Annexe I

FORMATION ET IDENTIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

(Sir Michael Wood)

1. La question des sources est au cœur du droit international. Les travaux entrepris par la Commission dans ce domaine ont été parmi les plus importants et fructueux mais ils sont restés limités, pour l'essentiel, au droit des traités. Il est proposé d'inscrire un sujet intitulé «Formation et identification du droit international coutumier» au programme de travail à long terme de la Commission. Le titre proposé n'empêcherait pas la Commission d'examiner, le cas échéant, d'autres aspects connexes, mais l'accent serait mis sur la formation (processus par lequel les règles du droit international coutumier s'élaborent) et sur le recensement des éléments du droit international coutumier (identification de ces règles). Si la Commission décide d'examiner le sujet, il importera qu'elle veille, comme à l'accoutumée, à en définir d'emblée le champ avec soin et à hiérarchiser les questions posées.

2. En dépit de la multiplication des traités et de l'élargissement de leur portée, le droit international coutumier demeure une source importante du droit international. À supposer qu'il soit souhaitable, l'idéal d'un droit entièrement codifié, qui priverait le droit international coutumier de son utilité, est loin de devenir une réalité. Le droit international coutumier a fait couler beaucoup d'encre par le passé. Ces dernières années, certains milieux ont eu tendance à en minimiser l'importance. En même temps, il y a moins d'objections idéologiques au rôle du droit coutumier international. Il semblerait que sa formation suscite à présent un regain d'intérêt, favorisé notamment par les efforts parfois très controversés déployés par les juridictions internes pour s'attaquer à cette question. La formation du droit international coutumier doit aujourd'hui être analysée en tenant compte du fait que le monde compte près de 200 États, ainsi que des organisations internationales régionales et universelles nombreuses et variées.

3. Il existe différentes manières d'aborder les questions de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Un examen des processus correspondants est toutefois primordial pour tous ceux qui ont à appliquer les règles du droit international. Aboutir à une conception commune de ces processus pourrait se révéler fort utile dans la pratique, d'autant qu'il est de plus en plus fréquent que des acteurs qui ne sont pas toujours des spécialistes du droit international − personnel des tribunaux internes de nombreux pays, de ministères autres que ceux des affaires étrangères et des organisations non gouvernementales − soient amenés à se pencher sur des questions de droit international coutumier.

4. L'objectif n'est pas de chercher à codifier des «règles» relatives à la formation du droit international coutumier mais d'élaborer des directives faisant autorité à l'intention de ceux qui sont appelés à identifier le droit international coutumier, notamment les juges nationaux et internationaux. Il faudra veiller à ne pas être exagérément prescriptif. La souplesse demeure une caractéristique essentielle de la formation du droit international coutumier. C'est pourquoi le résultat final des travaux de la Commission dans ce domaine pourrait prendre plusieurs formes. Une possibilité serait d'établir une série de propositions assorties de commentaires.

5. Les tribunaux internationaux se sont efforcés d'apporter des éclaircissements sur les questions en jeu, de même que les juridictions nationales. Il existe donc de nombreux écrits sur le sujet. Cependant, les efforts collectifs accomplis jusqu'ici pour décrire de manière systématique le processus de formation du droit international coutumier offrent des éléments certes très utiles, mais ils n'ont pas recueilli l'approbation générale[1]. Ainsi, les approches retenues par les auteurs restent marquées par d'importantes différences. Dans ce contexte, la Commission du droit international pourrait faire œuvre utile, compte tenu de sa composition, de ses méthodes de travail collégiales et de la relation étroite qu'elle entretient avec les États par l'intermédiaire de l'Assemblée générale.

Plan général

6. Il est proposé, pour des raisons de commodité, d'examiner le sujet en plusieurs étapes (tout en gardant une certaine souplesse): questions sous-jacentes et collecte de la documentation; examen de quelques questions centrales soulevées par l'identification de la pratique des États et de l'*opinio juris*; questions particulières; conclusions. Les paragraphes ci-après sont indicatifs, les questions qui y sont énumérées ne seront pas nécessairement toutes traitées, et d'autres pourront l'être.

---

[1] «London Statement of principles applicable to the formation of general customary international law» (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général): résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international (voir *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39). Voir pour le débat en plénière, ibid., p. 922 à 926. La Déclaration de Londres est reproduite ibid., p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), tenue en 2000, ibid., p. 778 à 790. Les six rapports intérimaires de la Commission contiennent des informations plus détaillées.

Questions sous-jacentes et documentation

7. La première étape serait consacrée à l'examen de certaines questions sous-jacentes et de la documentation de base. Les questions ci-après pourraient être abordées:

a) Description du champ d'application du sujet et travaux possibles. Il est essentiel de veiller à ce que le champ d'application soit clairement défini. Il faudra délimiter le sujet par rapport à ceux qui ont déjà été examinés ou sont en cours d'examen, comme «La fragmentation du droit international» et «Les traités dans le temps», ou par rapport à des sujets qui pourraient être traités à l'avenir, comme le *jus cogens*. La Commission tranchera en temps utile la question de savoir quelles questions seront couvertes.

b) Terminologie/définitions. Utilisation et signification des expressions «droit international coutumier» ou «règles du droit international coutumier», qui sont apparemment les plus couramment employées (il y a également «coutume» et «coutume internationale»). *Lex lata*, *lex ferenda* et «droit souple» (*soft law*). Il pourrait être utile d'établir un bref lexique des termes pertinents dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies.

c) Question de la place du droit international coutumier dans l'ordre juridique international (principe du *Lotus*; «toile de fond[2]»), y compris de la relation entre «droit international coutumier» et «droit international général», «principes généraux du droit» et «principes généraux du droit international». Cette question pourra nécessiter l'examen de l'utilisation et de la signification de l'expression «droit international général», qui peut vouloir dire autre chose que «droit international coutumier», ainsi que l'examen de la notion de «fusion des sources» qui soulève notamment la question de la relation entre droit coutumier et «principes généraux du droit» (Article 38.1 *c* du Statut de la Cour internationale de Justice). Il faudra peut-être examiner aussi les différences entre les règles de droit international coutumier et le «droit souple» (*soft law*), entre la *lex lata* et la *lex ferenda*, entre le droit international coutumier et le simple usage, d'une part, et entre les traités informels (y compris non écrits) et la pratique qui en découle en matière d'interprétation des traités, d'autre part.

d) Analyse de l'Article 38.1 *b* du Statut de la Cour internationale de Justice (y compris des travaux préparatoires y relatifs) et des alinéas *c* et *d* au même paragraphe.

e) Principales théories et approches relatives à la formation des règles du droit international coutumier. Il ne faut pas négliger les fondements théoriques du sujet, même si l'objectif final est d'offrir une aide concrète à ceux qui sont appelés à s'interroger sur les règles du droit international coutumier. Il faudra traiter les questions générales de méthodologie: étude empirique de la pratique des États et du raisonnement déductif tel qu'il ressort de certaines décisions de cours et tribunaux internationaux. Des considérations d'ordre pratique peuvent avoir une incidence sur la méthodologie, surtout dans un monde qui compte près de 200 États.

f) Jurisprudence pertinente des cours et tribunaux internationaux et nationaux.

g) Bibliographie.

Pratique des États et opinio juris

8. Une fois la documentation de base rassemblée et certaines questions sous-jacentes examinées, notamment les questions générales de méthodologie − ainsi qu'indiqué au paragraphe 7 *e* ci-dessus − une deuxième étape pourrait être consacrée à l'examen de certaines questions essentielles liées à la méthode classique d'identification des règles du droit international coutumier, notamment la pratique des États et l'*opinio juris*.

a) Identification de la pratique des États. Quels sont les éléments susceptibles de constituer la «pratique des États»? Actions et omissions, actes verbaux et physiques. Comment les États peuvent-ils changer de position à l'égard d'une règle de droit international? Décisions des cours et tribunaux nationaux (et réactions de l'exécutif). Au-delà des actes de l'État, quels actes? Les actes de certaines organisations internationales comme l'Union européenne? «Représentativité» de la pratique des États (diversité régionale, notamment)[3].

b) Nature, fonction et identification de l'*opinio juris sive necessitatis*.

c) Relation entre deux éléments: pratique des États et *opinio juris sive necessitatis*; leurs rôles respectifs dans l'identification du droit international coutumier.

d) La manière dont se constituent les nouvelles règles du droit international coutumier; la manière dont

[2] *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246 et suiv., notamment p. 291, par. 83.

[3] On se souviendra qu'à ses première et deuxième sessions, en 1949 et en 1950, la Commission du droit international, conformément à l'article 24 de son statut, a examiné le sujet intitulé «Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier». Il en est résulté un rapport faisant autorité, qui a donné lieu à d'importantes publications à l'échelon national et international (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 367 à 374, par. 24 à 94 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément nº 12* (A/1316), p. 4 à 11]; et voir également *La Commission du droit international et son œuvre*, 7e éd. [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.9], vol. I, partie III, sect. A.2). Le travail de la Commission concernant la pratique des États a été défini comme suit: «La Commission du droit international a reconnu pleinement la nécessité de diffuser largement la pratique des États, et son rapport y a beaucoup contribué. Toutefois, deux faits nouveaux [cela a été écrit en 1998] compromettent aujourd'hui la pleine réalisation des objectifs fixés en 1950 par la Commission: premièrement, le foisonnement considérable de documents relatifs aux nombreux aspects du droit international et des relations internationales et, deuxièmement, l'augmentation du coût lié à leur accumulation, leur stockage et leur distribution. Les récents progrès révolutionnaires en matière de technologies mondiales de l'information appellent sans doute un réexamen du sujet traité dans le rapport de la Commission de 1950» (A. D. Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, vol. III, Oxford University Press, p. 2106). Il est proposé que la question de l'accès à la pratique des États soit effectivement réexaminée par la Commission, en parallèle des autres travaux sur le droit international coutumier couverts par cette étude.

les mesures unilatérales des États peuvent aboutir à la formation de nouvelles règles; les critères permettant de déterminer dans quelle mesure les écarts par rapport à une règle coutumière modifient le droit coutumier; le rôle éventuel du silence et de l'acquiescement.

e) Rôle des «États particulièrement touchés».

f) Facteur temps et densité de la pratique; droit international coutumier «instantané».

g) Question de savoir si les critères d'identification d'une règle de droit coutumier peuvent varier selon la nature de celle-ci ou le domaine dont elle relève.

