

2. QU'EST-CE QUE LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT?

2.1 INTRODUCTION

Au cours des dernières décennies, le public, informé par les avertissements des scientifiques, a de plus en plus pris conscience des menaces pesant sur l'environnement, ce qui l'a poussé à exiger que le droit protège le cadre naturel dont dépend le bien-être de l'humanité. Sous la pression croissante de l'opinion publique nationale et internationale, les gouvernements ont commencé à s'inquiéter de l'état général de l'environnement au cours des années soixante et ont introduit une législation destinée à combattre la pollution des eaux intérieures, des océans et de l'air, et à protéger certaines villes et certaines régions. Simultanément, ils ont mis sur pied des organes administratifs, des ministères et des organismes environnementaux spéciaux pour préserver plus efficacement la qualité de vie de leurs citoyens. Les développements du droit de l'environnement international ont eu lieu parallèlement à cette évolution au sein des Etats, reflétant un consensus croissant donnant la priorité à la résolution des problèmes environnementaux. Actuellement, le droit de l'environnement national et international est complexe et vaste. Il comprend des milliers de règles visant à protéger les éléments vivants et non vivants de la Terre et ses processus écologiques.

Les problèmes environnementaux viennent principalement de deux catégories d'activités humaines:

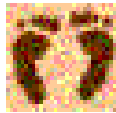
- 1) L'utilisation des ressources à des niveaux insoutenables, et
- 2) La contamination de l'environnement par la pollution et les déchets à des niveaux dépassant la capacité de l'environnement à les absorber ou à les rendre inoffensifs.

Voici des dommages constatés à travers le monde résultant de ces activités:

- Une diminution de la biodiversité
- La pollution de l'eau et les problèmes de santé publique qui en résultent
- La pollution de l'air, qui provoque une hausse des maladies respiratoires et la détérioration des bâtiments et des monuments
- La diminution de la fertilité du sol, la désertification et la famine
- L'épuisement des ressources de la pêche

- Dans certaines régions, l'augmentation des cancers de la peau et des maladies oculaires, due à la destruction de la couche d'ozone
- De nouvelles maladies et des vecteurs de maladies plus étendus
- Des dommages touchant les générations futures.

Il est impossible d'échapper aux lois de la nature, il faut donc les accepter. L'une de ces lois est que toutes les activités humaines ont un impact sur l'environnement. En effet, chaque individu possède une «empreinte écologique», qui représente la somme des ressources utilisées par cet individu et la mesure dans laquelle il contribue à la pollution. Les empreintes écologiques des individus varient considérablement, à la fois au sein des Etats et d'une région à l'autre du monde.



Une deuxième loi de la nature est que tous les milieux environnementaux (l'air, l'eau, le sol) et toutes les espèces sont interdépendants. Par conséquent, un dommage causé à un aspect de l'environnement risque d'avoir des conséquences importantes et imprévues. Par exemple, le renversement d'un produit chimique dans une mine d'or polluera non seulement le sol environnant, mais ce produit peut aussi s'infiltrer dans les ruisseaux et les rivières, être transporté dans la mer et pénétrer dans la chaîne alimentaire en étant absorbé par les plantes et les animaux. Une loi naturelle liée à ce phénomène est que l'environnement ne connaît pas de frontières; un dommage causé à un territoire peut avoir et aura souvent des effets dans un autre. C'est pour cela que la collaboration internationale est nécessaire. Cela signifie aussi que les juges devront peut-être juger des affaires concernant la pollution transfrontalière ou d'autres dommages transfrontaliers. Finalement, l'étendue d'un dommage environnemental dépend des caractéristiques naturelles d'un contaminant déterminé. Par conséquent, des dommages résultant de la radioactivité, par exemple, continueront jusqu'à ce que les substances radioactives se détériorent naturellement, ce qui peut prendre des centaines, voire des milliers d'années.

Pour réussir à appliquer les principes de développement durable, il faut réduire les risques liés à la pollution et les interférences avec les systèmes nécessaires à la vie tels que le climat mondial. Il est également nécessaire de prendre des mesures pour conserver les paysages, l'héritage naturel et culturel et la diversité biologique en

consommant avec prudence les ressources naturelles, surtout les ressources non renouvelables.

2.2 DEFINIR L'ENVIRONNEMENT

Une définition légale de l'environnement contribue à délimiter l'étendue du sujet, à déterminer l'application des règles légales, et à établir le degré de responsabilité quand un dommage se produit. Le mot *environnement* est un dérivé d'*environner*, un ancien mot français signifiant encercler. Dans un sens large, l'environnement peut comprendre l'ensemble des conditions naturelles, sociales et culturelles qui influencent la vie d'un individu ou d'une communauté. Par conséquent, on peut estimer que des problèmes tels que les embouteillages, la criminalité et le bruit sont des problèmes environnementaux. Géographiquement parlant, *l'environnement* peut se référer à une région limitée ou englober la planète tout entière, y compris l'atmosphère et la stratosphère.

Cadre 1 Définir "l'environnement"

"Environnement": complexe de facteurs et d'éléments naturels et anthropiques qui sont en corrélation et qui affectent l'équilibre écologique et la qualité de la vie, la santé humaine, l'héritage culturel et historique et le paysage.

Art.1(1) Loi sur la protection de l'environnement (Supp.)(1991), Bulgarie.

"Environnement": part de la nature qui est ou pourrait être influencée par l'activité humaine.

Art. 5(1)(1), Loi sur la protection de l'environnement de juin 1993, Slovénie.

"L'environnement" comprend

- les ressources à la fois biotiques et abiotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions entre les mêmes facteurs;
- la propriété qui constitue une partie de l'héritage culturel;
- les aspects caractéristiques du paysage.

Art. 2(1), Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement (Lugano. 21 juin 1993)

Etant donné l'importance potentielle de ce domaine, dans certaines circonstances, le droit et la politique réagiront autant à des détériorations de l'environnement provoquées par une intervention humaine qu'à des détériorations causées par des événements naturels tels que des éruptions volcaniques. Même si le droit ne peut pas influencer les processus naturels provoquant des changements environnementaux, il peut contrôler et contrôlera le comportement des humains, y compris leurs réactions aux catastrophes naturelles. Des définitions larges et le fait que toutes les activités humaines aient un impact sur l'environnement font qu'il est difficile d'établir les limites

du droit de l'environnement en tant que branche du droit indépendant; cela implique, en effet, l'intégration de la protection de l'environnement dans tous les domaines du droit et de la politique.

2.3 LES BASES DU DROIT ENVIRONNEMENTAL

Le droit vient des traditions culturelles et des valeurs morales et religieuses de chaque société. Ces traditions et ces valeurs continuent à influencer le développement des normes légales. Dans le contexte de la protection de l'environnement, les cultures, les religions et les systèmes légaux à travers le monde contiennent des éléments qui respectent et cherchent à conserver les bases naturelles de la vie, en maintenant des concepts et des principes qui peuvent stimuler et enrichir le développement du droit de l'environnement moderne. De tels principes incluent le respect de la terre et de tous les êtres vivants, un équilibre entre le développement et la conservation, la gestion des ressources de la Terre, l'équité entre les générations et des droits et des obligations communs.

2.3.1 Les traditions religieuses

Les traditions religieuses du monde entier constituent une base pour le droit de l'environnement. Les représentants du bahaïsme, du bouddhisme, du christianisme, de l'hindouisme, de l'islam, du jaïnisme, du judaïsme, du shintoïsme, du sikhisme, du taoïsme et du zoroastrianisme, qui appartiennent à l'Alliance des religions et de la conservation, une organisation non gouvernementale, ont trouvé dans les traditions religieuses une base commune pour la gestion de la Terre.

D'anciennes chroniques bouddhistes datant du III^e siècle ap. J.-C. relatent un sermon sur le bouddhisme dans lequel le fils de l'empereur Asoka des Indes affirmait que «les oiseaux du ciel et les animaux ont autant le droit de vivre et de se déplacer dans n'importe quelle partie du pays que vous. La Terre appartient au peuple et à tous les êtres vivants; vous n'en êtes que le gardien». (*Le Mahavamsa, ou La grande chronique de Ceylan*, Chap. 14, cité par la CJI dans *L'affaire concernant le projet Gabçikovo-Nagymaros sur le Danube*, 25 septembre 1997, Opinion séparée du juge C. Weeramantry, n^o 44). Par la suite, le roi a mis au point un système légal fournissant des sanctuaires aux animaux sauvages qui a continué à exister jusqu'au XVIII^e siècle.

Certains passages des textes judéo-chrétiens précisent que la Terre et ses ressources n'appartiennent pas aux humains. La loi juive prévoyait la défense des oiseaux (Deut. 22:6-7) et la protection des arbres en tant de guerre (Deut. 20:19), et réglait la destruction des déchets humains (Deut. 23:13). La tradition chrétienne autorise la domination de la nature par l'homme à condition qu'il soit compétent pour utiliser

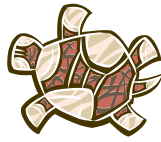
et gérer les ressources du monde dans l'intérêt de tous et d'être prêt à aider les autres en cas de besoin. Par conséquent, le titre individuel impose une responsabilité et un devoir.

En 1983, des experts musulmans ont entrepris une étude de la relation entre l'islam et la protection de l'environnement. Voir: *Les principes islamiques pour la conservation de l'environnement naturel* (IUCN *Environmental Policy and Law Paper 20*, 1983). Les résultats soulignaient que l'homme est simplement le gestionnaire de la Terre, et pas son propriétaire, son bénéficiaire et pas son dépositaire ni son maître. On a garanti à l'homme qu'il hériterait de la Terre pour qu'il la gère et l'utilise à son profit, et pour qu'elle serve ses intérêts. Cependant, il doit la conserver, l'entretenir et la préserver honnêtement, et il doit agir dans les limites de l'honnêteté. Chaque génération est habilitée à utiliser la nature dans la mesure où elle ne perturbe pas et ne nuit pas aux intérêts des générations futures. Les principes islamiques envisagent donc la protection et la conservation des éléments naturels de base en faisant de la protection, de la conservation et du développement de l'environnement et des ressources naturelles un devoir religieux obligatoire pour tout musulman. Dans l'affaire *M.D. Tahir contre le Gouvernement provincial & les autres*, la Cour pakistanaise a analysé la loi islamique interdisant le fait de chasser et de tuer inutilement des oiseaux et des animaux quand une pétition constitutionnelle a demandé qu'on interdise les différentes formes de chasse en vertu des articles 18 et 199 de la constitution. La Cour pakistanaise a admis que le fait de chasser et de tuer des animaux sans que ce soit nécessaire était contre les injonctions de l'islam et de la constitution, mais a conclu qu'une interdiction générale de chasser ou de tuer tous les animaux et tous les oiseaux ne pouvait être garantie.

2.3.2 Les communautés traditionnelles

Les communautés traditionnelles, les habitants des forêts et les communautés subsistant de la chasse et de l'agriculture ont longtemps pratiqué des activités leur permettant de se nourrir et ont développé une connaissance unique de leur environnement et de leurs ressources. Les pratiques d'irrigation des Incas, les jardins forestiers du Sri Lanka, qui est un pays de collines, et les pratiques discutées dans *Abdikadir Sheikh Hassan et les autres contre le Service de la vie sauvage du Kenya* (Cour suprême du Kenya, affaire civile n° 2059/1996) en sont quelques exemples. La sagesse traditionnelle africaine, les traditions des Mélanésien, des indigènes australiens, des Polynésien, des Asiatiques, des Amérindiens et des anciens Européens contiennent toutes des principes pertinents pour la justice environnementale et le développement durable. De plus, de nombreuses sociétés traditionnelles ont une relation unique avec la Terre et considèrent qu'elle ne peut être qu'utilisée, et non possédée. Certains considèrent la Terre dans son entièreté comme un organisme vivant capable d'être blessé et de souffrir. On peut protéger des

régions ou des ressources en les désignant comme sacrées ou taboues.



Les peuples indigènes ont une relation particulière avec la Terre et l'environnement dans lequel ils vivent. Comme l'a noté un rapporteur spécial des Nations unies, Mme Fatma Zohra Ksentini:

La Terre est vénérée dans presque toutes les cultures indigènes; "la Terre Nourricière" est au centre de leur culture. La Terre est le foyer des ancêtres, elle subvient aux besoins matériels quotidiens et elle représente l'avenir des générations futures. Selon le point de vue des indigènes, la Terre ne devrait pas être déchirée et exploitée (cela constitue une violation de la Terre) et elle ne devrait pas non plus être achetée, vendue ou échangée. De plus, pendant une longue période, les peuples indigènes ont développé des systèmes efficaces d'utilisation de la Terre et de gestion des ressources. Ces systèmes, comprenant le pastoralisme nomade, le déplacement des cultures, différentes formes d'agrosylviculture, l'agriculture en terrasses, la chasse, la constitution de troupeaux et la pêche, ont longtemps été considérés comme inefficaces, peu productifs et primitifs. Cependant, alors que l'opinion mondiale prend davantage conscience de l'environnement et surtout des dommages causés aux habitats fragiles, un intérêt correspondant pour les pratiques indigènes d'utilisation de la Terre s'est développé. La notion de durabilité est l'essence même des économies indigènes mais aussi de leurs cultures.

