril» constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois «grave» et «imminent».

'L'imminence' est synonyme 'd'immédiateté' ou de 'proximité' et **dépasse de loin le concept d'éventualité**'. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril 'extrêmement grave et imminent' doit s'être 'trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé'»

En un mot, la Cour internationale de justice n'a pas considéré, dans l'affaire Gabcíkovo-Nagymaros, que le principe de précaution était suffisant pour permettre la reconnaissance des éléments démontrant l'état de nécessité dans une situation concrète. Elle a donc perdu une occasion importante de faire progresser le droit international, à travers l'incorporation du principe de précaution à la doctrine de l'état de nécessité<sup>121</sup>.

### *c) Cour de justice des Communautés européennes*

Le principe de précaution a été invoqué dans plusieurs affaires portées devant la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE). Les positions de la Cour européenne, à ce sujet, n'ont pas été aussi vagues que la position de la Cour Internationale de Justice, ni aussi rigides que la position de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC<sup>122</sup>. Cette troisième posture face au principe de précaution contribue à l'élaboration d'une conclusion formée à partir des différentes interprétations données à propos de la mise en œuvre de ce principe. Parmi les affaires les plus pertinentes, on notera *Safety Hi-Tech Srl contre S&T Srl*, *Gianni Bettati contre Safety Hi-Tech Srl*<sup>123</sup>, et l'affaire vache folle,

---

<sup>121</sup> Voir à ce propos SANDS, P. . *Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute*. Paris, Pedone, 2000, p.211 et ss.

<sup>122</sup> LA CJCE commence tôt à avoir une préoccupation pour la protection de l'environnement. Certains auteurs, comme P. Sands remarquent cette tendance dès la fin des années quatre-vingt. Voir SANDS, P. «European Community environmental law : legislation, the European Court of Justice and common-interest groups.» *Modern Law Review*, 2000, **53**(5), p. 685-698.

<sup>123</sup> Affaires C-284/95 et C-341/95. La discussion du principe de la précaution est présente dans la mesure où on discute la nécessité de la mesure restrictive de CFC, dont la Cour accepte l'adoption du principe. La discussion du principe de la proportionnalité est aussi importante, puisque le Conseil de l'Europe avait pris des mesures restrictives pour certaines substances et non pour d'autres, plus dangereuses, comme les halons. L'argumentation du conseil a soutenu qu'il n'y avait pas de substances susceptibles de remplacer l'utilisation des halons, et que l'utilisation des halons était pratiquée à petite échelle, et que donc d'une façon globale ces substances étaient moins nocives à l'environnement. L'argumentation a été

qui a opposé la France à la Commission européenne<sup>124</sup> sur la levée de l'embargo pesant sur la viande anglaise ; elles sont intéressantes au regard des principes de précaution et de proportionnalité, mais c'est celle de Mondiet (C-405/92) qui se montre la plus illustrative de la position de la Cour.

La Cour a analysé l'affaire à la lumière du principe de précaution. Elle a compris qu'il n'y avait vraiment pas d'études scientifiques précises sur les conséquences que pouvait avoir l'utilisation de filets maillants sur toutes les espèces menacées et que donc, le Conseil avait agi dans la sphère de son pouvoir discrétionnaire, sans avoir fait preuve de l'excès invoqué, et en s'appuyant sur le principe de précaution. Elle considérait donc qu'il n'y avait pas eu détournement de pouvoir, comme le prétendaient les pêcheurs<sup>125</sup>

Enfin, la Cour a aussi accepté la position du Conseil, position dans laquelle il soutenait qu'il pourrait changer la norme juridique au cas où il aurait en sa possession de nouvelles études contraires à la restriction adoptée. Ce qui rend la position de la CJCE complètement distincte de l'arrêt posé par l'Organe de règlement des différends de l'OMC parce qu'aucune obligation n'a été faite au Conseil, de réaliser des études scientifiques pour justifier la mesure restrictive ni de pratiquer de nouvelles analyses périodiques concernant la mesure. La position de la Cour maintient le Conseil dans une position confortable et fortifie son pouvoir discrétionnaire d'utiliser le principe de précaution, sans obligations concrètes futures quant au maintien d'une norme restrictive.

## **II. La non-intégration des différentes branches du droit international**

Pour montrer concrètement ce phénomène, l'exemple du droit international de l'environnement et des droits de l'homme apparaît comme un cas de figure utile. De plus en plus, le droit de l'environnement est considéré par les juristes des droits de l'homme comme une partie de cette branche du droit international. S'il s'agit là d'une vision plutôt anthropocentrique qui divise les juristes, elle est acceptée par les cours internationales et plusieurs affaires ont été déjà jugées à la Cour européenne des droits de l'homme qui touchaient au respect du droit de l'environnement. Il existe aussi des arrêts où

---

acceptée par la Cour. Voir aussi NOIVILLE, C. «Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé.» *Petites affiches*, 2000, **239**(30 novembre), p.46.