Questions particulières

9. Une troisième étape pourrait être consacrée à l'examen de questions particulières comme:

a) La théorie de l'«objecteur persistant».

b) Les traités et la formation du droit international coutumier; traités en tant qu'expression possible du droit international coutumier; «influence réciproque/interdépendance» des traités et du droit international coutumier.

c) Les résolutions des organes des organisations internationales, y compris l'Assemblée générale des Nations Unies, et des conférences internationales, et la formation du droit international coutumier; leur importance en tant qu'expression possible du droit international coutumier.

d) Formation et identification des règles spéciales du droit international coutumier qui régissent les relations entre certains États (au niveau régional, sous-régional, local ou bilatéral − règles «individualisées» du droit international coutumier). Le consentement joue-t-il un rôle particulier dans la formation des règles spéciales du droit international coutumier?

Conclusions

10. La dernière étape pourrait être consacrée à la consolidation des résultats des étapes précédentes, sous une forme qui se prête à un examen et une adoption par la Commission.

Références

A. Commission du droit international

«Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier: Étude préparatoire établie conformément à l'article 24 du statut de la Commission du droit international», Mémorandum du Secrétaire général (A/CN.4/6 et Corr.1), publication des Nations Unies, numéro de vente: 1949.V.6, disponible sur le site Web de la Commission, documents de la première session.

Document de travail établi par le Secrétariat (A/CN.4/W.9), reproduit dans *Yearbook of the International Law Commission 1949*. Comptes rendus analytiques de la 31e séance, p. 228 et 229, note 10 (anglais seulement).

«Article 24 of the Statute of the International Law Commission», document de travail établi par Manley O. Hudson, Rapporteur spécial, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/CN.4/16 et Add.1, p. 24 à 33 (anglais seulement).

«Moyens permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier», *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, document A/1316, p. 367 à 374, par. 24 à 94 [en français, Rapport de la Commission du droit international, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément nº 12* (A/1316), p. 4 à 11].

B. Jurisprudence

1. Cour permanente de justice internationale

*Affaire du «*Lotus*»*, arrêt nº 9, 1927, *C.P.J.I. série A nº 10* (p. 18, 20 à 22 et 28).

2. Cour internationale de Justice

Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950*, C.I.J. Recueil 1950*, p. 266 (p. 276 à 278).

Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.

Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116 (p. 131, 138 et 139).

Affaire Nottebohm (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 (p. 22 à 23).

Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6 (p. 39 à 44).

Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 (par. 60 à 83).

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 246 (par. 83, 90, 94, et 110 et 111).

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), arrêt, *C.I.J Recueil 1985*, p. 13 (par. 26 à 34, 43 et 44, et 77).

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14 (par. 172 à 192, 201 à 209, 211 et 273).

Différend frontalier, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554 (par. 21).

Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 38 (par. 46).

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 (par. 64 à 73, 75, 79 à 82, 84, et 96).

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40.

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3 (par. 51 à 59).

Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213 (par. 140 à 144), et opinion individuelle de M. le Juge Sepúlveda-Amor (par. 20 à 28).

3. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Le Procureur c. Dusko Tadić alias «Dule», affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. 1, p. 352 et suiv. (par. 99).

Le Procureur c. Kupreskić et al., affaire nº IT-95-16-T, chambre de première instance, arrêt du 14 janvier 2000, *Recueils judiciaires 2000*, vol. II, p. 1398 et suiv. (par. 524 et 525, 527, 531 à 534, et 540) [http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/fr/kup-tj000114f.pdf].

4. Cours d'arbitrage

Affaire Mergé, Commission de conciliation italo-américaine, décision nº 55 du 10 juin 1955, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 1965.V.4), p. 236 à 248.

Texaco-Calasiatic c. Gouvernement libyen, sentence arbitrale au fond, 19 janvier 1977, *Journal du droit international*, vol. 104 (1977), nº 2 (avril-mai-juin), p. 350 (par. 59 et 60, 69, et 83 à 89).

Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française, décision du 30 juin 1977, Nations *Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 130 (par. 45 à 47).

C. Association de droit international

Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international, *Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, 25-29 juillet 2000*, p. 39.

D. Institut de droit international

«Problèmes découlant d'une succession de conventions de codification du droit international sur un même sujet», résolution adoptée le 1er septembre 1995 par l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (session de Lisbonne, 1995), p. 434 et 435 (disponible sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante: http://justitiaetpace.org).

E. Bibliographie

Abi-Saab, G., «La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté», dans *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 53 à 65.

Ago, R., «Science juridique et droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, vol. 90, p. 857 à 954.

Akehurst, M., «Custom as a source of international law», *BYBIL 1974-1975*, vol. 47, p. 1 à 53.

Barberis, J. A., «Réflexions sur la coutume internationale», *AFDI*, vol. 36 (1990), p. 9 à 46.

«La coutume est-elle une source de droit international?», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 43 à 52.

Barboza, J., «The customary rule: From chrysalis to butterfly», dans C. A. Armas Barea et autres (dir. publ.), Liber Amicorum «In Memoriam» *of Judge José María Ruda*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 1 à 14.

Barile, G., «La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice», *Comunicazioni e studi*, vol. V, Milan, Giuffrè, 1953.

Baxter, R. R., «Multilateral treaties as evidence of customary international law», *BYBIL 1965-1966*, vol. 41, p. 275 à 300.

Bernhardt, R., «Customary international law», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (1992), p. 898 [(1984), (1991), bibliographie].

Bobbio, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padoue, Cedam, 1942.

Bos, M., «The identification of custom in international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 25 (1982), p. 9 à 53.

Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 7e éd., Oxford University Press, 2008, p. 6 à 12.

Buzzini, G. P., «La théorie des sources face au droit international général: réflexions sur l'émergence du droit objectif dans l'ordre juridique international», *RGDIP*, vol. 106 (2002), p. 581 à 617.

«Abstention, silence et droit international général», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 88 (2005), p. 342 à 382.

Byers, M., *Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999.

Cahin, G., *La coutume internationale et les organisations internationales. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001.

Charpentier, J., «Tendances de l'élaboration du droit international coutumier», dans Société française pour le droit international, *Colloque de Toulouse. L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p. 105 à 131.

Cheng, B., «Custom: The future of general State practice in a divided World», dans R. St. J. Macdonald et D. M. Johnston (dir. publ.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1983, p. 513 à 554.

Cohen-Jonathan, G., «La coutume locale», *AFDI*, vol. 7 (1961), p. 119 à 140.

Condorelli, L., «La coutume», dans M. Bedjaoui (dir. publ.), *Droit international. Bilan et perspectives*, vol. 1, Paris, Pedone, 1991, t. 1, p. 187 à 221.

Corten, O., «La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières», *Revue belge de droit international*, vol. 37 (2004), p. 552 à 567.

Daillier, P., M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 8e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 207 à 220.

D'Amato, A. A., «The concept of special custom in international law», *AJIL*, vol. 63 (1969), p. 211 à 223.

The Concept of Custom in International Law, Londres/Ithaca, Cornell University Press, 1971.

Danilenko, G. M., «The theory of international customary law», *German Yearbook of International Law*, vol. 31 (1988), p. 9 à 47.

De Visscher, C., «Coutume et traité en droit international public», *RGDIP*, vol. 26 (1955), p. 353 à 369.

Dupuy, P.-M., «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain», dans M. Rama-Montaldo (dir. publ.), *El derecho internacional en un mundo en transformación*. Liber amicorum *en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, vol. I, p. 51 à 68.

Dupuy, R.-J., «Coutume sage et coutume sauvage», dans *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 75 à 87.

«Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la *soft law*», dans Société française pour le droit international, *Colloque de Toulouse. L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, p. 132 à 148.

Ferrari Bravo, L., «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985-III*, vol. 192, p. 233 à 330.

Fidler, D. P., «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», *German Yearbook of International Law*, vol. 39 (1996), p. 198 à 248.

Guggenheim, P., «Les deux éléments de la coutume en droit international», dans *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 275 à 284.

Haggenmacher, P., «La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale», *RGDIP*, vol. 90 (1986), p. 5 à 125.

Higgins, R., *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford University Press, 1963.

Hoffmeister, F., «The contribution of EU practice to international law», dans M. Cremona (dir. publ.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2008.

Jennings, R. Y., «Law-making and package deal», dans *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 347 à 355.

«What is international law and how do we tell it when we see it?», dans B. S. Markesinis et J. H. M. Willems (dir. publ.), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980*, Deventer, Kluwer, 1983, p. 1 à 32.

Jennings, R. Y. et A. D. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. I: *Custom*, Harlow, Longman, 1992, p. 25 à 31.

Kammerhofer, J., «Uncertainty in the formal sources of international law: Customary international law and some of its problems», *EJIL*, vol. 15, no 3 (2004), p. 523 à 553.