Au niveau international, la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail sur les peuples indigènes et l'article 8 de la Convention sur la diversité biologique contiennent des clauses protégeant les styles de vie traditionnels et les connaissances des peuples indigènes et des communautés locales.

Les lois et les politiques nationales ou locales peuvent protéger ou, au contraire, marginaliser et désavantager les communautés, surtout les communautés indigènes ou tribales menant des styles de vie traditionnels. Dans certains cas, on a obligé les peuples indigènes sur leurs terres traditionnelles à céder la place à des projets de développement (voir l'affaire *Narmada* en Inde) ou on a exploité leurs ressources, par exemple par la déforestation de leurs terres traditionnelles. Certains peuples indigènes ont vu leurs terres traditionnelles déclarées zones protégées. Ils ne sont donc plus autorisés à y vivre.

L'application des lois et des normes traditionnelles qui garantissent ou protègent les droits de ces communautés à avoir un territoire et des

ressources peut être un moyen important d'assurer la protection de l'environnement. Les affaires *Raul Arturo Rincon Ardila contre la république de Colombie* (Cour constitutionnelle, 9 avril 1996) et *Le ministère public contre l'Union fédérale du Brésil* (Tribunal fédéral, Etat de Mato Grosso, 1998) sont des exemples d'affaires où les territoires indigènes ont été protégés en tant que biens publics bénéficiant d'un régime spécial de protection; toute altération des territoires indigènes et/ou des ressources en eau toutes proches viole l'esprit et la lettre de la constitution.

En même temps, les pratiques des communautés indigènes peuvent entrer en conflit avec les lois modernes protégeant des régions ou des espèces particulières. Les populations indigènes conservent souvent le droit de continuer à chasser pour se nourrir des espèces menacées telles que les ours polaires, les phoques et les baleines, qu'ils capturent par des moyens traditionnels, mais des quotas sur les prises et des restrictions sur l'usage commercial peuvent être imposés. Lorsque l'utilisation des animaux, des plantes ou des sites est basée sur des croyances religieuses ainsi que sur la culture traditionnelle, on demandera souvent aux tribunaux d'appliquer la constitution ou une autre protection légale de la liberté religieuse et d'exempter les peuples indigènes d'appliquer les lois environnementales. Dans l'affaire *Yanner contre Eaton* (Cour suprême d'Australie, 1999, 53), le tribunal a examiné l'opposition existant entre les pratiques religieuses et culturelles des aborigènes, qui impliquaient dans ce cas de capturer et de manger de jeunes crocodiles des estuaires qui étaient une espèce protégée, et la loi de 1994 sur la conservation de la faune. La Cour a conclu que la loi ne privait pas entièrement la communauté aborigène de sa capacité à exercer ses droits traditionnels, mais réglait simplement des aspects particuliers et pouvait donc être appliquée contre eux.

A certaines époques, le pouvoir judiciaire de différents pays a fait appel à son héritage national ou culturel pour développer et appliquer des principes qui renforcent la justice environnementale et le développement durable. La mesure dans laquelle de telles considérations peuvent être prises en compte est nécessairement fonction de la loi et de la jurisprudence de chaque juridiction, mais des affaires nationales et internationales récentes fournissent des exemples de cas dans lesquels les normes environnementales actuelles ont été interprétées et appliquées à la lumière de la sagesse traditionnelle. Voyez par exemple les opinions différentes du juge Weeramantry dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* et dans l'affaire *Bulankulama contre le ministre du Développement industriel* (l'affaire *Eppawela*).

2.4 LES SOURCES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Le droit de l'environnement étant un domaine relativement nouveau, on le retrouve en grande partie dans des textes écrits, même si certains

principes généraux de droit sont pertinents et même si on retrouve parfois du droit international coutumier dans le droit de l'environnement. Les gouvernements protègent l'environnement en se basant sur leurs différents pouvoirs constitutionnels et légaux pour favoriser le bien-être général, régler le commerce et gérer les territoires publics, l'air et l'eau. Les autorités nationales peuvent accepter des responsabilités supplémentaires pour protéger l'environnement en concluant des traités bilatéraux et multilatéraux contenant des obligations spécifiques. Les litiges font respecter les lois et les règles par le biais de procès civils, administratifs ou criminels. Si une constitution donne droit à une norme environnementale bien précise, la clause doit être interprétée et appliquée. Des problèmes peuvent survenir quant au recours approprié, ce que la constitution ne précise habituellement pas. En plus de déterminer des obligations pour des entreprises soumises à des règles, des dispositions légales peuvent autoriser des individus à intenter un procès à un corps administratif qui abuse de sa liberté d'action ou qui ne respecte pas sa compétence.

2.4.1 Le droit international

La relation entre le droit national et le droit international varie considérablement d'un système légal à l'autre. Le droit international est considéré comme un système légal surpassant tous les autres par les tribunaux internationaux et dans les relations internationales entre les Etats. Par conséquent, un Etat ne peut pas invoquer une disposition de son droit national pour justifier une violation du droit international. La loi sur la responsabilité de l'Etat prévoit que chaque violation d'une obligation internationale attribuée à un Etat donne automatiquement lieu à une obligation de mettre fin à cette violation et de réparer tout dommage causé sans tenir compte du droit national.

Au sein des Etats, le droit international peut être juridiquement contraignant et être appliqué par les tribunaux par des moyens habituellement précisés dans la constitution. La doctrine légale a développé deux théories connues sous le nom de monisme et de dualisme pour tenter d'expliquer et de classer la pratique nationale, mais la réalité est plus complexe que la théorie. Le monisme part du principe d'un ensemble unifié de règles et, étant donné que le droit international fait partie du droit, il fait automatiquement partie de cet ensemble de règles et est hiérarchiquement supérieur aux autres droits. Le dualisme considère qu'il existe deux ordres légaux distincts et laisse chaque juridiction déterminer les sources du droit et leur hiérarchie.

En général, la théorie du monisme et du dualisme ne s'applique qu'au droit international coutumier (ou non écrit) et, même dans ce cas, elle ne s'applique que d'une façon limitée. Certains systèmes légaux exigent que le droit international coutumier soit transposé dans le droit national par le biais d'une législation ou d'un règlement avant de

devenir une loi nationale. D'autres systèmes légaux considèrent que le droit international fait automatiquement partie de l'ordre légal et que les juges peuvent l'appliquer sans action législative. Les constitutions italienne, allemande et néerlandaise ont toutes des dispositions prévoyant expressément que les règles du droit international général (ou coutumier) font partie du droit interne de l'Etat et priment sur la législation nationale. La plupart des pays ayant un droit coutumier considèrent que le droit international coutumier fait partie du droit coutumier et qu'il est automatiquement contraignant, au même titre que le droit national, suivant le principe de Blackstone («Partout où survient un problème qui est vraiment l'objet de sa juridiction, le droit des nations est adopté dans sa pleine mesure par le droit coutumier et est considéré comme une partie du droit du pays»).

La position des traités dans le droit national varie encore plus; certaines constitutions disposent que les traités ratifiés font automatiquement partie du droit du pays et doivent être appliqués par les juges dans les affaires où survient un problème les concernant. D'autres Etats, comme le Royaume-Uni, exigent qu'un traité soit incorporé par la législation avant de pouvoir être appliqué par le pouvoir judiciaire. Les tribunaux anglais ont donc logiquement estimé qu'un traité conclu par le Royaume-Uni ne fait pas partie du droit interne, sauf si et seulement si le parlement décide du contraire. Il existe encore un troisième groupe d'Etats, tels que les Etats-Unis, qui distinguent les traités pouvant être exécutés immédiatement, que les juges peuvent appliquer, des traités qui ne peuvent pas être exécutés immédiatement, qui exigent une action législative avant que les juges puissent les appliquer.

Lorsque le droit international a été incorporé et est devenu contraignant, il peut être placé au même niveau que le droit constitutionnel ou à un niveau supérieur. Il peut aussi être égal ou inférieur à la législation, suivant la hiérarchie des sources légales, qui est généralement précisée dans la constitution.

Cadre 2. Le droit international dans les systèmes légaux nationaux.

A moins que cette Constitution ou une loi adoptée par le parlement ne dispose autre chose, les règles générales du droit international public et des accords internationaux que la Constitution de Namibie rend contraignants feront partie du droit namibien.

Art. 144, Constitution de Namibie

Les règles générales du droit international feront intégralement partie du droit fédéral. Elles primeront sur les lois et établiront directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral.

Art. 25, Constitution de l'Allemagne

Les traités ou les accords dûment ratifiés ou approuvés auront, dès leur publication, une autorité supérieure à celle de la législation, et chaque accord ou chaque traité pourra être appliqué par l'autre partie.

Art. 55, Constitution française (1958), répétée textuellement dans les constitutions de la république d'Afrique centrale, d'Algérie, du Bénin, du Burkina Faso, de Djibouti, d'Ethiopie, de Guinée, du Mali, de Mauritanie, du Niger, du Sénégal et du Tchad.

La, où le droit international a été incorporé dans le système légal national, les juges appliquent les normes et les standards quand on les leur présente dans une affaire appropriée. Voir l'affaire *Raul Arturo Rincon Ardila contre la république de Colombie*, Cour constitutionnelle, 9 avril 1996 (la Convention sur la biodiversité, la Convention 169 de l'OIT sur les peuples indigènes et l'accord TRIPS de l'OMC y sont appliqués). Dans certains cas, les parties peuvent ne pas être d'accord sur la question de savoir si une norme internationale déterminée constitue vraiment une loi ou pas. Cela peut être particulièrement vrai quand il s'agit de questions de droit coutumier, ce qui nécessite des preuves que l'on suit bien une pratique constante d'Etat, car on est convaincu que la loi l'exige. Dans de telles circonstances, le juge aura besoin de prendre une décision concernant l'existence de la norme supposée. Il existe des précédents dans plusieurs juridictions où des normes particulières constituent le droit international coutumier. Voir par exemple l'affaire *Le Forum pour le bien-être des citoyens de Vellore contre l'Union indienne*, [1996, AIR SC 2715] (on y invoque le principe du développement durable, le principe du pollueur payeur et le principe de précaution qui font partie du droit international coutumier).

La où le droit international n'est pas contraignant en tant que partie du droit national, on peut tout de même considérer qu'il joue un rôle dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles ou légales. La jurisprudence des tribunaux internationaux peut également être examinée dans ce contexte. Les juges peuvent également estimer qu'on doit tenir compte du droit d'autres nations, surtout celles dont les systèmes légaux sont similaires aux leurs. Dans *l'affaire du comité de contrôle de la pollution-II d'Andhra Pradesh contre le prof. M. V. Nayudu & autres* [2001, 4 LRI 657, Cour suprême indienne] la Cour faisait référence à la déclaration de la Conférence sur l'eau des Nations unies, à la Convention internationale sur les droits civils et politiques, à la Convention sur les droits économiques, sociaux et culturels, et à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, en tant que sources autorisées dont il faut tenir compte pour affirmer que le droit d'accès à l'eau potable fait partie du droit à la vie de la Constitution indienne. La Cour a également fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne de justice, à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Commission interaméricaine sur les droits de l'homme, ainsi qu'aux jugements de tribunaux nationaux des Philippines, de Colombie et d'Afrique du Sud. Certaines constitutions exigent que les juges examinent le droit international ou étranger pour interpréter le droit national.

Cadre 3. L'utilisation du droit international pour interpréter le droit national

Pour interpréter les dispositions de cette constitution, un tribunal devra:

- (a) promouvoir les valeurs qui sont à la base d'une société ouverte et démocratique;
- (b) tenir pleinement compte des dispositions du chapitre III et du chapitre IV et
- (c) là où elles sont applicables, considérer les normes actuelles du droit international public et la jurisprudence analogue étrangère.

Art. 11(2) *Constitution de Malawi* (1995)

Lorsqu'il interprète la Déclaration des droits fondamentaux, un tribunal, une cour ou un forum:

- (a) doit promouvoir les valeurs qui sont à la base d'une société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté;
- (b) doit tenir compte de droit international; et
- (c) peut tenir compte du droit étranger.

Art. 39(1) *Constitution d'Afrique du Sud* (1996)

Pour interpréter toute législation, chaque tribunal doit préférer toute interprétation raisonnable de la législation qui soit compatible avec le droit international à toute interprétation alternative qui ne soit pas compatible avec le droit international.

Art. 233, *Constitution d'Afrique du Sud* (1996)

A l'occasion, les tribunaux ont recours aux traités pour comprendre la signification de termes mal définis du droit national. Dans l'affaire *Ramiah et Autard contre le ministère de l'Environnement et de la Qualité de vie* (7 mars 1997), la Cour d'appel mauricienne pour l'environnement a eu recours à la Convention de Ramsar pour définir les marécages, même si la convention n'avait pas encore été ratifiée par l'île Maurice. Le ministère de l'Environnement a admis que la Convention fournissait d'importantes informations sur ce problème.

Un tribunal peut également tenir compte des études réalisées par des organisations internationales pour prouver les dommages causés à l'environnement. Dans l'affaire *Pedro Flores Y Otros contre la Corporation del Cobre (CODELCO)*, une cour d'appel chilienne a fait référence à une étude du PNUE pour conclure que le littoral en question était l'un des plus gravement pollués de tout l'océan Pacifique [*Pedro Flores Y Otros contre la Corporation del Cobre (CODELCO)*, Corte de apelaciones (23 juin 1988), Rol 12.753.FS641].