<sup>124</sup> Affaires C-157/96, C-180/96 et surtout l'affaire C-1/00. Dans cette dernière affaire, la France a refusé d'accepter la commercialisation des viandes bovines originaires du Royaume-Uni, malgré la position scientifique favorable à la commercialisation, du Comité Scientifique Directeur de la Communauté européenne. La France a été condamnée à accepter la position de l'organe scientifique communautaire, au détriment de la position scientifique des autorités françaises. Cette affaire est intéressante au regard de l'imposition communautaire de ces standards de sécurité alimentaire aux Etats membres.

<sup>125</sup> La considération sur la position restrictive de la CIJ est noté par DUPUY, P.-M. «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?» *Revue Générale de Droit International Public*, 1997, **101**(4), p.890, note 54.

des situations traitées par les conventions de droit international de l'environnement sont analysées dans l'optique des droits de l'homme, et les décisions sont basées sur ce droit. Même si l'on arrive à des solutions similaires, on constate un manque de cohérence dans l'application de normes plus générales au lieu de normes spécifiques, qui démontre comment les tribunaux sectoriels sont encore fermés à la multidisciplinarité du droit international, surtout du droit international volontaire.

L'affaire *Lopez Ostra v. Espagne* illustre ce phénomène. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les normes établies pour lutter contre la pollution environnementale étaient basées sur un droit individuel, prévu dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui traite du droit au respect à la vie privée<sup>126</sup>. La cour procède à une série de considérations sur la protection de l'environnement tout au long de l'arrêt, mais elle ne fait, à aucun moment, référence à une norme ou à une pratique coutumière du droit international de l'environnement. Dans un autre arrêt, *Balmer-Schafroth et d'autres v. Suisse*, la majorité des juges (douze) a décidé que l'article 6 de la Convention européenne ne garantissait pas le droit des résidents locaux à l'accéder aux organes administratifs et judiciaires en Suisse, pour obtenir que soit mis fin à l'extension d'une licence en opération de centrale nucléaire, alors que huit autres juges ont condamné la position dominante, en formulant un grief, à savoir que le droit de l'environnement, et notamment le principe de précaution avaient été ignorés<sup>127</sup>. Dans l'affaire *Arrondelle v. Royaume-Uni et Powel et Rayner v. Royaume-Uni*, la Cour a considéré comme une violation de la qualité de la vie, donc des droits de l'homme, le bruit causé par un aéroport<sup>128</sup>. Tout cela démontre que, malgré l'existence de différentes branches de droit, dans le milieu juridictionnel, ces branches sont traitées de façon hermétique, avec peu de communication, ce qui corrobore l'idée d'un droit compartimentalisé, incohérent ou non-systémique.

## Conclusion

L'expansion du droit international est évidente. Le droit international touche progressivement aux domaines traditionnellement considérés comme internes aux Etats. Ce qui explique un déplacement de capacités matérielles et formelles du niveau national vers le niveau international. Au plan matériel, on identifie une multiplication des thèmes qui ressortissent du droit international ainsi que des source

---

<sup>126</sup> (1995) EctHR Ser. A., no. 303-C

<sup>127</sup> Philippe Sands. Sustainable development : treaty, custom, and the cross-fertilisation of international law in Alan Boyle and David Freestone. International law and sustainable development. Oxford : Oxford University, p. 47.

<sup>128</sup> Au premier affaire, la Cour n'a pas jugé sur le fond, mas a proposé un accord entre les parties. Au deuxième, la Cour a conclu pour la violation de droits Voir aussi DESGAGNÉ, R. «Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights.» *American Journal of International Law*, 1995, **89**(2). Voir aussi Maljean-Dubois, S. «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à l'information en matière d'environnement. A propos de l'arrêt rendu par la CEDH le 19 février 1998 en l'Affaire Anna Maria Guerra et 39 autres c. Italie.» *Revue Générale de Droit International Public*, 1998, **102**(4), p.995.

d'inspiration du contenu dans la formation de ce droit. Au plan formel, l'expansion des normes contraignantes et des *soft norms* est notable, aussi bien que la multiplication des tribunaux internationaux. Pourtant, il y a un décalage entre le pouvoir de participation des pays du Sud et celui des pays du Nord. Les Etats du Nord collaborent davantage à la formation du droit international. Cela signifie que les Etats du Sud ont de moins en moins part à l'évolution de la réglementation concernant leurs affaires internes.

Cette expansion suit des logiques différentes et la coexistence comme l'accumulation de logiques diverses contribue à la formation d'un ensemble juridique incohérent. L'existence de plusieurs ensembles de normes juridiques contradictoires permet aux Etats les plus puissants d'utiliser le droit que les convient le plus, pendant qu'on contribue à développer un *autre droit plus favorable à l'environnement, ou aux pays les moins développés, ou à d'autres valeurs politiquement importants*, mais sans le même niveau d'efficacité du droit contraignant. C'est justement le niveau de contraignance de chaque ensemble de normes internationales qui va déterminer l'efficacité d'une branche du droit international.