Kelsen, H., «Théorie du droit international coutumier», *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, no 4 (1939), p. 253 à 274.

Kopelmanas, L., «Custom as a means of the creation of international law», *BYBIL 1937*, vol. 18, p. 127 à 151.

Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, p. 368 à 393.

Lepard, B. D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010.

Lowe, V., *International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 36 à 63.

Lukashuk, I. I., «Customary norms in contemporary international law», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 487 à 508.

MacGibbon, I. C., «Customary international law and acquiescence», *BYBIL 1957*, vol. 33, p. 115 à 145.

Mendelson, M., «State acts and omisssions as explicit or implicit claims», dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 373 à 382.

«The subjective element in customary international law», *BYBIL 1995*, vol. 66, p. 177 à 208.

«The formation of customary international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1998*, vol. 272, p. 155 à 410.

Müllerson, R., «On the nature and scope of customary international law», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 2, nº 3 (1997), p. 341 à 360.

Parry, C., *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, p. 56 à 82.

Pellet, A., «Article 38», dans A. Zimmermann et autres (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 748 à 764.

Perreau-Saussine, A., et J. B. Murphy (dir. publ.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007.

Saul, B., «Legislating from a radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon invents an international crime of transnational terrorism», *Leiden Journal of International Law*, vol. 24 (2011), p. 677 à 700.

Schachter, O., «Entangled treaty and custom», dans Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 717 à 738.

«New custom: power, *opinio juris* and contrary practice», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 531 à 540.

Schlütter, B., *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International* ad hoc *Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010.

Séfériadès, S., «Aperçus sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement», *RGDIP*, vol. 43 (1936), p. 129 à 196.

Shaw, M. N., *International Law*, 6e éd., Cambridge University Press, 2008, p. 72 à 93.

Société française pour le droit international, *Colloque de Genève. La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004.

Stern, B., «La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions», dans *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 479 à 499.

Sur, S., «La coutume internationale. Sa vie, son œuvre», *Droits*, vol. 3 (1986), p. 111 à 124.

La coutume internationale (extrait du *Juris-Classeur Droit international*), Paris, Librairies techniques, 1990.

Taki, H., «*Opinio juris* and the formation of customary international law: A theoretical analysis», *German Yearbook of International Law*, vol. 51 (2008), p. 447 à 466.

Thirlway, H. W. A., *International Customary Law and Codification. An examination of the continuing role of custom in the present period of codification of international law*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1972.

«The law and procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 (Part Two)», *BYBIL 1990*, vol. 61, p. 31 à 40.

«The law and procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement, 2005: Parts One and Two», *BYBIL 2005*, vol. 76, p. 92 à 108.

«The sources of international law», dans M. D. Evans (dir. publ.), *International Law*, 2e éd., Oxford University Press, 2006, p. 121 à 127.

Treves, T., «Customary international law», dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://opil.ouplaw.com/home/epil (consulté le 27 septembre 2016).

Tunkin, G., «Is general international law customary law only?», *EJIL*, vol. 4, nº 4 (1993), p. 534 à 541.

Villiger, M. E., *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2e éd. rév., La Haye, Kluwer Law International, 1997.

Wolfke, K., *Custom in Present International Law*, 2e éd rév., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

«Some persistent controversies regarding customary international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), p. 1 à 16.

Zemanek, K., «What is "State practice" and who makes it?», dans U. Beyerlin et autres (dir. publ.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Völkerrecht-Europarecht-Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, p. 289 à 306.

Annexe II

PROTECTION DE L'ATMOSPHÈRE

(M. Shinya Murase)

I. Introduction

1. L'atmosphère (masse d'air), qui existe principalement dans la troposphère et la stratosphère, constitue à elle seule la ressource naturelle la plus importante de la planète et est indispensable à la survie de l'humanité. La dégradation des conditions atmosphériques est depuis longtemps un sujet de grave préoccupation pour la communauté internationale[1]. Même s'il y a eu un certain nombre de conventions conclues pour la protection de l'atmosphère mondiale et transfrontière, celles-ci ont néanmoins laissé subsister des lacunes importantes en ce qui concerne la couverture géographique, les activités réglementées, les substances contrôlées et, surtout, les principes et les règles applicables. Cette approche fragmentaire a montré ses limites particulières pour l'atmosphère qui, par sa nature même, justifie un traitement global. Il n'existe actuellement aucune convention couvrant tout l'éventail des problèmes environnementaux de l'atmosphère d'une manière globale et systématique. Il est donc permis de penser que la Commission peut apporter une contribution importante en codifiant et en développant progressivement les principes et règles juridiques pertinents, en se fondant sur la pratique et la jurisprudence des États.

2. Il est important que la Commission du droit international accorde toute l'attention nécessaire aux besoins de la communauté internationale contemporaine. Bien que les projets d'article relatifs aux cours d'eau internationaux et aux aquifères transfrontières[2] comportent certaines dispositions utiles pour la protection de l'environnement, la Commission n'a traité aucun sujet dans ce domaine depuis la conclusion du sujet sur la responsabilité internationale (c'est-à-dire la prévention des dommages transfrontières et la répartition des pertes[3]), ce qui semble être une sérieuse omission à une époque où le monde subit une dégradation critique de l'environnement. Il est donc proposé que la Commission, dans le cadre de ses travaux futurs, envisage d'aborder le sujet de «la protection de l'environnement atmosphérique».

II. Justification du nouveau sujet proposé

3. La pratique des États et la littérature sur le sujet sont abondantes. La sentence arbitrale, fréquemment citée, rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[4] (*États-Unis*/*Canada*, 1938, 1941), a constitué la décision de principe en matière de pollution atmosphérique transfrontière. Dans les années 1950, les essais nucléaires dans l'atmosphère sont apparus comme l'un des premiers problèmes environnementaux auxquels la communauté internationale a dû faire face[5]. L'affaire des *Essais nucléaires* (*Australie c. France*; *Nouvelle-Zélande c. France*, 1973, 1974), soumise à la Cour internationale de Justice, a provoqué de très vifs débats à propos d'une possible pollution atmosphérique[6]. Dans son avis consultatif de 1996 concernant la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a également visé l'obligation des États de ne pas causer de dommages significatifs à l'environnement par une pollution transfrontière, notamment la pollution atmosphérique[7]. Les accidents qui se produisent dans les centrales nucléaires peuvent avoir des incidences directes sur l'environnement de l'atmosphère, comme l'ont montré les accidents de Three Mile Island en 1979 et de Tchernobyl en 1986, ainsi que les dommages causés à la centrale nucléaire de Fukushima par l'énorme séisme et le tsunami du 11 mars 2011, qui sont actuellement une source de préoccupation majeure pour la communauté internationale. Dans l'arrêt qu'elle a rendu

---

[1] Voir notamment A. Kiss et D. Shelton, *International Environmental Law*, 3e éd., Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2004, p. 555 à 592. Voir aussi Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2e éd., Cambridge University Press, 2003, p. 317 à 390; P. W. Birnie, A. E. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3e éd., Oxford University Press, 2008, p. 335 à 378; D. Hunter, J. Salzman et D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 3e éd., New York, Foundation Press, 2007, p. 538 à 733; H. Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 200 à 203.

[2] *Annuaire… 1994*, vol. II (2e partie), p. 143, par. 222, et *Annuaire… 2008*, vol. II (2e partie), p. 21 et suiv., par. 53 et 54.

[3] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 et suiv., par. 97 et 98, et *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 59 et suiv., par. 66 et 67.

[4] *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905 et suiv. Un passage souvent cité de la sentence de 1941 se lit ainsi: «[S]elon les principes du droit international […] un État n'a pas le droit d'utiliser ni de permettre que soit utilisé son territoire d'une manière telle qu'il puisse en résulter des dommages par émission de fumées sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens et aux personnes qui s'y trouvent, lorsqu'il s'agit d'un cas grave et que le dommage est clairement établi sur la foi de preuves convaincantes» (ibid., p. 1965).

[5] Voir, par exemple, l'affaire du *Daigo Fukuryū Maru* («Dragon chanceux no 5») *(Japon/États-Unis d'Amérique)* en 1954: S. Oda, ««The hydrogen bomb tests and international law», *Die Friedens-Warte*, vol. 53 (1956), p. 126 à 135; L. F. E. Goldie, «A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits», dans A. C. Kiss (dir. publ.), *La protection de l'environnement et le droit international*, colloque 1973, Académie de droit international de La Haye, Leyde, Sijthoff, 1975, p. 25 à 143, notamment p. 72 et 73.

[6] *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 99, et arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135, et arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457.

[7] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,* avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 et suiv. La Cour a déclaré dans son avis: «L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement» (ibid., p. 242).

le 20 avril 2010 en l'affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, la Cour internationale de Justice a fait partiellement référence à la question de la pollution atmosphérique qui était alléguée (dans la mesure où elle touchait le milieu aquatique du fleuve[8]). En outre, l'affaire des *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)* actuellement pendante devant la Cour internationale de Justice traitera peut-être aussi du sujet. L'affaire *États-Unis − Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules* (1996), soumise à l'OMC, posait une question importante de compatibilité du droit interne d'un pays [en l'occurrence la loi des États-Unis sur la qualité de l'air (*Clean Air Act*) de 1990] avec les règles commerciales de l'OMC et du GATT[9]. Enfin, les décisions pertinentes de juridictions internes peuvent également être instructives[10].