Certains tribunaux, convaincus que le droit national devrait être interprété et appliqué conformément aux obligations internationales de l'Etat, ont adopté une règle d'interprétation qui évite de mettre l'Etat dans une situation où il viole un traité ou une règle de droit international coutumier. Donc, les Etats-Unis ont par exemple adhéré à la doctrine de «Charming Betsy», baptisée d'après une affaire dans laquelle la Cour suprême a annoncé que les tribunaux devaient interpréter et appliquer les lois conformément au droit international, à

moins qu'ils soient manifestement confrontés à une loi que le Congrès a l'intention de modifier ou à une obligation internationale que ce dernier a l'intention de rejeter (*affaire Murray contre Charming Betsy*, 6 U.S. (2 CRANCH) 64 (1804)). Le Conseil d'Etat français interprète et applique également le droit national à la lumière du droit international. Dans une affaire concernant la Convention internationale sur le commerce des espèces menacées, le Conseil d'Etat a considéré une loi nationale valide lorsqu'il a constaté que la Convention permettait clairement à l'Etat de prendre des mesures plus strictes que celles de la Convention (Conseil d'Etat français, 8 juin 1990, *Société DACO*, RJE, 1991/2, p. 236).

Pour autant que l'Union européenne et le droit de l'Union européenne sont concernés, la Cour européenne de justice a estimé que les juges nationaux sont tenus d'interpréter le droit national le plus conformément possible au droit européen. Dans l'affaire *Marleasing* (C-106/89), la Cour a observé que pour appliquer le droit national, que les dispositions nationales en question soient adoptées avant ou après la directive européenne, le tribunal national appelé à l'interpréter est tenu de le faire, pour autant que possible, à la lumière du libellé et de l'objectif de la directive afin d'atteindre le résultat escompté par cette dernière et, de ce fait, de se conformer au troisième paragraphe de l'article 249 du Traité EC.

Les sources du droit international

Les sources du droit international, qui peut devenir une partie du droit national par incorporation, incluent généralement les sources reprises dans l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Le Statut fait référence

- (a) aux conventions internationales,
- (b) à la coutume internationale,
- (c) aux principes généraux du droit et
- (d) aux décisions judiciaires et à la doctrine, en tant que sources supplémentaires dont il faut tenir compte.

Les sources du droit de l'Union européenne comprennent, en plus des dispositions des traités qui sont le fondement de l'Union elle-même (ce qu'on appelle «le droit européen primaire»), *les règlements*, qui sont immédiatement et directement applicables dans les Etats membres, *les directives*, qui sont contraignantes pour les Etats membres en ce qui concerne le résultat à atteindre, mais qui laissent aux autorités nationales le choix de la forme et des méthodes utilisées pour atteindre ce résultat et *les décisions*, qui sont contraignants pour ceux à qui ils s'adressent expressément.

a) *La convention ou le traité*

Le droit de l'environnement international a développé un large éventail de traités – on prétend parfois qu'il y en a plus de mille – pour influencer presque tous les aspects de la protection de l'environnement. Un traité peut être conclu entre deux Etats (bilatéral) ou être adopté et accepté par un grand nombre de pays (multilatéral). Comme l'indique la définition d'un traité (voir boîte 4), le nom donné à un instrument international (par exemple un traité, une convention, un protocole, un accord) n'influence pas son statut légal pour autant que les Etats impliqués dans son adoption aient l'intention de le rendre juridiquement contraignant.

Cadre 4 Définition d'un traité

Accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un unique instrument ou dans deux ou plusieurs instruments connexes et quelle que soit sa dénomination particulière.

Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)

Voici quelques-uns des traités mondiaux les plus importants: *la Convention internationale sur la pêche à la baleine* de 1946, *la Convention de Ramsar* de 1971, *la Convention sur l'héritage mondial* de 1972, *la Convention des Nations unies sur le droit de la mer* de 1982, *la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone* de 1985 et son *Protocole* de 1987, *la Convention sur les changements climatiques* de 1992 et *la Convention sur la biodiversité* de 1992.

Les principes et les normes adoptés pour l'ensemble de la communauté des nations peuvent être plus détaillés et renforcés au niveau régional. Le PNUE a encouragé l'application régionale du droit de l'environnement international par le biais de conventions pour les différentes régions maritimes du monde, y compris les golfes Méditerranéen et Persique, l'Afrique occidentale, le sud-est du Pacifique, la mer Rouge, le golfe d'Aden, les Caraïbes et l'Afrique orientale. Ces conventions s'appuient typiquement sur les mêmes principes et adoptent généralement les mêmes normes. Elles incorporent souvent les normes précédemment envisagées pour les instruments mondiaux, y compris celles qui ne sont pas encore d'application. L'approche régionale est motivée par la similarité géographique et environnementale entre les états voisins entourant les mers régionales et est renforcée dans de nombreux cas par la situation économique, culturelle et politique. Dans le même temps, les accords

peuvent prendre et prennent en considération les différentes situations écologiques des mers régionales.

Les traités environnementaux sont différents des autres types de traités, car ils ont des caractéristiques qui répondent aux besoins spécifiques de la protection de l'environnement. Voici les caractéristiques principales qu'ils partagent fréquemment et qui peuvent influencer leur application par les tribunaux:

1) *Des dispositions corrélées et l'interférence des instruments*

Une tendance croissante relative aux traités environnementaux internationaux est leur référence à d'autres instruments internationaux. Par exemple, les récents traités sur l'environnement marin citent souvent les règles de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer ou «des normes internationales généralement admises» qui incorporent parfois de telles règles par référence. Le résultat est un réseau complexe de règles et l'extension des traités à un grand nombre d'Etats. En ratifiant un accord, un Etat peut, en fait, être liés directement ou indirectement par de nombreux autres instruments qu'il n'a pas ratifiés.

2) *Les accords-cadre*

La technique des «conventions-cadre» signifie qu'est adoptée une convention d'étendue générale, qui proclame des principes de base sur lesquels on peut arriver à un accord. Les parties prévoient l'élaboration de protocoles supplémentaires contenant des obligations plus détaillées. Ces protocoles sont ratifiés séparément mais sont habituellement interprétés et appliqués pour atteindre les objectifs de l'accord principal.

3) *L'application provisoire*

Plusieurs accords environnementaux internationaux répondent à des problèmes urgents qui doivent être résolus le plus vite possible. En tenant compte de cela, les Etats en négociation ont adopté la technique de l'approbation de l'application provisoire des accords avant leur entrée en application. Cette technique a été utilisée pour la Conférence FAO sur la procédure de consentement préalable de 1998 et l'Accord relatif à l'exécution des clauses de l'UNCLOS de 1995 lié à la conservation et la gestion des stocks de poissons venant d'eaux différentes et des stocks de poissons à forte migration. Cela permet aux juges d'appliquer les accords avant même que les Etats les aient ratifiés ou qu'ils soient entrés en vigueur.

4) *Des procédures de modification ou d'amendement simplifiées.*

En plus d'utiliser la technique des conventions-cadre, les Etats ont développé une réponse efficace aux avancées rapides des connaissances scientifiques et à l'apparition de nouveaux problèmes en rédigeant des traités qui établissent des obligations générales stables, mais qui ajoutent également des clauses flexibles, particulièrement celles qui prescrivent des normes techniques. Ces dernières peuvent désigner les produits spécifiques qui ne peuvent pas être déversés ou déchargés dans une zone déterminée ou déterminer les espèces menacées ayant besoin d'une protection supplémentaire. Les obligations générales sont indiquées dans le traité, qui reste stable, alors que la liste détaillée des produits ou des espèces est indiquée dans des annexes qui peuvent facilement être modifiées sans amendement du traité principal. Les annexes sont juridiquement contraignantes parce qu'elles font partie intégrante du traité. Par conséquent, la procédure de leurs modification doit être expressément incluse dans les clauses du traité.

5) *Les obligations exécutoires immédiatement ou les obligations non exécutoires immédiatement*

Tout comme les autres traités, les accords environnementaux peuvent contenir des obligations qui peuvent être appliquées immédiatement par le pouvoir judiciaire et d'autres obligations qui exigent une action des pouvoirs politiques nationaux. Les clauses des traités qui ne peuvent pas être exécutées immédiatement impliquent une obligation de la part des Etats de promulguer la législation ou les règles nécessaires. Par exemple, la Convention de Bonn de 1979 relative à la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage exige que les Etats des régions où vivent des animaux migratoires repris dans la liste de l'annexe I de la Convention interdisent la capture d'un de ces animaux. Les Etats peuvent aussi être appelés à désigner ou à créer des organes chargés de certaines fonctions, telles que maintenir des contacts avec les autorités des autres Etats ou émettre des licences ou des autorisations pour des activités régulées. Les dispositions du traité qui obligent les Etats à prononcer et à appliquer des sanctions pénales contre les personnes qui violent ses termes sont particulièrement intéressantes. Sans législation nationale d'exécution, les possibilités du pouvoir judiciaire d'appliquer les clauses du traité qui ne peuvent pas être exécutées immédiatement risquent d'être limitées. Voir par exemple l'affaire de *la compagnie pétrolière Talisman (Trinidad) contre l'autorité environnementale* (la Commission environnementale de Trinidad & Tobago, 2003) (le bail pour le forage pétrolier dans un marécage n'a pas pu être rompu parce que le cadre légal pour

protéger la région en vertu de la Convention de Ramsar n'avait pas été promulgué).

b) La coutume

On parle de coutume lorsqu'il existe "une preuve d'une pratique générale, acceptée en tant que loi", même si la période de temps écoulée est courte. La coutume ne doit pas nécessairement être en place depuis «des temps immémoriaux». Actuellement, l'énoncé de principes non contraignants joue indubitablement un rôle important dans le processus de développement du droit coutumier. Un autre facteur est la répétition de règles spécifiques dans de nombreux textes internationaux. Sous ce rapport, il est important de noter que plusieurs instruments internationaux déclarent que la partie XII d'UNCLOS, qui traite de la protection de l'environnement marin, fait partie du droit international coutumier. C'était parfois le cas avant même l'entrée en vigueur de la Convention en 1994. De plus, il est possible que le processus de formulation d'une règle crée un consensus assez rapide qui mène à l'acceptation générale de cette règle dans des pratiques d'Etat ultérieures. Plusieurs règles de droit de l'environnement international sont généralement acceptées en tant que droit international coutumier. Un Etat ne peut notamment pas provoquer, ou permettre que son territoire est utilisé pour provoquer, des dommages à l'environnement des autres Etats. Cette norme est apparue pour la première fois dans la jurisprudence internationale et a été formulée dans le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm avant d'être adoptée et répétée dans de nombreux autres instruments internationaux contraignants et non contraignants. La Cour internationale de justice a identifié cette norme comme l'une des règles internationales coutumières.

Cadre 5 Le devoir international de ne pas provoquer de dommages environnementaux transfrontaliers

Conformément à la Charte des Nations unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain, Principe 21

Le devoir de coopération, annoncé par le Principe 24 de la Déclaration de Stockholm, semble également avoir acquis ce statut et reflète aussi une norme fondamentale de tout le système des Nations unies. D'autres principes discutés ci-dessous peuvent être ou devenir une partie du corpus des règles du droit de l'environnement internationale coutumière.

c) Les principes généraux du droit

Le Statut de la Cour internationale de justice définit les principes généraux du droit comme la troisième source du droit international. Les principes généraux du droit ne sont pas identiques au droit international coutumier. La coutume consiste en une série de règles qui viennent de la pratique entre les Etats et qui apparaissent avec le temps, alors que les principes généraux du droit sont ces principes communs à la plupart des systèmes légaux du monde entier, si pas à tous les systèmes. A l'origine, ils sont donc un sujet de droit comparatif et non un sujet de droit international. La prolifération de normes nationales concernant l'environnement permet d'identifier certaines règles et certains principes communs.

De nombreuses normes environnementales se sont étendues du niveau mondial au niveau municipal par le biais de l'interpénétration et de l'influence mutuelle des règles légales à tous les niveaux de gouvernance. Des initiatives prises à un niveau de gouvernance mènent souvent à l'adoption d'approches similaires dans d'autres ordres légaux. Par exemple, l'exigence d'évaluer l'impact qu'ont des activités déterminées sur l'environnement est apparue lorsque la loi d'une unité faisant partie d'un Etat fédéral a été adoptée au niveau fédéral et a ensuite été acceptée progressivement par d'autres pays et par des organisations et des traités régionaux. Finalement, elle est devenue une partie essentielle du droit de l'environnement mondial, et elle a été recommandée à des pays dont la législation nationale ne l'avait pas encore adoptée.

d) Les décisions judiciaires et la doctrine

Bien que le statut de la Cour internationale de justice fasse référence à des décisions judiciaires en tant que source subsidiaire de détermination des règles de droit, les jugements et les opinions consultatives du Tribunal mondial et de la Cour d'arbitrage ou d'autres tribunaux internationaux sont assez importants et sont souvent considérés comme l'affirmation ou la révélation des règles internationales coutumières. On considère que le jugement de la Cour d'arbitrage du 11 mars 1941 dans l'affaire de la *fonderie de Trail* a posé les fondements du droit de l'environnement international, au moins en ce qui concerne la pollution transfrontalière. La règle annoncée a été confirmée par un principe plus général interdisant de nuire à un autre Etat, exposée dans *l'affaire du canal de Corfou (le Royaume-Uni contre l'Albanie)*, C. J. I. 4, 1949, et on y a fait référence dans *l'arbitrage du lac Lanoux (l'Espagne contre la France)* en 1956, 12 U.N.R.I.A. 281 (1957) dans le contexte de la pollution des eaux transfrontalières. Aujourd'hui, cette règle fait indubitablement partie du droit international positif. Des affaires judiciaires relatives à des questions environnementales peuvent survenir à la suite de jugements de la Cour internationale de justice, de la Cour européenne de justice, des Cours européenne et

interaméricaine des droits de l'homme, de décisions de la procédure de règlement des litiges de l'Organisation mondiale du Commerce, de sentences des cours d'arbitrage internationales et des jugements du Tribunal international du droit de la mer.

Cadre 6. L'arbitrage de la fonderie de Trail

Bien qu'elle ne constitue pas un précédent juridiquement contraignant, la sentence arbitrale survenue dans cette affaire a fortement influencé le développement du droit de l'environnement international concernant la pollution transfrontalière. Le jugement de 1941 a résolu un litige de longue date entre les Etats-Unis et le Canada à propos d'une pollution de l'air prenant sa source dans une fonderie canadienne située à Trail, en Colombie britannique. Depuis que la fonderie était entrée en activité en 1896, les fermiers américains subissaient des dommages dus aux émissions d'anhydride sulfureux de l'usine. Après qu'on a payé des indemnités et ajouté de nouvelles cheminées, le gouvernement américain s'est attaqué à cette affaire et le Canada a accepté de soumettre le problème à la Cour d'arbitrage. La Cour n'a trouvé aucune règle de droit internationale applicable à ce sujet et a dû se tourner vers des normes articulées dans des affaires judiciaires d'Etats fédéraux – les Etats-Unis et la Suisse, notamment – pour établir «qu'aucun Etat n'a le droit d'utiliser ou d'autoriser l'usage de son territoire de façon à ce que des fumées d'usine puissent endommager le territoire d'un autre Etat ou les propriétés des personnes qui s'y trouvent, lorsque l'affaire a des conséquences graves et que le dommage est démontré par des preuves claires et convaincantes». *L'arbitrage de la fonderie de Trail (les Etats-Unis contre le Canada)* (1941) 3 U.N.R.I.A.A. 1938 (1949).

Finalement, les écrits d'éminents juristes fournissent une source matérielle pour définir le droit. Des institutions internationales comme la Commission de droit international des Nations unies ainsi que des organisations professionnelles et des instituts nationaux peuvent étudier et publier des rapports faisant autorité ou des commentaires sur des aspects du droit. Des écrivains individuels sont les auteurs de traités et d'articles examinant en profondeur des problèmes particuliers qui peuvent être utiles aux juges.

e) Les normes juridiques non contraignantes

La pratique internationale indique que des instruments qui ne sont pas des traités et qui ne sont donc pas formellement contraignants jouent néanmoins plusieurs rôles importants dans le développement du droit de l'environnement. Premièrement, les Etats peuvent éviter d'importants obstacles légaux ou politiques internes en adoptant des règles de conduite communes sous une forme non contraignante. La période de négociation de tels instruments est généralement plus courte et ils peuvent prendre effet instantanément. Deuxièmement, des instruments juridiquement non contraignants peuvent être plus appropriés que des accords formels pour l'affaire considérée. On peut, par exemple, mettre au point des plans d'action qui donnent un aperçu des approches ou des orientations souhaitées plutôt que de prendre des

engagements qui peuvent être difficiles à négocier ou à tenir lorsque les parties contractantes se trouvent à des niveaux de développement différents. Troisièmement, la négociation d'instruments non contraignants permet plus facilement la participation d'acteurs extérieurs à l'Etat dans le processus de création et d'application de règles environnementales. Enfin, les résolutions et les instruments non contraignants similaires peuvent être utilisés lorsqu'il existe des incertitudes à propos de l'étendue du problème ou de la solution appropriée. Il en résulte un volume croissant d'engagements politiques pris aux niveaux international et national dans le domaine environnemental, qui peuvent fournir des indications sur l'orientation que prend le droit.

Depuis leur création au XIX^e siècle, des organisations internationales ont adopté des résolutions non contraignantes adressées aux Etats membres. Cette procédure a pris une importance croissante au cours des années, particulièrement pour de nouveaux domaines du règlement international tels que la protection de l'environnement. Les recommandations et les déclarations des principes de conférences telles que celle de Stockholm ou de réunions des membres du Programme des Nations unies pour l'environnement (Vancouver, 1976, Mar del Plate, 1977, Nairobi, 1978) ont eu un impact important sur l'évolution du droit de l'environnement. Elles sont considérées comme des engagements politiques même si elles ne sont pas juridiquement contraignantes. De nombreuses résolutions ayant été adoptées par consensus et appliquées et invoquées dans la pratique, on affirme parfois qu'elles constituent une source non reconnue du droit international que le Statut de la Cour internationale de justice n'avait pas prévue, ou une nouvelle technique pour créer des normes légales internationales. Selon une approche plus conservatrice, les instruments eux-mêmes ne sont pas une source de droit, mais leur contenu normatif peut devenir du droit international coutumier par le biais de la pratique étatique.

Les recommandations directives constituent l'ensemble d'instruments par lesquelles les organisations intergouvernementales s'adressent aux Etats membres. Les résolutions adoptées par les organes compétents pour parler au nom de l'organisation servent à interpréter et à appliquer les règles générales. Bien qu'elles ne soient pas formellement obligatoires, les recommandations constituent des interprétations et des lignes directrices ayant autorité adressées aux Etats membres qui devraient les respecter et qui, en général, les respectent considérablement. L'Assemblée générale des Nations unies a adopté des résolutions sur les changements climatiques mondiaux, l'Antarctique, la pêche au filet, le développement durable et, en fait, sur presque tous les sujets ayant une importance mondiale.

Les déclarations de principe sont différentes des recommandations directives dans le sens où elles n'envisagent pas d'entreprendre d'action précise, mais elles peuvent établir des lignes directrices

générales que les Etats doivent suivre et elles peuvent influencer considérablement le développement des règles légales ultérieures. Une autre fonction des principes est d'établir un consensus social fondamental sur le raisonnement sous-jacent pour un corps de droit. Sous ce rapport, les principes atteignent l'un des objectifs fondamentaux de tout système légal, qui est de reconnaître et de formuler l'urgence de nouvelles valeurs sociales reconnues comme essentielles au sein de la société. A ce niveau international, cela peut être obtenu par le biais de déclarations adoptées et proclamées par des organisations mondiales ou lors de conférences internationales. Dans le domaine de l'environnement, trois textes importants de ce type fournissent des indications aux autorités étatiques et ont été utilisés par les juges pour interpréter et appliquer le droit national: la Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain de 1972, la Charte mondiale pour la nature de 1982 et la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement.

2.4.2. Le droit national

En répondant aux besoins du développement durable par la gestion de l'usage des ressources par les humains, le droit de l'environnement touche à toutes les activités humaines. En général, il opère en établissant un régime régulateur destiné à prévenir de futurs dommages causés à l'environnement. Bien qu'il n'ait généralement été promulgué que depuis les années 1970, le droit de l'environnement a déjà créé des obligations d'une étendue et d'une complexité sans précédent. L'éventail de sujets qui concernent potentiellement des problèmes environnementaux est probablement aussi étendu que le domaine tout entier du règlement légal. Par exemple:

- Les lois sur les antiquités peuvent interdire le pillage ou l'excavation non autorisée de sites naturels ou archéologiques protégés.
- Le règlement des activités agricoles peut concerner les questions de la qualité et de la quantité d'eau utilisée, ainsi que la limitation du recours aux pesticides et aux fertilisants.
- La police de santé publique peut régler la pulvérisation de produits toxiques en vue d'éliminer des vecteurs de maladie tels que les moustiques ou soulever des questions à propos de la sûreté des vaccins.
- On peut faire appel au règlement de l'usage de la terre pour protéger l'environnement.
- Les législations sur la gestion des zones côtières, les pêcheries et la sylviculture cherchent à préserver les ressources qu'ils gèrent.
- Les lois sur la mine et l'énergie peuvent régler les émissions de gaz à effet de serre et d'autres contaminants de l'air.

Certaines affaires environnementales semblent à première vue des actions des consommateurs contre les fabricants et les vendeurs de produits dangereux. D'autres affaires impliquent des efforts pour obtenir des informations à propos de l'état de l'environnement ou des actions menées contre de hauts responsables des gouvernements ou des organismes qui auraient négligé d'appliquer la loi. Ces nombreux sujets liés au droit environnemental sont réglés par différentes sources de droit national.

a) Le droit constitutionnel

Au niveau national, de nombreuses constitutions contiennent actuellement des clauses établissant des droits environnementaux ou des devoirs gouvernementaux visant à protéger l'environnement et les ressources naturelles de l'état. Plus de cent constitutions garantissent le droit à un environnement propre et sain, imposent à l'Etat le devoir de prévenir les dommages environnementaux ou mentionnent la protection de l'environnement ou des ressources naturelles.¹

Parmi les Etats d'Amérique latine, l'Argentine considère le droit de l'environnement comme un droit subjectif autorisant toute personne à intenter une action pour protéger l'environnement. Dans l'affaire *Irazu Margarita contre Copetro S.A.*, Camara Civil y Comercial de la Plata, jugement du 10 mai 1993, le tribunal a déclaré:

Le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré est un attribut fondamental du peuple. Toute agression de l'environnement finit par devenir une menace pour la vie elle-même et pour l'intégrité psychologique et physique de la personne.

Voir également : *Asociacion Para la Proteccion de Medio Ambiente y Educacion Ecologica '18 de Octubre' contre Aguas Argentinas S.A. & otros*, Cour d'appel fédérale de La Plata (2003); *Kattan, Alberto and Others contre le gouvernement national*, Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal. n° 2, jugement du 10 mai 1983, La Ley, 1983-D, 576.

¹ L'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Angola, l'Arabie saoudite, l'Argentine, l'Azerbaïdjan, la Belgique, le Bénin, la Biélorussie, le Brésil, la Bulgarie, le Burkina Faso, le Cameroun, le Cap Vert, le Chili, la Chine, la Colombie, le Congo, la Corée du Sud, le Costa Rica, la Croatie, Cuba, l'Equateur, l'Erythrée (encore en projet), l'Espagne, l'Ethiopie, la Finlande, la Géorgie, le Ghana, la Grèce, le Guatemala, la Guinée équatoriale, la Guyane, Haïti, le Honduras, la Hongrie, l'Inde, l'Iran, le Kazakhstan, le Koweït, le Laos, la Lettonie, la Lituanie, la Macédoine, Madagascar, le Malawi, le Mali, Malte, le Mexique, la Micronésie, la Mongolie, le Mozambique, la Namibie, le Népal, le Nicaragua, le Niger, le Palau, Panama, la Papouasie Nouvelle-Guinée, l'Ouganda, l'Ouzbékistan, le Paraguay, les Pays-Bas, le Pérou, les Philippines, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Russie, le Salvador, Sao Tome et Principe, les Seychelles, la Slovaquie, la Slovénie, le Sri Lanka, la Suisse, le Surinam, le Tadjikistan, Taiwan, la Tanzanie, le Tchad, la Tchétchénie, la Thaïlande, le Togo, le Turkménistan, la Turquie, l'Ukraine, le Venezuela, le Vietnam, la Yougoslavie et la Zambie.

La Colombie et le Chili reconnaissent également l'applicabilité du droit à l'environnement. Dans l'affaire *Fundepublico contre Mayor of Bugalagrande y otros*, Juzgado Primero superior, Interlocutorio # 032, Tulua, 19 décembre 1991, la Cour colombienne affirmait:

On devrait reconnaître qu'un environnement sain est une condition sine qua non pour la vie elle-même et qu'aucun droit ne pourrait être exercé dans un environnement fortement altéré.

Pour les affaires chiliennes, voir l'affaire *Pablo Orrego Silva y Otros contre Empresa Electrica Pange S.A.* (Cour suprême, 5 août 1993); *Antonio Horvath Kiss y Otros contre la Commission nationale pour l'environnement* (Cour suprême, 19 mars 1997). Les tribunaux sud-africains ont aussi estimé que le droit à l'environnement était justiciable.

Même là où le droit à un environnement sain n'est pas expressément garanti, les tribunaux sont en train d'interpréter et de faire appliquer d'autres droits constitutionnels dans un contexte environnemental. La Cour suprême indienne était l'une des premières cours à développer le concept de droit à un environnement sain comme faisant partie du droit à la vie garanti par la constitution. Voir l'affaire *Bandhua Mukti Morcha contre l'Union indienne*, 3 SCC 161 (1984), et l'affaire *Charan Lal Sahu contre l'Union indienne*, AIR 1990 SC 1480 (1991). Dans une affaire ultérieure, la Cour a observé que «le droit à la vie garanti par l'article 21 comprend le droit de bénéficier d'une eau et d'un air non pollués pour profiter pleinement de la vie». Affaire *Subhash Kumar contre l'Etat de Bihar*, AIR 1991 SC 420, 1991 (1) SCC 598.