4. La pratique conventionnelle et la pratique non conventionnelle pertinentes comprennent notamment les éléments suivants:

– Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979, entrée en vigueur en 1983); Protocole relatif au financement à long terme du programme concerté de surveillance continue et d'évaluation du transport à longue distance des polluants atmosphériques en Europe (EMEP) [1984]; Protocole relatif à la réduction des émissions de soufre ou de leurs flux transfrontières d'au moins 30 % (1985); Protocole relatif à la lutte contre les émission d'oxydes d'azote ou leurs flux transfrontières (1988); Protocole relatif à la lutte contre les émissions des composés organiques volatils ou leurs flux transfrontières (1991); Protocole relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre (1994); Protocole relatif aux métaux lourds (1998); Protocole relatif aux polluants organiques persistants (1998); Protocole relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (1999);

– Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (1985);

– Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987);

– Directives de la Communauté européenne relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion (1988-2001)[11];

– Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la qualité de l'air (1991)[12];

– Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992);

– Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1997);

– Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur les nuages de pollution transfrontières (2002)[13];

– Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (Déclaration de Stockholm) [1972][14];

– Résolution de l'Institut de droit international sur la pollution transfrontière de l'air (1987)[15];

– Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992)[16];

– Projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (2001)[17];

– Projet de principes de la Commission du droit international sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (2006)[18].

5. La justification du projet proposé aux fins de codification et de développement progressif du droit international est multiple: tout d'abord, et principalement, il est

[8] *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay),* arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p, 14 et suiv., en particulier p. 75, par. 263 et 264. La question a été soulevée au cours de la procédure orale (8 juin 2006, CR 2006/47, par. 22, 28 et 34, disponible sur le site Web de la Cour, à l'adresse suivante: www.icj-cij.org).

[9] Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules* (WT/DS2/AB/R), adopté le 20 mai 1996, p. 18 et 19; S. Murase, «Unilateral measures and the WTO dispute settlement», dans S. S. C. Tay et D. C. Esty (dir. publ.), *Asian Dragons and Green Trade. Environment, Economics and International Law*, Singapour, Times Academic Press, 1996, p. 137 à 144.

[10] Voir, par exemple, *Massachusetts c. EPA*, décision de la Cour suprême des États-Unis du 2 avril 2007 (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785) qui concernait en partie certaines obligations de l'Agence de protection de l'environnement [Environmental Protection Agency (EPA)] en matière de réglementation des gaz à effet de serre.

[11] Directive (88/609/CEE) du Conseil du 24 novembre 1988 relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance de grandes installations de combustion (*Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 336, du 7 décembre 1988, p. 1) et Directive (2001/80/CE) du Parlement européen et du Conseil relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance de grandes installations de combustion (*Journal officiel des Communautés européennes*, nº L 309, du 27 novembre 2001, p. 1).

[12] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1852, nº 31532, p. 79.

[13] Entré en vigueur le 25 novembre 2003.

[14] Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm est ainsi libellé: «Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États […] 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 dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale» [*Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14), première partie, chap. I]. Voir aussi L. Sohn, «The Stockholm Declaration on the human environment», *Harvard International Law Journal,* vol 14 (1973), p. 423 à 515.

[15] L'article 2 est ainsi libellé: «Dans l'exercice de leur droit souverain d'exploiter leurs ressources selon leur propre politique de l'environnement, les États ont le devoir de prendre toutes mesures propres à assurer que leurs activités ou celles exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de pollution transfrontière de l'air» [*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 62-II (session du Caire, 1987), p. 299 (disponible sur le site Web de l'Institut, à l'adresse suivante: http://justitiaetpace.org/)].

[16] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

[17] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie), p. 157 et suiv., par. 97 et 98.

[18] *Annuaire… 2006*, vol. II (2e partie), p. 59 et suiv., par. 66 et 67.

nécessaire de combler les lacunes dans les conventions existantes relatives à l'atmosphère. Bien qu'il existe nombre de conventions pertinentes, il ne s'agit encore que d'une juxtaposition d'instruments qui ne couvrent que des zones géographiques spécifiques et une gamme limitée d'activités réglementées et de substances contrôlées[19]. L'approche progressive montre particulièrement ses limites pour la protection de l'atmosphère qui, par sa nature même, justifie un traitement global sous la forme d'une convention-cadre qui permettrait de couvrir l'ensemble des problèmes environnementaux de l'atmosphère de manière globale et systématique. Ainsi, la présente proposition envisage un instrument analogue à la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relative à la protection et la préservation du milieu marin.

6. En deuxième lieu, la Commission devra en principe fournir des lignes directrices appropriées en vue d'une harmonisation et d'une coordination avec d'autres régimes conventionnels extérieurs au droit international de l'environnement, qui pourraient entrer en conflit avec la convention proposée lorsqu'il s'agira de faire respecter et de mettre en œuvre les obligations prévues[20]. En troisième lieu, il importe également que le projet d'articles proposé contribue à l'établissement du cadre qui permettra d'harmoniser les lois et réglementations nationales avec les règles, normes et pratiques et procédures recommandées existant au niveau international en ce qui concerne la protection de l'atmosphère. Enfin, on peut espérer que le projet proposé établira un cadre directeur pour les mécanismes et procédures de coopération entre États afin de faciliter le renforcement des capacités dans le domaine de la protection transfrontière et mondiale de l'atmosphère.

7. Il importe de bien distinguer la notion d'atmosphère de la notion d'espace aérien. L'article 1 de la Convention de 1944 relative à l'aviation civile internationale réaffirme la règle de droit international coutumier selon laquelle «chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire». Bien que les principes, règles et règlements juridiques envisagés dans le projet d'articles proposé soient peut-être plus applicables à certaines activités menées *au sol* dans les limites de la juridiction territoriale d'un État, il peut exister des situations dans lesquelles les activités en question sont menées dans l'espace aérien au-dessus du territoire[21]. Dans un tel contexte, il sera approprié que le projet d'articles réaffirme la souveraineté de l'État sur l'espace aérien national. Il convient de noter que le projet actuel n'est en aucun cas destiné à modifier le statut juridique de l'espace aérien tel qu'il est actuellement établi en droit international.

8. La présente proposition ne fait pas double emploi avec les travaux antérieurs de la Commission. La Commission a adopté un projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses en 2001[22] et un projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses en 2006[23]. Les deux projets comportent d'importantes dispositions potentiellement applicables à des dommages causés à l'atmosphère. Néanmoins, le champ d'application de ces projets est, d'un côté, trop large (en ce qu'ils visent à couvrir tous les types de dommages environnementaux) et, de l'autre côté, trop restreint (en ce qu'ils sont axés sur les questions relatives à la prévention et la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses). Étant donné qu'ils ne traitent pas de la protection des conditions atmosphériques en tant que telle, il est proposé que la Commission envisage le problème d'une manière globale et systématique, mais néanmoins axée sur l'atmosphère.

III. Caractéristiques physiques de l'atmosphère

9. Pour déterminer la définition, la portée et l'objectif de l'exercice de codification et de développement progressif du droit international sur la protection de l'atmosphère, et pour définir le statut juridique de l'atmosphère, il faut d'abord comprendre la structure et les caractéristiques physiques de l'atmosphère.

10. L'«atmosphère» est «une enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre[24]». Les principaux éléments gazeux (et leur proportion) présents dans l'atmosphère sont l'azote (78,08 %), l'oxygène (20,95 %), l'argon (0,93 %) et le dioxyde de carbone (0,03 %), et d'autres gaz existant à l'état de traces à des concentrations infimes (0,01 %). L'atmosphère existe dans ce que l'on appelle la cellule atmosphérique. Elle est divisée verticalement en quatre sphères atmosphériques (de la couche inférieure vers la couche supérieure: la troposphère, la stratosphère, la mésosphère et la thermosphère) en fonction de la température (voir fig. 1).

---

[19] Ces dernières années, il y a eu de plus en plus de preuves scientifiques que l'«ozone troposphérique» et le «noir de carbone» sont les deux substances dans l'atmosphère qui ont des incidences directes à la fois sur la qualité de l'air et sur les changements climatiques. En ce qui concerne les changements climatiques, il est dit que les gaz dits à effet de serre visés dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ne sont responsables qu'à hauteur de 60 %, tandis que ces substances sont responsables à hauteur de 40 % environ. Cela met clairement en évidence le *lien* qui existe entre la pollution atmosphérique transfrontière et les changements climatiques, ainsi que les lacunes existant dans le régime conventionnel actuel, qui doivent être comblées par une convention multilatérale globale sur l'atmosphère. Voir l'étude du PNUE et de l'OMM, «Measures to limit near-term climate change and improve air quality. The UNEP/WMO integrated assessment of tropospheric ozone and black carbon» (Mesures visant à limiter les changements climatiques à court terme et à améliorer la qualité de l'air. Évaluation intégrée du PNUE et de l'OMM sur le carbone noir et l'ozone troposphérique), 2011. Il faut également noter que, par exemple, l'Europe a actuellement du mal à satisfaire aux normes de qualité de l'air à cause des polluants transportés depuis d'autres régions du monde. Cela est révélateur du fait que même les problèmes régionaux de pollution de l'air ne peuvent être résolus sans tenir compte de leurs causes et de leurs effets dans le cadre mondial.

[20] Voir S. Murase, «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1995*, vol. 253, p. 283 à 431.