De même, au Costa Rica, la Cour suprême a affirmé que les droits à la santé et à l'environnement étaient nécessaires pour s'assurer qu'on bénéficiait pleinement du droit à la vie. Affaire *Presidente de la sociedad Marlene S.A. contre Municipalidad de Tibas*, Sala Constitucional de la corte Supreme de justicia. Jugement n° 6918/94 du 25 novembre 1994.

Au Bangladesh, la Cour suprême a estimé que le droit à la vie incluait la protection et la préservation de l'environnement et de l'équilibre écologique sans pollution de l'air et de l'eau. Voir: *l'affaire Dr Mohiuddin Farooque contre le Bangladesh, représenté par le ministre de l'Irrigation, des Ressources en eau et de la Prévention des inondations et autres; l'affaire Dr Mohiuddin Farooque contre le ministre des Communications, gouvernement de la république populaire du Bangladesh et 12 autres*, 48 DLR 1996, Cour suprême du Bangladesh.



b) La législation environnementale

La plupart des affaires environnementales sont probablement portées devant les tribunaux en vue de faire respecter la loi ou les règlements administratifs ou lors d'un appel de décisions administratives telles que le refus ou l'octroi d'un permis ou d'un ordre de mettre fin aux émissions.

Les textes législatifs établissent souvent une politique environnementale générale, complétée par des lois spécifiques et des règlements administratifs. Des lois-cadre ou des lois environnementales générales ont été adoptées dans de nombreux pays différents: par exemple

- La loi sur la protection de l'environnement (Russie, 2001),
- La loi environnementale nationale au Sri Lanka,
- La loi sur la politique environnementale nationale des Etats-Unis (1969),
- La loi sur la protection de l'environnement en Inde,
- La loi sur la gestion de l'environnement (Trinidad & Tobago, 1995/2000),
- La loi sur la conservation de l'environnement au Népal,
- La loi sur la préservation de l'environnement au Bangladesh
- La loi sur la protection de l'environnement au Pakistan, et
- La loi sur l'environnement en Bulgarie (1991).

Ces lois utilisent des techniques et des procédures de protection de l'environnement communes, y compris l'évaluation de l'impact et du risque pour l'environnement, le permis préalable et les normes d'émission. Dans le même temps, elles réagissent peut-être à des problèmes environnementaux particuliers, tels que la sécurité et les conséquences sur l'environnement de centrales nucléaires, d'importants barrages ou d'industries de l'extraction telles que l'industrie pétrolière ou charbonnière. Dans la plupart des cas, des règlements administratifs complètent et donnent davantage de spécificité à la législation environnementale.

En plus des lois-cadre générales, les lois nationales règlent souvent un seul milieu environnemental, par exemple l'eau, l'air, le sol ou la

diversité biologique en raison de problèmes environnementaux particuliers que rencontre une région déterminée, de priorités politiques ou économiques, ou pour trouver plus facilement un consensus sur un problème environnemental spécifique. Une difficulté que présente le règlement sectoriel est qu'il peut parfois négliger la nature corrélative et interdépendante de l'environnement. Pour les juges, de telles lois peuvent poser le problème de la conciliation des exigences divergentes ou de l'établissement de priorités parmi les lois sectorielles.

Une approche plus complète vise la prévention et le contrôle de la pollution intégrée, c'est-à-dire la protection contre la pollution de tous les systèmes naturels nécessaires à l'entretien de la biosphère. La prévention et le contrôle de la pollution intégrée se concentrent sur l'élimination ou, au moins, la réduction de l'émission de chaque substance polluante. La prévention et le contrôle de la pollution intégrée aspirent à une approche «du berceau à la tombe», qui prend en considération le cycle de vie entier des substances et des produits, qui anticipe les effets des substances et des activités sur tous les milieux environnementaux, qui minimise la quantité et la toxicité des déchets, qui utilise une seule méthode telle que l'évaluation du risque pour estimer et comparer les problèmes environnementaux, et qui implique l'utilisation complémentaire des objectifs et des limites.

Certaines politiques sont considérées comme essentielles à une approche intégrée efficace. Elles incluent le développement durable, des technologies propres et l'utilisation de substances moins toxiques dans les activités économiques essentielles. La prise en considération du principe de précaution, l'information du public et la participation lors de l'évaluation de nouvelles substances et d'activités proposées sont également des composants importants d'une approche intégrée.

CADRE 7. Les dommages toxiques

Les développements récents dans le contentieux des dommages toxiques concernent des allégations de dommages causés à une personne, une propriété ou à l'environnement à la suite de l'exposition à la contamination par un produit, une substance ou un processus qui peut provoquer un dommage physique ou une maladie. Les fabricants de produits dangereux sont soumis aux lois et aux règlements gouvernant l'utilisation, le transport, le stockage et l'élimination de leurs produits. Ces affaires peuvent concerner des violations de ces lois et de ces règlements environnementaux locaux ou nationaux, ou peuvent être basées sur les théories traditionnelles de la récupération, telles que la négligence ou la nuisance. Une différence existant entre les affaires de dommages toxiques et les affaires traditionnelles de responsabilité des produits est que les substances dangereuses concernées dans ces nouvelles affaires ne provoquent pas toujours immédiatement un grave dommage. Au lieu de cela, elles peuvent provoquer un risque de maladie pendant une longue période de latence ou causer un dommage à une propriété qui risque de ne se manifester que plusieurs années après l'exposition.

Des périodes aussi longues posent des problèmes pour mettre au point des lois sur les limitations à la preuve de la causalité. Les connaissances scientifiques imparfaites de l'origine de maladies particulières dans les domaines de l'épidémiologie ou de la toxicologie compliquent encore les problèmes. Alors que ces dernières disciplines peuvent généralement déterminer si l'exposition risque de provoquer ce type de dommage, elles ne répondent pas à la question spécifique de savoir quels membres de la population exposée ont bien contracté la maladie à cause de l'exposition. Il peut également exister plusieurs sources possibles d'exposition.

Les dommages toxiques affectent souvent un grand nombre de personnes. De tels dommages de masse peuvent mener les plaignants à intenter un procès collectif, là où ce genre d'action est autorisé. Un procès collectif a été intenté après la catastrophe de Bhopal et des procès similaires ont été intentés contre l'amiante et le tabac. Voir l'affaire de *la catastrophe de l'usine Union Carbide à Bhopal, Inde en décembre 1984*, 809 F.2d 185 (2d Cir. 1987); *In re A.H. Robbins (Le litige sur le Dalkon Shield)*, 880 F. 2d 700 Recent developments in toxic tort litigation involve allegations of harm to a person, property or the environment as a result of exposure

c) Les normes et les codes de conduite environnementaux

Un nombre croissant de lignes ou de codes de conduite se sont développés au sein de l'industrie, dont le Conseil industriel mondial pour l'environnement, le Code de conduite international FAO sur les pesticides, l'Initiative pour une attitude responsable de l'Association des fabricants de produits chimiques, les principes CERES/Valdez, la Charte ICC pour le développement durable, et les Principes de la déclaration du groupe Royal Dutch/Shell sur les principes générales d'affaires. Un tel règlement privé peut exercer une contrainte sur les comportements en exerçant une influence morale ou pratique (risque de sanction). La violation des codes ou des normes industrielles peut prouver une faute professionnelle ou une négligence, fournissant un moyen relativement peu coûteux d'évaluer les comportements en cas de litige. Les principes Valdez de 1990 ont été adoptés par la Coalition pour des économies environnementalement responsables, un

groupe d'investisseurs et d'organisations environnementales. Son but était de créer une autogouvernance de corporation «qui fera en sorte que les pratiques d'affaires restent conformes aux objectifs de préservation de notre fragile environnement pour les générations futures, au sein d'une culture qui respecte toutes les formes de vie et qui honore leur indépendance».

Avec la venue de la mondialisation, les organisations internationales ont rédigé avec beaucoup d'attention des codes qui s'appliquent aux multinationales. La Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations unies a approuvé les Normes sur les responsabilités des corporations transnationales et des autres entreprises en ce qui concerne les droits de l'homme (12 août 2003), E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, qui poussent à faire en sorte que chaque effort réalisé soit connu et respecté de tous. Bien qu'elles concernent en premier lieu les droits de l'homme, les Normes contiennent un paragraphe sur les responsabilités de corporation dans le domaine de la protection de l'environnement:

14. Les corporations transnationales et les autres entreprises exerceront leurs activités en accord avec les lois, les règlements, les pratiques administratives et les politiques nationales liées à la préservation de l'environnement des pays dans lesquels elles opèrent et conformément aux accords, aux principes, aux objectifs, aux responsabilités et aux normes internationales pertinentes relatives à l'environnement ainsi qu'aux droits de l'homme, à la santé et à la sécurité publiques, à la bioéthique et au principe de précaution. Elles exerceront généralement leurs activités de manière à contribuer à l'objectif général du développement durable.

3. LES PRINCIPES DE BASE DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

3.1 INTRODUCTION

L'ère écologique actuelle a commencé à la fin des années soixante, après que la reconstruction qui a suivi la Seconde Guerre mondiale a mené à un développement économique mondial sans précédent. Ce développement n'était pas équitable, car il accentuait les différences de richesse entre les pays des hémisphères Nord et Sud ainsi qu'au sein même des pays. Il nécessitait aussi un usage sans précédent des ressources naturelles exhaustives, telles que l'eau pure, l'air, la faune, la flore et les minéraux. Lorsqu'il est apparu clairement que ces ressources limitées finiraient par ne plus pouvoir satisfaire les différents besoins des pays industrialisés et des pays en voie de développement, l'opinion publique a de plus en plus exigé qu'on agisse pour protéger la quantité et la qualité des composants de l'environnement.



Les catastrophes écologiques, telles que les “marées noires” provoquées par le naufrage du pétrolier *Torrey Canyon*, qui ont touché les côtes françaises, anglaises et belges en 1967, et la prise de conscience des menaces croissantes pesant sur l'environnement, ont incité les gouvernements à agir. Ces efforts se concentraient sur la coopération internationale visant à contrer la pollution de la mer par le pétrole en prenant des mesures de prévention et en établissant des responsabilités. Les Nations unies ont rejoint les actions de 1968 destinées à protéger l'environnement lorsque l'Assemblée générale a convoqué une conférence mondiale sur l'environnement qui devait avoir lieu à Stockholm en 1972. Cette décision a donné lieu à des activités diverses et intenses, particulièrement au sein des organisations intergouvernementales dont le mandat pouvait s'étendre aux problèmes environnementaux. De nombreuses organisations non gouvernementales nationales et internationales luttant pour la protection de l'environnement et différents gouvernements se sont également lancés dans un travail préparatoire considérable. La conférence s'est terminée par l'adoption d'une Déclaration sur l'environnement humain et d'un «Plan d'action» contenant 109 recommandations.

Le droit de l'environnement national et international s'est considérablement développé au cours des deux décennies suivant la Conférence de Stockholm. Les Nations unies ont réaffirmé et développé les principes généraux de la Déclaration de Stockholm en 1982 lorsque l'Assemblée générale a adopté la Charte mondiale pour

la nature. Quelques principes de droit coutumier concernant les relations environnementales entre les Etats sont également apparus au cours de cette période. Certains d'entre eux ont été adoptés par le Programme des Nations unies pour l'environnement comme faisant partie des «Principes de conduite dans le domaine environnemental pour la guidance des Etats dans le domaine de la conservation et de l'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats». Approuvés par le Conseil de gouvernance du PNUE le 19 mai 1978, les Principes sur les ressources partagées ont réitéré le Principe 21 de Stockholm en reconnaissant le droit souverain des Etats d'exploiter leurs propres ressources. A ce droit s'ajoute une obligation de s'assurer que les activités entreprises dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne nuisent pas à l'environnement dans d'autres Etats. Les principes du PNUE ont également exprimé l'obligation pour les Etats de notifier à ces derniers les plans qui risquent d'influencer de façon significative leur environnement, d'entrer en consultation avec eux et de se tenir informés et de coopérer en cas de situations imprévues pouvant nuire à l'environnement. Ces mesures ont également garanti un accès équitable pour les non-résidents aux procédures administratives et légales dans l'Etat d'où provient le comportement provoquant un dommage et la non-discrimination dans l'application de la législation nationale aux pollueurs, quel que soit l'endroit où se produisent les effets nuisibles.

En 1992, les Nations unies ont convoqué une deuxième réunion mondiale, connue sous le nom de Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (UNCED), qui s'est tenue à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992. Deux textes adoptés lors de la UNCED ont une portée générale: la Déclaration sur l'environnement et le développement et un programme d'action appelé Agenda 21. La Déclaration réaffirme la Déclaration de Stockholm de 1972 à laquelle elle cherche à s'ajouter, mais son approche et sa philosophie sont très différentes. Son concept central est le développement durable, qui intègre le développement et la protection de l'environnement. Le Principe 4 est important sous cet aspect: il affirme qu'afin d'appliquer les principes du développement durable, la protection de l'environnement fera intégralement partie du processus de développement et ne pourra pas être considérée séparément de ce développement. L'Agenda 21 est le programme d'action destiné à appliquer les principes du développement durable.

A la suite de la Conférence de Rio, presque toutes les principales conventions internationales concernant la coopération multilatérale considèrent la protection de l'environnement comme l'un des objectifs des parties étatiques. Des domaines du droit international qui se sont développés au cours de périodes précédentes ont évolué dans de nouvelles directions parce qu'on a insisté pour qu'elles tiennent compte des considérations environnementales. Le résultat a été l'apparition de normes et de principes environnementaux dans presque toutes les branches du droit international. Dans le même temps, au

cours de la décennie suivant la Conférence de Rio, les problèmes environnementaux ont été confrontés à une compétition croissante dans l'ordre du jour international avec la mondialisation économique, avec l'accélération de la libéralisation du commerce et avec les crises de développement des pays pauvres. De plus, il existe énormément de preuves des conséquences désastreuses qu'ont les conflits armés sur l'environnement.

Entre le 26 août et le 4 septembre 2002, les représentants de plus de 190 pays se sont réunis à Johannesburg en Afrique du Sud afin de «réaffirmer l'engagement à respecter les Principes de Rio, l'application totale de l'Agenda 21 et le Programme pour une plus grande application de l'Agenda 21». A l'issue de la conférence, les gouvernements participants ont adopté une Déclaration sur le développement durable affirmant leur volonté «d'assumer une responsabilité collective visant à faire progresser et à renforcer les piliers interdépendants du développement durable qui se renforcent mutuellement – le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement – aux niveaux local, national, régional et mondial».

Ces décennies de développements légaux ont mené à l'apparition des principes de base de la protection de l'environnement qui sont reconnus par le droit national et international. Ils contribuent à identifier les normes légales fondamentales et à combler les vides du droit positif en accordant une valeur importante aux règles qui ne font pas encore partie des instruments légaux formels. Les principes peuvent être fondateurs (égalité et sécurité juridique) ou techniques (proportionnalité). Les principes environnementaux fondamentaux développés aux cours des dernières décennies sont discutés ci-dessous. On les retrouve dans les lois nationales et ils constituent la base de nombreux jugements environnementaux. Ils influencent la plupart des systèmes légaux bien qu'ils soient appliqués différemment. La plupart d'entre eux sont également incorporés dans le Traité établissant l'Union européenne et la Communauté européenne (articles 6 et 174 CE).

3.2 LE DEVELOPPEMENT DURABLE

Depuis la fin des années quatre-vingt, le terme développement durable a dominé le droit et la politique dans le domaine de la protection de l'environnement. Ce terme a été défini dans le Rapport de 1987 de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de cette façon:

développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à subvenir à leurs propres besoins.

Le Rapport a identifié les objectifs essentiels du développement durable:

- Raviver la croissance, mais changer sa qualité;
- Subvenir aux besoins essentiels en emplois, en nourriture, en énergie, en eau et en hygiène;
- Assurer un niveau viable de population;
- Préserver et renforcer la base des ressources;
- Réorienter la technologie et gérer le risque; et
- Intégrer l'environnement et l'économie dans la prise de décision.

Le développement durable suppose que les politiques de développement devraient viser à l'éradication de la pauvreté, à l'amélioration générale des conditions économiques, sociales et culturelles, à la préservation de la diversité biologique, des processus écologiques essentiels et des systèmes préservant la vie. De plus, la conservation de l'environnement devrait être considérée comme une partie intégrante de la planification et de l'exercice des activités à toutes les étapes et à tous les niveaux, en accordant une attention totale et égale aux facteurs environnementaux, économiques, sociaux et culturels. A cette fin, les Etats sont appelés à revoir régulièrement les politiques et les plans nationaux dans le domaine de l'environnement et du développement, à promulguer des lois et des règlements efficaces qui utilisent les instruments économiques lorsque c'est approprié et qui établissent et renforcent les structures et les procédures institutionnelles pour intégrer pleinement les questions d'environnement et de développement dans toutes les sphères de la prise de décision.

On considère également qu'il est essentiel pour le développement durable que les Etats développent des stratégies à long terme incluant l'utilisation de l'évaluation des impacts environnementaux et sociaux, l'analyse du risque, l'analyse coûts-bénéfices et la comptabilité des ressources naturelles. L'intégration des politiques environnementales, sociales et économiques nécessite également de la transparence et une large participation du public dans la prise de décision par les autorités.

Des tribunaux internationaux ont insisté sur les trois piliers du développement durable (les piliers économique, social et environnemental) en examinant les pétitions qu'on leur présentait. La Commission interaméricaine sur les droits de l'homme a consacré une attention particulière à l'intersection des droits de l'homme, à l'environnement et au développement dans son rapport sur l'Equateur, dont on discute plus loin au chapitre 4 (Commission interaméricaine sur les droits de l'homme, *Rapport sur la situation des droits de l'homme en Equateur*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 1997). La

Commission réagissait à des réclamations affirmant que les activités d'exploitation du pétrole polluaient l'eau, l'air et le sol, ce qui rendait malades les habitants de la région et leur faisait courir un risque beaucoup plus important d'attraper des maladies graves. Après une visite sur place, la Commission a directement exprimé ses inquiétudes pour le développement économique, en notant qu'il doit avoir lieu dans des conditions respectant les droits des individus concernés. Par conséquent, alors que le droit au développement implique que chaque Etat peut exploiter ses ressources naturelles, «l'absence de règlement, des règlements inappropriés ou un manque de supervision dans l'application de normes toujours existantes peuvent poser de graves problèmes relatifs à l'environnement qui se traduisent par des violations des droits de l'homme protégés par la Convention américaine».

Les principes du développement durable deviennent typiquement du droit national soit en exprimant la durabilité comme un super-mandat superposé aux autres lois nationales, soit en développant une législation réputé de faire respecter le développement durable par le biais d'un processus de régulation et de contrôle de l'activité économique.

Voici des affaires nationales appliquant le concept du développement durable: *l'affaire du forum pour le bien-être des citoyens de Vellore contre l'Union indienne* (1996, Cour suprême indienne) et l'affaire *Eppawela* (Cour suprême du Sri Lanka, 2000). Dans l'affaire de *Rajendra Parajuli et les autres contre la distillerie Shree SRL & les autres*, la Cour suprême du Népal (Procès n° 3259, 1996) affirmait que le principe du développement durable signifiait que

chaque industrie a le devoir de diriger ses activités de développement sans causer de détérioration à l'environnement. L'environnement ne devrait pas être considéré en dernier lieu. Il est impératif que chaque industrie soit prudente vis-à-vis de l'environnement pendant qu'elle agit.

Le tribunal a ordonné à l'entreprise de se conformer à un accord préalable pour conserver un environnement sans pollution dans la zone affectée.

3.3 LA PREVENTION

L'expérience et l'expertise scientifique prouvent que la prévention doit être la règle d'or de l'environnement, à la fois pour des raisons écologiques et économiques. Il est souvent impossible de remédier aux dommages environnementaux: l'extinction d'une espèce de la faune ou de la flore, l'érosion et le déversement de contaminants persistants dans la mer créent des situations insolubles, voire irréversibles. Même lorsqu'on peut remédier au dommage, le coût de

la réhabilitation est souvent prohibitif. Dans de nombreux cas, il est impossible de prévenir tous les risques de dommage. Dans ces cas-là, on peut juger utile de prendre des mesures pour rendre le risque «aussi minime que possible dans la pratique» afin d'autoriser des activités nécessaires en protégeant en même temps l'environnement et les droits des autres. (voy. affaire *Solothurn contre Aargau*, Tribunal fédéral de Suisse, 1^{er} novembre 2000). Dans d'autres cas, une injonction permanente peut être nécessaire pour éviter des dommages graves ou irréversibles.

Le principe de prévention est complexe étant donné le nombre et la diversité des instruments légaux dans lesquels il s'inscrit. Il faut le voir comme un objectif général donnant lieu à une multitude de mécanismes légaux, comprenant l'évaluation préalable des dommages environnementaux, des licences ou des autorisations qui définissent les conditions dans lesquelles il faut agir et les réparations résultant de la violation de ces conditions. Les limites d'émission et d'autres normes touchant les produits ou les processus, l'utilisation des meilleures technologies disponibles (MTD) et de techniques similaires peuvent toutes être considérées comme des applications du principe de prévention. L'approche préventive peut également impliquer l'élaboration et l'adoption de stratégies et de politiques. Pour le pouvoir judiciaire, le principe de prévention peut par exemple appeler à un usage plus fréquent des mesures provisoires et des injonctions pour s'assurer que la situation ne continue pas à se dégrader pendant une action.

L'approche préventive considère que chaque Etat fera preuve de "la prudence requise", ce qui signifie agir raisonnablement et de bonne foi et régler les activités publiques et privées soumises à sa juridiction ou à son contrôle et risquant de nuire à une partie de l'environnement. Ce principe n'impose pas un devoir absolu de prévenir tous les dommages, mais plutôt une obligation pour chaque Etat d'interdire les activités risquant de provoquer un dommage important à l'environnement, par exemple le déversement de déchets toxiques dans un lac international. L'Etat est également obligé de minimiser les conséquences néfastes des activités autorisées en imposant des limites, par exemple sur les déversements d'anhydride sulfureux (SO₂) dans l'atmosphère. La prévention est également liée à la notion d'effet dissuasif et à l'idée que des mesures de dissuasion, telles que les sanctions pénales et la responsabilité civile, inciteront les acteurs à faire preuve d'un comportement plus prudent pour éviter d'augmenter les frais. Les sanctions pénales devraient donc être appropriées pour exercer un effet dissuasif empêchant que d'autres dommages soient causés à l'environnement.

Voici quelques affaires judiciaires discutant du principe de prévention: *l'affaire Greenpeace Australie SPRL contre la compagnie d'électricité Redbank SPRL et le Conseil de Singleton* 86 LGERA 143 (Australie, 1994); *l'affaire Leatch contre les parcs nationaux*, le

Service pour la vie sauvage et le conseil municipal de Shoalhaven 81 LGERA 270 (Australie, 1993); l'affaire du Forum pour le bien-être des citoyens de Vellore contre l'Union indienne AIR 1996 SC 2715; l'affaire Shela Zia contre WAPDA, Vol. XLVI A11, décisions judiciaires du Pakistan, 693.

3.4 LA PRECAUTION

Le principe de précaution, ou approche de précaution, est relativement récent. Il date de la fin des années quatre-vingt. Le Principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 le formule de cette façon:

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

En général, le principe de précaution peut être considéré comme la forme de prévention la plus développée. La précaution signifie la préparation à des menaces potentielles, incertaines ou même hypothétiques, lorsqu'il n'existe aucune preuve irréfutable que le dommage se produira. C'est une prévention basée sur des probabilités ou des éventualités. La précaution s'applique particulièrement lorsque les conséquences d'une absence d'action pourraient être graves. Les problèmes d'irréversibilité et d'incertitude scientifique sont donc introduit dans la loi. Les juges doivent examiner les circonstances d'une situation donnée et décider quelle opinion scientifique est basée sur la preuve la plus crédible et sur la méthodologie scientifique la plus fiable.

Dans certaines juridictions, la précaution peut être particulièrement pertinente dans des actions judiciaires parce qu'elle peut avoir de l'influence sur la question de savoir qui a la charge de la preuve, surtout si elle est liée à un risque. Le principe présuppose qu'il faut éviter les actions faisant courir à l'environnement des risques potentiellement importants, si on ne les comprend pas très bien. Par conséquent, ceux qui proposent ou qui s'engagent dans de telles actions doivent assumer la responsabilité de les justifier.

Le principe de précaution a influencé la direction de la législation environnementale et informe généralement les jugements des activités ou des substances potentiellement dangereuses, telles que les produits chimiques, les déchets et les organismes génétiquement modifiés. Le Tribunal administratif de Cundinamarca (Colombie) a appliqué le principe de précaution pour suspendre temporairement la fumigation

des cultures illicites de drogue dans le pays étant donné le manque de certitude scientifique à propos des effets secondaires que les herbicides pourraient avoir sur l'environnement et sur la santé publique. Voy. *l'affaire Claudia Sampredo y Hector A. Suarez contre le ministère de l'Environnement et de la Direction des substances narcotiques*, Tribunal administratif, 13 juin 2003.

Cadre 8. La précaution et la charge de preuve

La Cour suprême indienne a adopté le principe de précaution dans *l'affaire du Forum pour le bien-être des citoyens de Vellore contre l'Union indienne et les autres*, 5 SCC 647 (1996), dans lequel elle affirmait que le gouvernement devait anticiper, prévenir et s'attaquer aux causes de la dégradation de l'environnement. «*Là où il existe des menaces graves ou irréversibles, l'absence d'une totale certitude scientifique ne sera pas utilisée pour justifier la postposition des mesures efficaces ou des frais destinés à prévenir la dégradation de l'environnement. Il incombe à l'acteur ou au développeur de prouver que son action est sans danger pour l'environnement.*» En l'absence d'informations adéquates, le gouvernement devrait pencher en faveur de la protection de l'environnement en refusant plutôt qu'en permettant des activités risquant d'être dommageables. En d'autres termes, le principe de précaution résulte de la présomption que ces activités nuisent à l'environnement à moins qu'on ne prouve qu'elles ne présentent aucun danger.