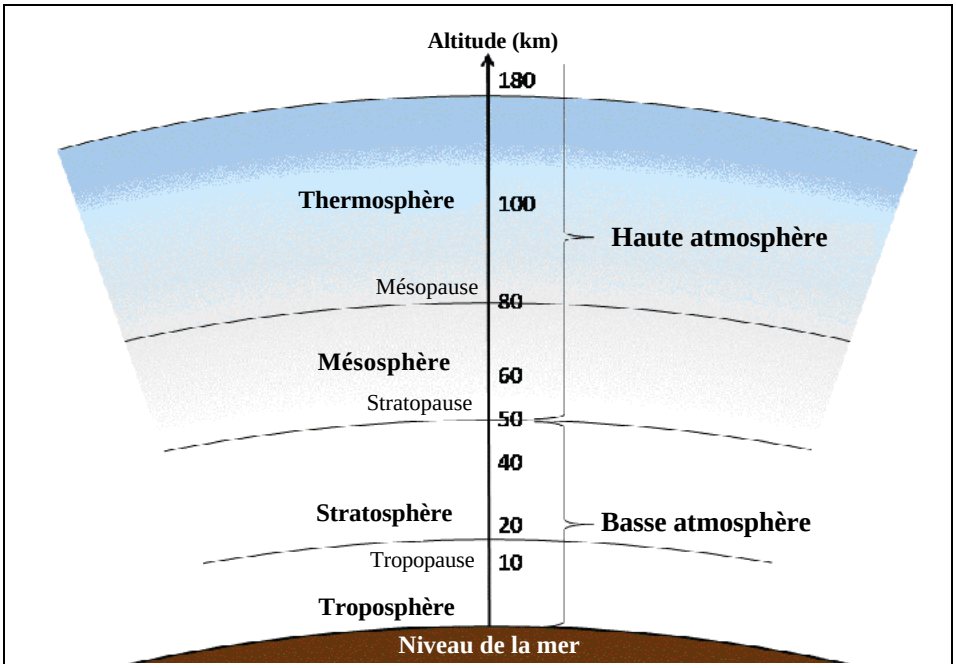
[21] L'annexe 16 à la Convention relative l'aviation civile internationale est intitulée «Protection de l'environnement» [voir OACI, *Annexe 16 - Protection de l'environnement*, vol. I (5e éd.) et vol. II (3e éd.), juillet 2008]. L'OACI a établi des règles sur les «Normes d'émissions des moteurs d'aviation et pratiques recommandées» depuis 1980 en vue d'«assurer le maximum de compatibilité entre le développement sûr et ordonné de l'aviation civile et la qualité du milieu humain» [résolution A18-11 de l'Assemblée de l'OACI (doc 8958 - A18 RES), par. 2]. Ces normes d'émissions établissent des règles régissant notamment les décharges de carburant (partie II) et la certification des émissions (partie III), ainsi que les limites d'émissions pour les particules de fumée et de certains produits chimiques.

[22] Voir *supra* la note 17.

[23] Voir *supra* la note 18.

[24] *Le Grand Robert de la langue française*, 2e éd., Paris 2001.

Figure 1. Zonage de l'atmosphère

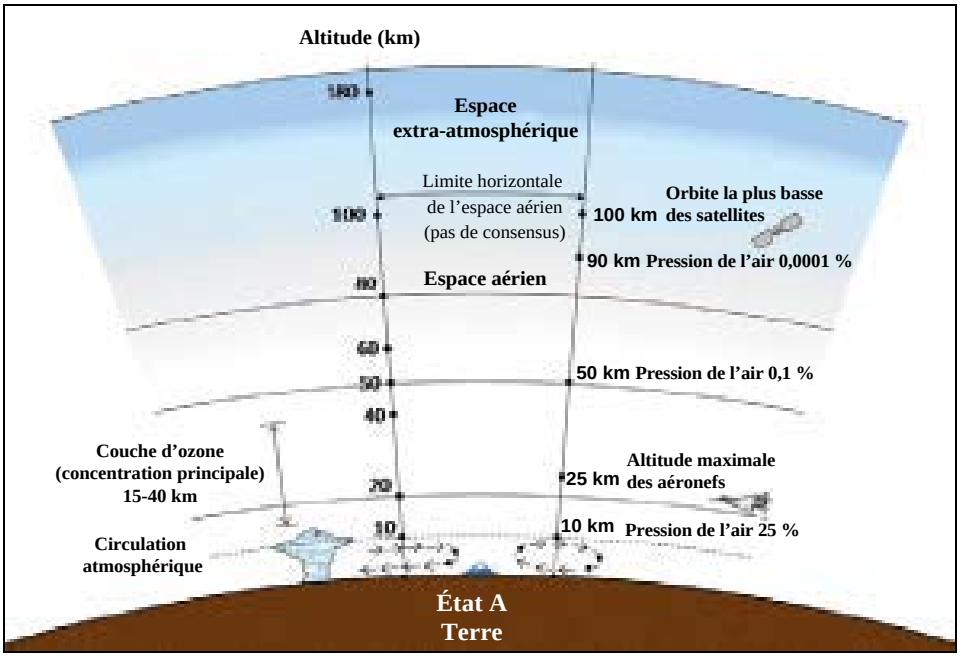


11. À mesure que l'altitude augmente, les gaz présents dans l'atmosphère se diluent progressivement. Environ 80 % de la masse d'air se trouve dans la troposphère et environ 20 % dans la stratosphère. Dans la troposphère et la stratosphère, les proportions relatives de la plupart des gaz sont assez stables; ces sphères constituent la «basse atmosphère», qui s'étend jusqu'à une altitude moyenne de 50 km, et sont distinctes de la «haute atmosphère». L'atmosphère se déplace et circule autour de la terre d'une manière complexe, appelée «circulation atmosphérique[25]». L'influence gravitationnelle du Soleil et de la Lune a aussi des incidences sur ces mouvements en créant des «marées atmosphériques[26]».

[25] G. Jones et autres, *Collins Dictionary of Environmental Science*, Glasgow, Harper Collins Publishers, 1990, p. 40.

[26] M. Allaby, A *Dictionary of the Environment*, 3e éd., New York University Press, 1989, p. 34.

Figure 2. Délimitation de l'atmosphère



12. L'environnement naturel et le milieu humain peuvent tous deux subir les effets de certains changements dans l'état de l'atmosphère. Il y a trois causes particulièrement importantes de la dégradation de l'atmosphère[27]. Premièrement, l'introduction de substances nocives (pollution de l'air par exemple) dans la troposphère et la stratosphère inférieure provoque des modifications des conditions atmosphériques. Les principales causes qui contribuent à la pollution de l'air sont les acides, les oxydes d'azote (NOx), les oxydes de soufre (SOx) et les émissions d'hydrocarbures tels que le dioxyde de carbone (CO_2). De forts vents horizontaux, tels que les courants-jets[28], peuvent transporter et propager rapidement ces gaz à l'état de traces horizontalement dans le monde entier, loin de leurs sources d'origine (alors que le transport vertical est très lent). Deuxièmement, les chlorofluorocarbures (CFC) et les halons émis dans la troposphère et la stratosphère supérieures appauvrissent la couche d'ozone. Celle-ci, comme son nom l'indique, contient des quantités importantes d'ozone (O_3), qui est une forme d'oxygène. Les principales concentrations d'ozone se trouvent à des altitudes de 15 à 40 km (les concentrations maximales sont entre 20 et 25 km). La couche d'ozone filtre les rayons ultraviolets du soleil, qui peuvent causer un cancer de la peau et d'autres dommages physiques. Troisièmement, les modifications dans la composition de la troposphère et de la stratosphère inférieure provoquent des changements climatiques. La principale cause des changements climatiques induits par l'homme est l'émission de gaz à l'état de traces, tels que le dioxyde de carbone (CO_2), l'oxyde nitreux (N_2O), le méthane (CH_4), les chlorofluorocarbones et l'ozone troposphérique (O_3). Ces gaz sont appelés «gaz à effet de serre[29]». Les conditions dans la troposphère ont de lourdes conséquences sur la météo à la surface de la terre, notamment la formation des nuages, la turbidité et les précipitations. La plupart des gaz et aérosols disparaissent grâce à un «processus de nettoyage» naturel dans la troposphère, mais quand les émissions saturent ce processus, des changements climatiques commencent à se produire.

13. Ces trois grandes questions internationales relatives à l'atmosphère − pollution de l'air, appauvrissement de la couche d'ozone et changements climatiques − concernent la troposphère et la stratosphère[30], bien que les principaux facteurs à l'œuvre puissent être différents dans chaque cas. La haute atmosphère, à savoir la mésosphère et la thermosphère, qui constitue environ 0,0002 % de la masse totale de l'atmosphère, n'inspire que peu d'inquiétude au regard des problèmes environnementaux à l'étude, qui ne concernent pas davantage les vastes régions de l'espace dans lesquelles il n'y a pas d'air.

[27] Voir R. Dolzer, «Atmosphere, protection», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (1992), p. 290.

[28] Les courants-jets (*jet streams*) sont des vents d'ouest (c'est-à-dire soufflant d'ouest en est) qui se déplacent autour de la couche supérieure de la troposphère. Ils se déplacent à grande vitesse, de 240 à 720 km à l'heure.

[29] Ces dernières années, cependant, les scientifiques ont découvert que le carbone noir et l'ozone troposphérique sont également responsables des changements climatiques. Voir *supra* la note 19.

[30] Kiss et Shelton, *International Environmental Law* (voir *supra* la note 1), p. 556 à 562.