Dans *l'affaire du comité de contrôle de la pollution-I d'Andhra Pradesh contre le prof. M.V. Nayudu*, 2 SCC 718 (1999), la Cour suprême indienne a fait référence au principe de précaution et à «la nouvelle règle de la charge de la preuve dans le domaine de la protection de l'environnement». La Cour a mis en évidence le besoin d'obtenir des données scientifiques solides avant de se prononcer sur les problèmes compliqués de la pollution de l'environnement. Elle a fait appel à ses propres experts pour obtenir ces informations et a noté que sans les rapports qui avaient été faits, «il aurait été très difficile» pour la Cour de résoudre les problèmes scientifiques compliqués de cette affaire.

Un tribunal argentin a exigé la suspension immédiate de travaux destinés à installer un réseau électrique jusqu'à ce que le prévenu ait préparé avec la participation des personnes concernées un rapport reprenant les impacts et les mesures de prévention et de réduction visant à éviter les effets négatifs potentiels du champ électromagnétique. La Cour a explicitement affirmé qu'elle appliquait le principe de précaution faisant partie du droit et de plusieurs instruments environnementaux internationaux (*Asociacion Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes contre ENRE-EDESUR*, Cour d'appel fédérale de La Plata (2003)).

La Cour européenne de justice a appliqué le principe de précaution, surtout vis-à-vis des risques environnementaux mettant en danger la santé humaine. La Cour a estimé que la Commission européenne n'avait pas commis d'erreur manifeste en interdisant l'exportation de

bœuf pendant la crise de «la vache folle» (Affaire C 180/96, *le Royaume-Uni contre la Commission*, [1996] Rec. I-3903, par. 83; Affaire T-76/96 R, *l'Union nationale des fermiers (UNF)* [1996] Rec. II-815, par. 88). La CEJ a affirmé dans l'affaire de l'UNF:

A l'époque où cette décision contestée a été adoptée, il régnait une grande incertitude à propos des risques provoqués par les animaux vivants, la viande bovine et ses produits dérivés. Là où règne l'incertitude à propos de l'existence ou de l'étendue d'un risque pour la santé humaine, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans devoir attendre que la réalité et la gravité de ces risques apparaissent dans leur totalité.

Dans l'affaire de l'Association européenne de libre-échange, la Cour a estimé que l'application correcte du principe de précaution présupposait une identification des conséquences potentiellement négatives et une évaluation détaillée du risque basée sur les informations scientifiques les plus récentes (Affaire E-3/00, *Autorité de surveillance de l'AELE contre la Norvège*, par. 16, 21). Là où la nature insuffisante, peu concluante ou imprécise des conclusions fait qu'il est impossible de déterminer avec certitude le risque ou le danger, mais où le risque de dommage persiste, le principe de précaution justifierait la prise de mesures restrictives. Les critères sont:

De telles mesures restrictives ne doivent pas être discriminatoires et doivent être objectives. Elles doivent être appliquées dans le cadre d'une politique basée sur les meilleures connaissances scientifiques disponibles à n'importe quel moment. Le principe de précaution ne peut jamais justifier l'adoption de décisions arbitraires, et ne peut justifier la poursuite de l'objectif du «risque zéro» que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

Au sein de l'OMC, les organes juridictionnelles ont conclu que, dans les affaires où il est impossible de réaliser une évaluation correcte du risque, l'article 5(7) de l'Accord sanitaire et phytosanitaire (ASP) autorise les membres à adopter et à maintenir une mesure sanitaire et phytosanitaire provisoire ou de précaution. Selon l'Organe d'appel de l'OMC, cette clause incorpore le principe de précaution dans une mesure limitée, lorsque quatre critères cumulatifs sont respectés:

- 1) L'information scientifique pertinente doit être insuffisante;
- 2) La mesure devrait être adoptée sur base des informations pertinentes disponibles;

- 3) Le membre doit chercher à obtenir les informations supplémentaires nécessaires à une évaluation plus objective du risque;
- 4) Le membre doit revoir la mesure dans une période de temps raisonnable établie sur une base au cas par cas dépendant des circonstances spécifiques, incluant la difficulté d'obtenir des informations supplémentaires nécessaires à la révision et aux caractéristiques de la mesure SPS.

Voir: *Les caractères variétaux au Japon, Mesures affectant les produits agricoles*, OMC Doc. WT/DS76/AB/R (22 février 1999) par. 92, 93.

3.5 LE PRINCIPE DU POLLUEUR PAYEUR

Le principe du “pollueur payeur” a été énoncé pour la première fois par l’Organisation pour la coopération au développement économique (OCDE) pour empêcher les autorités publiques nationales de subventionner les frais de contrôle de la pollution des entreprises privées. Au lieu de cela, les entreprises devraient internaliser les externalités environnementales en assumant les frais de contrôle de leur pollution dans la mesure requise par la loi. Ce principe a évolué et inclut maintenant la notion de «l'utilisateur payeur», appelant le consommateur de ressources environnementales à payer pour prévenir ou corriger les conséquences de l'utilisation des ressources sur l'environnement.

Cadre 9. Le principe du pollueur payeur

Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement.

Principe 16, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement

s

Historiquement, les frais de contrôle de la pollution ont été supportés par la communauté toute entière plutôt que par les pollueurs eux-mêmes. L'exemple d'une entreprise déversant des contaminants dans une rivière prouve que c'est la communauté qui assume ces frais. Il existe au moins trois façons possibles pour la communauté d'assumer les frais économiques de la pollution:

- 1) La rivière peut rester polluée et devenir impropre à certaines activités en aval, faisant subir une perte économique à la communauté en aval;

- 2) La communauté en aval peut mettre sur pied une usine de traitement des eaux appropriée à ses propres frais;
- 3) Le pollueur peut recevoir des subventions publiques pour contrôler la pollution.

Dans chaque cas, la communauté affectée supporte les frais de la pollution et des mesures destinées à l'éliminer ou à réduire ses effets. Le principe du pollueur payeur évite ce résultat en obligeant le pollueur à supporter les frais du contrôle de la pollution, à les «internaliser». Dans la plupart des cas, l'entreprise va en fait incorporer dans une certaine mesure les frais dans le prix des produits et les faire supporter par le consommateur.

Par conséquent, le principe du pollueur payeur est une méthode d'internalisation des externalités. Ceux qui bénéficient d'un filtre à air ont une externalité positive s'ils ne paient pas le filtrage. Là où l'air est pollué par un producteur qui n'assume pas de frais, il s'agit d'une externalité négative; ceux qui achètent le produit font également cavalier seul si les frais de pollution ne sont pas reflétés dans le prix des biens. L'internalisation exige que ce soit le producteur/consommateur qui assume tous les frais environnementaux, et pas la communauté toute entière. Les prix reflèteront le coût total si des normes ou des taxes régulatrices sur la production ou le produit correspondent au véritable coût du dommage causé à l'environnement.

Ce principe peut être appliqué le plus facilement dans une région géographique soumise à un droit de l'environnement uniforme, telle qu'un Etat ou une organisation d'intégration économique régionale. Le pollueur peut être défini comme celui qui cause directement ou indirectement un dommage à l'environnement ou qui crée une situation menant à ce dommage.

En général, les pollueurs devraient payer les frais des mesures de contrôle de la pollution, telles que la construction et la mise en opération d'installations anti-pollution et l'investissement dans des équipements et de nouveaux processus anti-pollution, de façon à atteindre un objectif de qualité environnementale nécessaire. Les taxes et les charges sont d'autres moyens d'assurer le respect du principe du pollueur payeur. L'application du principe peut être difficile dans la pratique là où l'identification du pollueur se révèle impossible parce que la pollution résulte de plusieurs causes simultanées ou de plusieurs causes consécutives ou là où le pollueur est devenu financièrement insolvable. Dans de telles situations, il risque de ne pas y avoir d'autre alternative que de faire assumer les frais de remédiation par la communauté.

Les tribunaux nationaux peuvent définir et donner des détails sur les implications du principe du pollueur payeur. Dans l'affaire *Marlene Beatriz Duran Camacho contre la république de Colombie* (26 septembre 1996), la Cour constitutionnelle, en examinant la

constitutionnalité d'une certaine législation environnementale, a approuvé des clauses imposant une charge économique spéciale à ceux qui contribuent à la détérioration de l'environnement et imposant à ceux qui tirent avantage des ressources naturelles d'assumer les frais de remédiation aux effets négatifs que leurs actions ont sur l'environnement. La Cour a fait la distinction entre les taxes visant à préserver les ressources naturelles telles que l'air, l'eau ou le sol et celles visant à compenser ou à remédier aux dommages causés aux ressources naturelles par des individus. La Cour suprême indienne a déclaré que, dès qu'une activité est risquée ou fondamentalement dangereuse, la personne pratiquant cette activité est responsable de dédommager la perte qu'elle a fait subir à toute autre personne à cause de cette activité (*affaire du Conseil indien pour l'action légale environnementale contre l'Union indienne*, AIR 1996 SC 1446 (1996), 2 SCR 503, 3 SCC 212 (1996)).

3.6 LA JUSTICE ENVIRONNEMENTALE ET L'ÉQUITÉ

Le droit de l'environnement est construit autour des concepts d'équité et de justice, comme on le voit dans ces trois types de relations:

- Les relations entre les générations présentes et futures,
- Les relations entre les individus et les communautés de la même génération, et
- Les relations entre les humains et les autres espèces.

La justice environnementale peut donc être considérée comme une application du principe de la justice distributive, cherchant à concilier les politiques économiques et sociales, qui sont en opposition, pour arriver à un partage équitable des bénéfices et des charges, en évitant la discrimination dans l'énoncé des risques, et en tenant compte des intérêts à long terme, y compris les problèmes intergénérationnels et la responsabilité publique.

3.6.1 L'équité entre les générations

L'équité entre les générations est reflétée dans les textes environnementaux internationaux ayant fait référence au besoin de préserver l'héritage naturel de l'humanité pour le bien des générations actuelles et futures, du moins depuis la Convention internationale pour le règlement de la pêche à la baleine (1947). Le Principe 2 de la Déclaration de Stockholm de 1972 sur l'environnement humain s'est soucié des générations futures et ce souci est apparu dans presque tous les principaux traités environnementaux depuis la Conférence de Stockholm. Le Principe 3 de la Déclaration de Rio stipule que *le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures.*

Un idéal résulte des clauses, des déclarations et des résolutions de ce traité, selon lequel chaque génération peut bénéficier et développer le patrimoine naturel et culturel hérité des générations précédentes. Mais cette génération doit ensuite transmettre ce patrimoine aux générations futures dans le même état que quand elle l'a reçu. L'équité entre les générations exige la disponibilité des ressources naturelles sur une période de temps indéfinie et inclut non seulement des ressources naturelles essentielles à la survie de l'humanité et de ceux qui l'enrichissent, mais aussi des écosystèmes, des processus de préservation de la vie et la diversité biologique. Le bénéfice des droits culturels implique nécessairement la préservation des éléments de base de la civilisation, y compris la flore et la faune sauvage, les paysages et les sites naturels.

Cadre 10. La déforestation et les générations futures

Juan Antonio Oposa & les autres contre l'Honorable Fulgencio S. Factoran & an. Cour suprême des Philippines G.R.N° 101083.

Un certain nombre d'enfants, poussés par leurs parents et le Réseau écologique des Philippines SARL ont entrepris une action de groupe en leur nom, mais aussi au nom «des générations à venir» en affirmant qu'en tant que citoyens et contribuables, ils avaient le droit de bénéficier, d'utiliser et de profiter pleinement «du trésor en ressources naturelles que sont les forêts vierges tropicales du pays». Ils ont fourni des preuves que les accords autorisant largement le déboisement avaient résulté en une importante réduction de l'étendue des forêts naturelles du pays et qu'étant donné le niveau actuel de la déforestation, les ressources forestières n'existeraient plus à la fin de la décennie, si pas plus tôt. Les signataires de la pétition ont invoqué leur droit constitutionnel à «une écologie équilibrée et saine». Ils ont également affirmé être habilités à protéger l'Etat dans sa capacité en tant que *parens patriae*. Ils ont prié pour un ordre obligeant le ministre de l'Environnement et des Ressources naturelles (MERN) à annuler tous les accords de déforestation existants et à ne plus accepter ou approuver de nouveaux accords.

La Cour suprême d'appel a estimé que cette affaire ne soulevait pas une question politique parce que ce n'était pas la formulation politique qui posait problème. Au contraire, le droit des signataires de la pétition à une écologie équilibrée et saine et le devoir du MERN de protéger et de promouvoir ce droit étaient tous les deux clairs et donnaient lieu à une action en justice telle que le définit la loi.

La Cour a remarqué:

“En réalité, ces droits essentiels n'ont même pas besoin d'être mentionnés par écrit dans la Constitution puisqu'ils sont censés exister depuis le commencement de l'humanité. S'ils sont maintenant mentionnés explicitement dans cette charte fondamentale, c'est à cause de la crainte bien fondée de ses créateurs qu'à moins que les droits à une écologie équilibrée et saine et à la santé ne soient mentionnés en tant que politique d'Etat par la Constitution elle-même,... un jour viendra bientôt où tout ce qui en reste sera perdu non seulement pour la génération actuelle, mais aussi pour celles à venir; ces générations risquent de n'hériter que d'une terre desséchée, incapable de préserver la vie.»