IV. Questions juridiques à examiner

14. Le résultat final du présent projet est envisagé comme un ensemble complet de projets d'article pour une convention-cadre sur la protection de l'atmosphère. La partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relative à la protection et à la préservation du milieu marin, peut constituer un exemple de la forme que pourrait prendre ce projet d'articles. Les questions juridiques à examiner seront notamment les suivantes:

15. *Définition.* Pour commencer à formuler des principes et règles pertinents relatifs à la protection de l'atmosphère, la Commission devra d'abord définir l'atmosphère. L'atmosphère − ou masse d'air − est une enveloppe gazeuse qui entoure le globe terrestre et dont la plus grande partie existe dans la troposphère et la stratosphère. Il faudra peut-être traiter aussi non seulement de la constitution physique de l'atmosphère, mais également du rôle qu'elle joue dans le transport des polluants. Cette définition distinguera aussi clairement de la définition de l'atmosphère la notion d'espace aérien et sa pertinence particulière.

16. *Champ d'application*. Lorsque l'on précisera le champ d'application du projet, il faudra d'abord indiquer clairement que le projet d'articles proposé ne traite que des dommages causés par les activités humaines et qu'il ne s'appliquerait pas, par exemple, aux dommages causés par les éruptions volcaniques et les sables du désert (à moins qu'ils ne soient aggravés par l'activité humaine). Deuxièmement, le projet d'articles devra désigner clairement les objets à protéger, à savoir l'environnement naturel et le milieu humain, et préciser la relation intrinsèque entre les deux. Troisièmement, il faudra nécessairement faire référence aux différentes façons de causer des dommages à l'environnement dans l'atmosphère: l'une est l'introduction de substances (délétères) dans l'atmosphère, l'autre l'altération de l'équilibre dans la composition de l'atmosphère.

17. *Objectif*. Compte tenu de son caractère dynamique et fluctuant, l'atmosphère doit être traitée comme une *unité mondiale unique* aux fins de la protection de l'environnement. Tout en ayant conscience des différences, quant aux *modalités* des réponses juridiques à apporter, entre le problème de la pollution atmosphérique transfrontière et le problème de la pollution atmosphérique mondiale, il convient de traiter l'un et l'autre dans le même cadre juridique fondé sur la notion fonctionnelle de l'atmosphère en vue de la codification et du développement progressif du droit international sur le sujet. En d'autres termes, l'atmosphère doit être traitée comme un ensemble aux fins de la protection de l'environnement atmosphérique.

18. *Statut juridique de l'atmosphère*. Cinq notions au moins peuvent être considérées comme pertinentes pour déterminer le statut juridique de l'atmosphère: l'espace aérien, les ressources naturelles partagées ou communes, les biens communs, le patrimoine commun et la préoccupation commune (intérêt

commun[31]). Chacune de ces notions doit être examinée avec soin pour déterminer si et dans quelle mesure elle est applicable à la protection de l'atmosphère. Par exemple, les États voudront peut-être réaffirmer leur souveraineté sur l'atmosphère qui existe au sein de leur espace aérien pour les raisons indiquées plus haut au paragraphe 7.

19. *Principes fondamentaux de la protection de l'atmosphère*. Il faudra examiner la question de l'applicabilité de principes bien connus, notamment les suivants: l'obligation générale des États de protéger l'atmosphère, les obligations réciproques des États de ne pas causer de dommage significatif à l'environnement atmosphérique, l'applicabilité du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* aux activités menées sous «la juridiction ou le contrôle» d'un État, l'obligation générale des États de coopérer, le principe de l'équité, le principe du développement durable et celui des obligations communes mais différenciées.

20. *Mesures de prévention et de précaution visant à protéger l'atmosphère*. Une des questions en suspens dans ce projet sera la différenciation et la relation entre le principe traditionnel de «prévention» et le principe relativement nouveau de «précaution». Les mesures de prévention doivent être prises lorsque la probabilité d'un dommage est prévisible en raison de liens de causalité et de preuves manifestes, alors que les mesures de précaution doivent être prises même lorsque le dommage est scientifiquement incertain. Une évaluation d'impact sur l'environnement sera essentielle dans certaines situations.

21. *Mise en œuvre des obligations*. La mise en œuvre des obligations prescrites doit être réalisée dans le cadre du droit interne de chaque État. Les mesures unilatérales internes et l'effet de l'application extraterritoriale ont été des sujets sensibles dans le droit international de l'environnement. Le rôle des organisations internationales compétentes et des conférences des parties ne doit pas être négligé. Les conflits et la coordination avec le droit commercial seront également particulièrement importants.

22. *Mécanismes de coopération*. Les procédures souhaitables pour la coopération (coopération technique et autres formes de coopération) et les mesures pertinentes pour renforcer les capacités devraient toutes être explorées.

23. *Règles procédurales visant au respect des obligations*. La notification, l'échange d'informations, les consultations, les systèmes de suivi, les engagements et l'examen, les procédures visant à promouvoir et faire respecter les obligations, entre autres, doivent être examinés.

24. *Responsabilités*. L'attribution de responsabilité, la diligence suffisante, la responsabilité pour les activités à haut risque et la responsabilité civile sont sans aucun doute des questions essentielles qui doivent être examinées en relation avec les obligations de l'État au titre des paragraphes 19 à 23.

25. *Règlement des différends*. Tout en reconnaissant le caractère spécifique de chaque organe de règlement des différends, il faudra examiner des questions de nature générale telles que la compétence, la recevabilité et la qualité pour agir, et la preuve d'éléments établis scientifiquement.

V. Approches de base

26. La Commission, qui est chargée du travail de codification et de développement progressif du droit international, ne s'engagera pas directement dans des questions politiques. S'il est vrai que le sujet des changements climatiques, par exemple, suscite souvent des débats passionnés sur les décisions politiques et autres à adopter, la Commission, parce qu'elle est composée d'experts dans le domaine du droit, traitera uniquement des principes et des règles *juridiques* se rapportant à la protection de l'atmosphère et non de l'élaboration de propositions pratiques. Ce faisant, le produit des travaux de la Commission prendra les cadres juridiques non coordonnés qui ont été mis en place jusqu'à présent pour traiter seulement des problèmes distincts et particuliers de l'atmosphère et les rationalisera en un code unique et souple. On peut espérer que cette synthèse jettera les bases d'une future convention portant sur des questions de fond et, dans l'intervalle, aidera les États, les organisations internationales et la société civile dans son ensemble à mieux comprendre les implications juridiques de leurs activités dans ce domaine.

27. Il est important que les principes et les règles juridiques sur le sujet soient envisagés par la Commission dans le cadre du droit international général. Cela implique que les travaux de la Commission résistent à la tendance à la «fragmentation» résultant des approches classiques «axées sur un problème unique» du droit international de l'environnement. En d'autres termes, les principes et les règles juridiques relatifs à l'atmosphère devraient, autant que possible, être envisagés par rapport aux doctrines et à la jurisprudence du droit international général. Cela implique aussi que les travaux de la Commission étendent l'application des principes et des règles du droit international général aux différents aspects du problème relatif à la protection de l'atmosphère.

VI. Coopération avec d'autres organismes

28. Pour conduire une étude et élaborer un projet d'articles sur la protection de l'atmosphère, différents modes de coopération avec d'autres organismes sont concevables. L'Association de droit international, entre autres, a réalisé plusieurs études portant sur le sujet proposé. L'auteur a tenu des consultations préliminaires avec les juristes du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) à Nairobi en janvier 2011. Il a aussi tenu des consultations préliminaires en juillet 2011 à la Maison internationale de l'environnement, à Genève, avec les experts d'organisations internationales sises à Genève qui s'occupent des questions d'environnement et de plusieurs secrétariats d'accords multilatéraux sur l'environnement.

[31] Voir A. E. Boyle, «International law and the protection of the global atmosphere: Concepts, categories and principles», dans R. Churchill et D. Freestone (dir. publ.), *International Law and Global Climate Change*, 1991, p. 7 à 19; voir aussi J. Brunnée, «Common areas, common heritage, and common concern», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 550 à 573.

Bibliographie

A. Jurisprudence

Fonderie de Trail (Trail Smelter), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905 et suiv. (décision de 1941).

Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 99, et arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135, et arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457.

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et anciennes formules, Rapport de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (WT/DS2/AB/R), adopté le 20 mai 1996.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226 et suiv., en particulier p. 241 et 242.

Massachusetts c. EPA, décision de la Cour suprême des États-Unis du 2 avril 2007 (549 U.S. 497; 127 S. Ct. 1438; 2007 U.S. LEXIS 3785).

Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14 et suiv., en particulier p. 75.

Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie), voir le site Web de la Cour (à l'adresse suivante: www.icj-cij.org).

B. Documents des organisations internationales/ Conférences sur le droit relatif à l'atmosphère

«International Conference on the Changing Atmosphere: Implications for Global Security, Conference Statement, Toronto, 27-30 June 1988», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), p. 155, et p. 187 à 189.

«Protection of the Atmosphere: Statement of the Meeting of Legal and Policy Experts, Ottawa, Ontario, Canada, February 22, 1989», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, nº 2 (1989), p. 529 à 542.

«Protection de l'atmosphère», rapport du Secrétaire général (E/CN.17/2001/PC/12), 2 mars 2001.

«One Atmosphere. Final Declaration of the XVth World Clean Air Congress, Vancouver, September 2010» (à l'adresse suivante: www.iuappa.com/newsletters/VancouverDeclaration.pdf).

C. Littérature spécialisée

1. Droit de l'atmosphère

a) *Ouvrages*

Biermann, F., *Saving the Atmosphere: International Law, Developing Countries and Air Pollution*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1995.

Birnie, P., A. Boyle et C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3e éd., Oxford University Press, 2009, p. 335 à 378.

Elsom, D. M., *Atmospheric Pollution: A Global Problem*, 2e éd., Oxford, Wiley-Blackwell, 1992.

Gillespie, A., *Climate Change, Ozone Depletion and Air Pollution: Legal Commentaries within the Context of Science and Policy*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.

Hunter, D., J. Salzman et D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 3e éd., New York, Foundation Press, 2007, p. 538 à 733.

Kiss, A., et D. Shelton, *International Environmental Law*, 3e éd., Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2004, p. 555 à 592.

Murase, S., *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues*, Tokyo, Sophia University Press, 2011.

Rajamani, L., *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford University Press, 2006.

Rowlands, I. H., «Atmosphere and outer space», dans D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 315 à 336.

Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, 2e éd., Cambridge University Press, 2003, p. 317 à 390.

Soroos, M. S., *The Endangered Atmosphere: Preserving a Global Commons*, Columbia (Caroline du Sud), University of South Carolina Press, 1997.

Xue, H., *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 200 à 203.

b) *Articles*

Biermann, F., «"Common concern of Humankind": The emergence of a new concept of international environmental law», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34 (1996), p. 426 à 481.

Boyle, A. E., «International law and the protection of the global atmosphere: Concepts, categories and principles», dans R. Churchill et D. Freestone (dir. publ.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman, 1991, p. 7 à 19.

Brownlie, I., «Legal status of natural resources in international law (some aspects)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1979-I*, vol. 162, p. 245 à 317.

Bruce, J., «"Law of the air" - A conceptual outline», *Environmental Policy and Law*, vol. 18 (1988), p. 5.

Dolzer, R., «Atmosphere, protection», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (1992), p. 289.

Goldie, L. F. E., «A general view of international environmental law. A survey of capabilities, trends and limits», dans A. C. Kiss (dir. publ.), *The Protection of the Environment and International Law*, colloque 1973, Académie de droit international de La Haye, Leyde, Sijthoff, 1975, p. 25 à 143, en particulier p. 72 et 73.

Handl, G., «International efforts to protect the global atmosphere: A case of too little, too late?», *EJIL*, vol. 1 (1990), p. 250 à 257.

«International law and protection of the atmosphere», *Proceedings of the 83rd Annual Meeting of the American Society of International Law, Chicago, Illinois, April 5-8, 1989*, Washington, American Society of International Law, 1990, p. 62 à 66.

Hogan, J. C., «Legal terminology for the upper regions of the atmosphere and for the space beyond the atmosphere», *AJIL*, vol. 51, nº 2 (1957), p. 362 à 375.

Kiss, A. C., «La protection de l'atmosphère: un exemple de la mondialisation des problèmes», *AFDI*, vol. 34 (1988), p. 701 à 708.

Lehmann, J., «A comparative analysis of the long-range transboundary air pollution, ozone layer protection and climate change regimes», dans M. Bothe et E. Rehbinder (dir. publ.), *Climate Change Policy*, Eleven International Publishing, 2005, p. 73 à 102.

Murase, S., «Perspectives from international economic law on transnational environmental issues», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1995*, vol. 253, p. 283 à 431.

«Protection of the atmosphere and international lawmaking», dans M. Pogačnik (dir. publ.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations.* Liber Amicorum *in Honour of Ernest Petrič*, Nova Gorica (Slovénie), The European Faculty of Law, 2011.

ROWLAND, F. S., «Atmospheric changes caused by human activities: From science to regulation», *Ecology Law Quarterly*, vol. 27 (2001), p. 1261 à 1293.

SANDS, P., «UNCED and the development of international environmental law», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 3 à 17.

SOHN, L. B., «The Stockholm Declaration on the Human Environment», *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), p. 423 à 515.

SOROOS, M. S., «The thin blue line: Preserving the atmosphere as a global commons», *Environment*, vol. 40, nº 2 (1998), p. 6 à 13 et p. 32 à 35.

2. POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE TRANSFRONTIÈRE

a) *Ouvrages*

BRUNNÉE, J., *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Dobbs Ferry (New York), Transnational Publishers, 1988.

CARROLL, J. E., *Trans-boundary Air Quality Relations*, University of Maine Press, 1990.

FLINTERMAN, C., B. KWIATKOWSKA et J. G. LAMMERS (dir. publ.), *Transboundary Air Pollution: International Legal Aspects of the Co-operation of States*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986.

LIER, I. H. (VAN), *Acid Rain and International Law*, Toronto, Bunsel Environmental Consultants, 1981.

OKOWA, P. N., *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000.

«The legal framework for the protection of the environment against transboundary air pollution: A reflection on customary and treaty law», dans H. POST (dir. publ.), *The Protection of Ambient Air in International and European Law*, Utrecht, Eleven, 2009, p. 53 à 71.

SANDS, P. (dir. publ.), *Chernobyl: Law and Communication. Transboundary Nuclear Air Pollution – The Legal Materials*, Cambridge, Grotius, 1988.

WETSTONE, G. S., A. ROSENCRANZ et S. A. FOSTER, *Acid Rain in Europe and North America: National Responses to an International Problem*, Washington, Environmental Law Institute, 1983.

b) *Articles*

BANKES, N. D., et J. O. SAUNDERS, «Acid rain: Multilateral and bilateral approaches to transboundary pollution under international law», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 33 (1984), p. 155 à 201.

BATH, C. R., «US-Mexico experience in managing transboundary air resources: Problems, prospects, and recommendations for the future», *Natural Resources Journal*, vol. 22 (1982), p. 1147 à 1167.

CHURCHILL, R. R., G. KÜTTING et L. M. WARREN, «The 1994 UN ECE Sulphur Protocol», *Journal of Environmental Law*, vol. 7 (1995), p. 169 à 197.

FRAENKEL, A. A., «The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution: Meeting the challenge of international cooperation», *Harvard International Law Journal*, vol. 30, nº 2 (1989), p. 447 à 476.

HAJOST, S. A., «International legal implications of United States policy on acid deposition», dans D. B. MAGRAW (dir. publ.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, p. 344 à 354.

LAMMERS, J. G., «The european approach to acid rain», dans D. B. MAGRAW (dir. publ.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, 1991, p. 265 à 309.

MERCURE, P. F., «Principes de droit international applicables au phénomène des pluies acides», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 21, nº 2 (1991), p. 373 à 418.

OKOWA, P. N., «The legacy of *Trail Smelter* in the field of transboundary air pollution», dans R. M. BRATSPIES et R. A. MILLER (dir. publ.), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the* Trail Smelter *Arbitration*, Cambridge University Press, 2006, p. 195 à 208.

PALLEMAERTS, M., «International legal aspects of long-range transboundary air pollution», *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 1 (1988), p. 189 à 224.

ROSENCRANZ, A., «The ECE Convention of 1979 on Long-Range Transboundary Air Pollution», *AJIL*, vol. 75 (1981), p. 975 à 982.

SANDS, P., «The treaty regime on long-range transboundary air pollution», en France, Ministère de l'environnement et Environnement sans frontière (dir. publ.), *L'application renforcée du droit international de l'environnement. Harmonisation et développement des procédures internationales de contrôle, de sanction et de règlement des différends/ Towards Strengthening Application of International Environmental Law. International Procedures of Control, Enforcement and Conflict Settlement: Harmonization and Advancement*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 74 à 78.

TAN, A. K. J., «Forest fires of Indonesia: State responsibility and international liability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, nº 4 (1999), p. 826 à 855.

WETSTONE, G., et A. ROSENCRANZ, «Transboundary air pollution: The search for an international response», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 8 (1984), p. 89 à 138.

WETTESTAD, J., «Science, politics and institutional design: Some initial notes on the long-range transboundary air pollution regime», *Journal of Environment and Development*, vol. 4, nº 2 (1995), p. 165 à 185.

«Acid lessons? Assessing and explaining LRTAP implementation and effectiveness», IIASA Working Paper (WP-96-18), 1996.

3. COUCHE D'OZONE

a) *Ouvrages*

BENEDICK, R. E., *Ozone Diplomacy. New Directions in Safeguarding the Planet*, 2e éd., Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1998.

BRACK, D., *International Trade and the Montreal Protocol*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1996.

BRUNNÉE, J., *Acid Rain and Ozone Layer Depletion: International Law and Regulation*, Dobbs Ferry (New York), Transnational Publishers, 1988.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT, *Handbook for the International Treaties for the Protection of the Ozone Layer*, 5e éd., 2000.

YOSHIDA, O., *The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, La Haye, Kluwer Law International, 2001.

b) *Articles*

BENEDICK, R. E., «The Montreal Ozone Treaty: Implications for global warming», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, nº 2 (1990), p. 227 à 233.

CARON, D. D., «La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement», *AFDI*, vol. 36 (1990), p. 704 à 726.

«Protection of the stratospheric ozone layer and the structure of international environmental lawmaking», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 14, nº 4 (1991), p. 755 à 780.

HAAS, P. M., «Banning chlorofluorocarbons: Epistemic community efforts to protect stratospheric ozone», *International Organization*, vol. 46, nº 1 (1992), p. 187 à 224.

KINDT, J. W., et S. P. MENEFEE, «The vexing problem of ozone depletion in international environmental law and policy», *Texas International Law Journal*, vol. 24, nº 2 (1989), p. 261 à 293.

KOSKENNIEMI, M., «Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 123 à 162.

LAMMERS, J. G., «Efforts to develop a protocol on chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer», *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 1 (1988), p. 225 à 269.

LAWRENCE, P. M., «International legal regulation for protection of the ozone layer: Some problems of implementation», *Journal of Environmental Law*, vol. 2, nº 1 (1990), p. 17 à 52.

MINTZ, J. A., «Progress toward a healthy sky: An assessment of the London amendments to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, nº 2 (1991), p. 571 à 582.