L'ordre de rejet du tribunal a été cassé et l'affaire a été portée devant le Tribunal régional d'adjudication.

3.6.2 L'équité entre les générations et entre les espèces

L'équité entre les générations envisage d'assurer la justice parmi les êtres humains existants. Sous de nombreux rapports, elle coexiste avec la justice environnementale décrite ci-dessous et elle coïncide avec l'approche basée sur le droit de la protection de l'environnement dont il est question au chapitre 4.

Le troisième élément – l'équité entre les espèces – vient du respect pour la valeur intrinsèque de la nature indépendamment de son utilité pour les humains et le renforce. Les constitutions, les lois et les instruments internationaux exigeant le traitement humain des créatures vivantes peuvent être considérés comme les précurseurs de ce concept. Voir par exemple l'article 32 de la Constitution de l'Etat fédéré allemand de Thuringe: «*Les animaux doivent être respectés en tant qu'êtres vivants et comme nos semblables. Ils seront protégés de traitements inappropriés à leur espèce et des souffrances pouvant être évitées.*» Voir également la Convention européenne de 1968 sur la protection des animaux pendant le transport international et la Convention de 1979 sur la conservation de la vie sauvage européenne et du milieu naturel.

Les premières lignes du préambule de la Charte mondiale pour la nature, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1982, exprime une approche intégrée incluant le respect des autres espèces:

L'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels assurant les réserves en énergie et en éléments nutritifs [.]

Dans cette perspective, tous les composants de l'environnement ont de la valeur, non seulement en raison de leur utilité à court terme pour les humains, mais aussi en tant qu'éléments indispensables d'un système en corrélation devant être protégé.

3.6.3 La justice environnementale

En général, la justice environnementale cherche à s'assurer que les autorités répartissent et gèrent équitablement les ressources peu abondantes pour faire en sorte que les bénéfices des ressources environnementales, les frais associés à leur protection, et toute dégradation se produisant (c'est-à-dire tous les bénéfices et toutes les charges) soient répartis équitablement entre tous les membres de la société. La justice environnementale va au-delà des droits environnementaux pour juger, par exemple, si l'emplacement des entreprises polluantes est juste. Plus largement, elle examine les charges disproportionnées liées aux dommages environnementaux qui sont souvent assumées par les pauvres et les minorités.

Grâce à la jurisprudence nationale et internationale, les différents aspects de la justice environnementale ont été reconnus. Voir *les affaires des tests nucléaires (la Nouvelle-Zélande contre la France)* CJI, dicta du juge Weeramantry; l'affaire *Eppawela* au Sri Lanka; *l'affaire de l'Etat d'Himachal Pradesh contre les Produits de bois de Ganesh* AIR 1996 SC 149 (Inde), et *Le litige rural et le droit Kendra contre l'Etat d'U.P.* AIR 1988 SC 2187. Dans *l'affaire de la Municipalité de Ratlam contre le Vardihichand*, AIR 1980 SC 1622, la Cour suprême indienne a indiqué certains éléments faisant partie du concept de justice environnementale:

La nuisance publique provoquée par les contaminants déversés par de grosses entreprises au détriment des sections plus pauvres est un défi pour la justice sociale faisant partie de la règle du droit. De même, l'échec cuisant subi par les autorités locales qui voulaient fournir un minimum de commodités publiques a poussé les misérables habitants des taudis à se soulager dans les rues, d'abord en cachette, et ensuite ouvertement, parce que la pression de la nature fait de la pudeur un luxe et de la dignité un art difficile. Un conseil municipal responsable constitué dans le but précis de préserver la santé publique et de fournir de meilleurs aménagements ne peut pas s'écarter de son devoir principal en se justifiant par une incapacité financière. La décence et la dignité sont des facettes non négociables des droits de l'homme et sont la première tâche des institutions locales autonomes.

3.6.4 La responsabilité publique

Le concept du « *public trust* » exprime l'idée que la génération actuelle est responsable des ressources naturelles de la Terre qu'elle doit transmettre aux générations futures. En tant que notion légale, ce concept signifie que le gouvernement est responsable au nom de tous les citoyens de certaines choses, telles que les ressources naturelles et l'exercice du pouvoir public, et qu'il doit utiliser ces choses pour le bien public. Voir les affaires *Gunaratne contre la Corporation pétrolière de Ceylon*, (1996) 1 Sri L R 315 (Sri Lanka), et *Premachandra et Dodangoda contre Jayawickreme et Bakeer Markar*, (1993) 2 Sri L R 294 (Sri Lanka).

En droit romain, certains *res* tels que les rivières, les voies navigables et le bord de la mer étaient classés comme *res nullius* ou *res communes*. Tout le monde pouvait les utiliser et les individus ne pouvaient pas avoir de droits sur eux. En droit coutumier, le souverain pouvait posséder certaines ressources naturelles, telles que les rivières et les cours d'eau, mais il s'agissait d'une possession restreinte qui ne pouvait pas être accordée à des entités privées parce que le souverain était responsable des ressources pour l'usage public.

Le concept de *res nullius* peut limiter les actions pouvant être intentées pour protéger l'environnement. Dans *l'affaire des Autorités*

portuaires du Kenya contre le Pouvoir d'Afrique orientale & la Cie d'éclairage SARL (Cour d'appel, Mombasa, affaire 41/1981), la Cour a estimé que l'autorité portuaire ne pouvait pas tenter un procès pour faire nettoyer le port de Mombasa après la pollution provoquée par le pétrole, parce que les eaux portuaires étaient classées *res nullius* et que l'autorité n'avait pas d'intérêt de propriété sur ces eaux. De telles difficultés peuvent être contournées en ayant recours à la doctrine du « public trust ». La Cour suprême californienne, par exemple, a estimé que l'Etat avait un devoir affirmatif de tenir compte du « public trust » dans la planification et la répartition des ressources en eau et de protéger les usages du « public trust » tels que les valeurs scéniques et écologiques, lorsque c'était faisable. Les besoins urbains en eau doivent être mis en équilibre avec l'impact écologique de la déviation de l'eau venant d'un lac dont les bords, le fond et les eaux sont soumis à la responsabilité publique. *Affaire de la Compagnie nationale Audubon contre le ministère de l'Eau et de l'Energie de la ville de Los Angeles*, 658 P.2d 709 (Cour suprême de Californie, 1983).

En droit international, déjà en 1893, le gouvernement des Etats-Unis affirmait dans *l'affaire de la fourrure des phoques de la mer de Behring* «*qu'aucun propriétaire ne dispose d'un droit absolu sur sa propriété – son droit s'accompagne d'une responsabilité pour le bien de l'humanité...Les objets eux-mêmes ne lui appartiennent pas, il n'en possède que l'usufruit ou la majoration – il est responsable de l'objet pour les générations actuelles et futures de l'humanité.*» (J.B. Moore, *Histoire et résumé des arbitrages internationaux dans lesquels les Etats-Unis ont été impliqués* (1989), Vol. I, pg. 833). Les Etats-Unis ont affirmé qu'ils pouvaient protéger les phoques en se basant «*sur les principes établis du droit civil et du droit coutumier, sur la pratique des nations, sur les lois de l'histoire naturelle et sur les intérêts communs de l'humanité*». Id. at 811. Un tribunal partagé a rejeté cet argument, car les phoques se trouvaient en dehors des eaux territoriales, mais a établi des règles pour qu'ils soient correctement protégés et préservés. Dans *l'affaire des pêcheries de la côte Atlantique Nord*, (GB-USA) (7 septembre 1910), la Cour d'arbitrage permanente a admis que la souveraineté inclut non seulement le droit, mais aussi le devoir de préserver et de protéger les pêcheries côtières. De même, dans le jugement de *l'affaire de l'île de Palmas*, le juge de la Cour d'arbitrage a défini la souveraineté comme incluant à la fois des droits et des devoirs. (Neth/US), 4 avril 1928, Cour d'arbitrage permanente.

Cadre 11. La responsabilité publique et l'environnement

Dans *l'affaire M.C. Mehta contre Kamal Nath et les autres*, 1 SC 388 (1997), la Cour suprême indienne a appliqué la doctrine du « public trust » pour combattre la pollution de l'eau. La Cour a estimé que le gouvernement était responsable de toutes les ressources naturelles qui sont, par nature, destinées à l'usage et au bénéfice publics. Alors que la doctrine protège traditionnellement des usages tels que la navigation, le commerce et la pêche, elle s'étend maintenant aux valeurs importantes sur le plan écologique, telles que la préservation de l'eau douce, des marécages et des forêts riveraines. En se servant de cette doctrine, la Cour a cassé une location accordée à un motel privé et a ordonné au gouvernement de reprendre cette zone et de la remettre dans son état original. La Cour a qualifié la location d'une terre écologiquement fragile de « violation patente de la responsabilité publique ».

En appliquant aussi le principe du pollueur payeur, la Cour a ordonné au motel de payer un dédommagement pour la remise en état de l'environnement et de l'écologie du lit de la rivière et des bords de la rivière Beas qu'il avait pollué. La Cour a ordonné au conseil local de contrôle de la pollution d'appliquer la loi en inspectant les mécanismes de contrôle de la pollution du motel et le matériel de traitement. Elle lui a aussi ordonné d'intenter des actions si les mécanismes et le matériel n'étaient pas conformes aux normes prescrites. Elle a également ordonné au comité de ne pas autoriser le déversement d'effluent non traité dans la rivière et d'inspecter tous les hôtels, toutes les institutions et toutes les usines de la zone pour s'assurer qu'aucun d'entre eux ne violait la loi. La Cour suprême a ultérieurement imposé des dommages exemplaires au motel. La cour a déclaré:

«La pollution est un mal civil. De par sa nature, elle constitue un délit commis contre la communauté tout entière. Par conséquent, une personne coupable d'avoir provoqué une pollution doit payer des dommages (des compensations) pour la restauration de l'environnement et de l'écologie... En plus des dommages précédemment cités, la personne coupable d'avoir causé une pollution peut être tenue pour responsable de payer des dommages exemplaires pouvant dissuader les autres de provoquer n'importe quel type de pollution.»

La Cour a ordonné au motel de payer au gouvernement de l'Etat des dommages exemplaires, qui seront utilisés pour des travaux de protection contre les inondations dans la région affectée par les activités du motel. *Affaire M.C. Metha contre Kamel Nath*, [2002] 1 LRI 667.

Certains tribunaux ont étendue la doctrine du « public trust » pour créer la notion de « public guardianship ». Voir par exemple *l'affaire Bulankulame contre le ministre du Développement industriel et autres (l'affaire Eppawela)* (Cour suprême du Sri Lanka, 2000). En Australie également, la doctrine du « public trust » a été appliquée pour contester les activités nuisibles dans les zones publiques. Dans *l'affaire du Conseil municipal de Willoughby contre le Ministre*, (1992) 78 LGERA 19, at 27, qui concernait les activités commerciales dans une partie d'un parc national, Stein J. disait «...l'Etat est responsable des parcs nationaux pour que ses citoyens, y compris les générations futures, puissent en bénéficier et en profiter. Dans ce cas, la responsabilité publique repose sur le ministre, le directeur et le service. Ces responsables publics ont le devoir de protéger et de préserver les parcs nationaux et d'exercer leurs fonctions et leurs

pouvoirs dans le cadre de la loi afin d'atteindre les objectifs de la loi sur les parcs nationaux et la vie sauvage».

3.7 Des responsabilités communes mais différenciées

Une autre caractéristique des accords environnementaux internationaux est l'abandon de l'égalité traditionnelle des droits et des obligations entre les parties étatiques. Le Principe 7 de la Déclaration de Rio proclame que

Les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent.

Le Principe 8 ajoute que les Etats devraient réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables et promouvoir des politiques démographiques appropriées, faisant implicitement référence à la fois aux pays développés et en développement.

Le caractère de la responsabilité différenciée fait référence à des obligations légales et politiques générales plutôt qu'au concept formel de la responsabilité de l'Etat. L'acceptation par un Etat industrialisé de sa responsabilité différenciée résulte en une participation accrue à l'effort fait pour appliquer le principe du développement durable. Néanmoins, on a établi des liens entre l'exécution par un groupe de ses responsabilités et la conformité réciproque des autres groupes d'Etats.

Le concept de la responsabilité commune, mais différenciée, a été incorporé dans toutes les conventions mondiales sur l'environnement adoptées depuis la fin des années quatre-vingt. De plus, la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination (Art. 10(2)), le Protocole de Montréal de 1987 sur la protection de la couche d'ozone tel qu'il a été amendé en 1992, la Convention de 1992 sur la diversité biologique (articles 16, 20 et 21), et la Convention-cadre de 1992 des Nations unies sur les changements climatiques prévoient tous le transfert de technologie ou l'assistance financière.

La Convention de 1994 pour combattre la désertification dans les pays touchés par de graves sécheresses et/ou par la désertification, particulièrement en Afrique, contient les clauses les plus détaillées sur les obligations des pays développés. Ils devraient mobiliser des

ressources financières substantielles et obtenir de nouveaux crédits supplémentaires du *Global Environmental Facility* pour soutenir l'application des programmes visant à combattre la désertification et à réduire les effets de la sécheresse.