TRIPP, J. T. B., «The UNEP Montreal Protocol: Industrialized and developing countries sharing the responsibility for protecting the stratospheric ozone layer», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 20, nº 3 (1988), p. 733 à 752.

4. CHANGEMENT CLIMATIQUE

a) *Ouvrages*

BENEDICK, R. E., et autres (dir. publ.), *Greenhouse Warming: Negotiating a Global Regime*, World Resources Institute, 1991.

CHURCHILL, R., et D. FREESTONE (dir. publ.), *International Law and Global Climate Change*, Londres, Graham and Trotman, 1991.

GROUPE INTERGOUVERNEMENTAL D'EXPERTS SUR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE (IPCC), *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2007.

IWAMA, T. (dir. publ.), *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis*, Tokyo, Environmental Research Center, 1991.

VERHEYEN, R., *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2005.

b) *Articles*

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL, «First Report of the Committee on the Legal Principles relating to Climate Change», *Report of the Seventy-Fourth Conference, The Hague, 15-19 August 2010*, Londres, 2010, p. 346 à 401, en particulier p. 396 et suiv.; disponible à l'adresse Internet suivante: www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029, p. 37 et suiv.

BARRATT-BROWN, E. P., et autres, «A forum for action on global warming: The UN Framework Convention on Climate Change», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4 (1993), p. 103 à 118.

BODANSKY, D., «Managing climate change», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), p. 60 à 74.

«The United Nations Framework Convention on Climate Change: A commentary», *Yale Journal of International Law*, vol. 18, nº 2 (1993), p. 451 à 558.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., «De Kyoto à La Haye, en passant par Buenos Aires et Bonn: la régulation de l'effet de serre au forceps», *Annuaire français de relations internationales*, vol. 1 (2000), p. 709 à 718.

CARON, D. D., «When law makes climate change worse: Rethinking the law of baselines in light of a rising sea level», *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, nº 4 (1990), p. 621 à 653.

DAVIES, P. G. G., «Global warming and the Kyoto Protocol», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), p. 446 à 461.

FOX, S. T., «Responding to climate change: The case for unilateral trade measures to protect the global atmosphere», *Georgetown Law Journal*, vol. 84, nº 7 (1996), p. 2499 à 2542.

FRENCH, D., «1997 Kyoto Protocol to the 1992 UN Framework Convention on Climate Change», *Journal of Environmental Law*, vol. 10, nº 2 (1998), p. 227 à 239.

JAPAN BRANCH COMMITTEE ON CLIMATE CHANGE, «Legal principles relating to climate change: Preliminary issues on the methodology and scope of the work», *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52 (2009), p. 500 à 537.

NANDA, V. P., «Global warming and international environmental law: A preliminary inquiry», *Harvard International Law Journal*, vol. 30, nº 2 (1989), p. 375 à 392.

SANDS, P., «The United Nations Framework Convention on Climate Change», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 1, nº 3 (1992), p. 270 à 277.

STONE, C. D., «Beyond Rio: "Insuring" against global warming», *AJIL*, vol. 86, nº 3 (1992), p. 445 à 488.

VOIGT, C., «State responsibility for climate change damages», *Nordic Journal of International Law*, vol. 77 (2008), p. 1 à 22.

ZAELKE, D., et J. CAMERON, «Global warming and climate change: An overview of international legal process», *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, nº 2 (1990), p. 249 à 290.

Annexe III

APPLICATION PROVISOIRE DES TRAITÉS

(M. Giorgio Gaja)

Introduction

1. Les dispositions conventionnelles relatives à l'application des traités dont elles font partie présentent une remarquable diversité.

Conformément au paragraphe 1 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969, «[u]n traité entre en vigueur suivant les modalités et à la date fixées par ses dispositions ou par accord entre les États ayant participé à la négociation»; le paragraphe 2 du même article énonce la règle supplétive suivante: «À défaut de telles dispositions ou d'un tel accord, un traité entre en vigueur dès que le consentement à être lié par le traité a été établi pour tous les États ayant participé à la négociation.» Il est clair que l'application provisoire d'un traité, envisagée à l'article 25 de la Convention de Vienne, concerne l'application du traité avant qu'il n'entre en vigueur au sens de l'article 24. Il est tout aussi clair que l'application provisoire est quelque chose qui n'entre pas en vigueur.

L'intérêt qu'il y a à avancer l'application d'un traité peut dépendre d'un certain nombre de raisons. L'une a trait à ce qui est perçu comme la nécessité de régler d'urgence les questions visées par le traité. Par exemple, la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire de 1986, adoptée au lendemain de l'accident de Tchernobyl, prévoit son application provisoire à l'article 13. Une autre raison de recourir à l'application provisoire est le souci d'écarter le risque que l'entrée en vigueur du traité ne soit indûment retardée. On en trouve un exemple à l'article 7 du Protocole n° 14 *bis* à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 considère que l'application provisoire d'un traité est fondée sur l'accord des États concernés. Le paragraphe 1 dispose: «Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur: *a*) si le traité lui-même en dispose ainsi; ou *b*) si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.» Le second cas est celui d'un accord visant spécifiquement à prévoir une application provisoire, comme le Protocole portant application provisoire du GATT de 1947. Le premier cas se réfère aussi à un accord; bien qu'il soit exprimé dans un traité qui n'est pas encore en vigueur, il fonctionne indépendamment de l'entrée en vigueur de celui-ci. On pourrait recourir à une disposition conventionnelle relative à l'application provisoire sur le modèle du paragraphe 4 de l'article 24 de la Convention de Vienne, qui se lit comme suit: «Les dispositions d'un traité qui réglementent l'authentification du texte, l'établissement du consentement des États à être liés par le traité, les modalités ou la date d'entrée en vigueur, les réserves, les fonctions du dépositaire, ainsi que *les autres questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité, sont applicables dès l'adoption du texte*[*].»

2. Ni l'article 2 de la Convention de Vienne sur les «expressions employées» ni l'article 25 de la même Convention ne contiennent une définition de l'«application à titre provisoire», une expression qui n'avait pas été utilisée dans le projet d'articles élaboré par la Commission du droit international[1]. Il est essentiel de définir en quoi consiste l'application provisoire afin d'en déterminer les effets juridiques et d'examiner certaines questions que la Convention de Vienne n'aborde qu'en partie: les conditions préalables de l'application provisoire et sa cessation. Ces questions sont abordées dans les paragraphes suivants.

3. Pour simplifier l'analyse, le présent document ne tient compte que des traités entre États, y compris ceux qui établissent une organisation internationale. C'est pourquoi il n'est fait référence qu'à la Convention de Vienne de 1969. Cependant, des problèmes similaires se posent lorsqu'un traité est conclu par une organisation internationale, soit avec des États soit avec d'autres organisations internationales. Il est intéressant de constater que l'article 25 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales est une simple adaptation de l'article 25 de la Convention de 1969.

Signification de l'application provisoire

4. Identifier le fondement de l'application provisoire dans un accord entre États ne signifie pas nécessairement que l'accord a un contenu précis. Les États peuvent donner à leurs accords un éventail d'effets juridiques. Pour les cas où il n'y aurait aucune précision concernant ces effets de la part des parties à un accord, différentes vues ont été exprimées à propos de la signification de l'application provisoire.

D'après un point de vue, les États concernés sont tenus, en vertu de l'accord, d'appliquer le traité de la même manière que s'il était entré en vigueur. Dans cette optique, l'accord relatif à l'application provisoire représente un engagement parallèle au traité. La principale particularité de cet accord est une plus grande souplesse pour ce qui est d'y mettre fin.

---

[1] *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, p. 193 et suiv., par. 38.

Le point de vue opposé est que, lorsqu'ils conviennent de l'application provisoire d'un traité, les États ne sont pas tenus d'appliquer le traité. Ils expriment simplement l'intention de l'appliquer étant entendu que les autres États concernés feront de même. Cependant, un État qui n'appliquerait pas le traité à titre provisoire n'engagerait pas sa responsabilité internationale à l'égard des autres États. Ceux-ci cesseraient probablement, en raison de l'absence de réciprocité, d'appliquer provisoirement le traité à l'égard de l'État n'ayant pas respecté l'accord. Un argument avancé pour justifier cette solution est que l'accord relatif à l'application provisoire peut être conclu par un organe de l'État qui, au regard du droit interne, n'est pas compétent pour conclure le traité.

Il en existe un troisième qui est une variante du deuxième. Si les États ne sont pas tenus d'appliquer le traité, l'accord relatif à l'application provisoire les autorise à ne pas tenir compte, à condition qu'ils respectent les dispositions du traité, d'obligations réciproques qu'ils pourraient avoir en vertu du droit international.

Selon une quatrième opinion, l'accord relatif à l'application provisoire est une indication que l'entrée en vigueur du traité, lorsqu'elle se produira, le cas échéant, sera rétrospective. Jusqu'à ce que le traité entre en vigueur, les États concernés ne sont pas liés par le traité mais, s'ils n'en respectent pas les dispositions, ils risquent ultérieurement d'être considérés comme ayant violé le traité.

5. Quatre sentences arbitrales récentes concernant le Traité sur la Charte de l'énergie sont fondées sur la notion d'application provisoire au sens du paragraphe 1 de l'article 45 de ce traité[2]. Dans l'affaire *Kardassopoulos c. Géorgie*[3], le tribunal arbitral a considéré que l'application provisoire n'était pas la même chose que l'entrée en vigueur mais que l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'énergie était une démarche dont chaque signataire convenait au paragraphe 1 de l'article 45. Il s'agissait donc (sous réserve des autres dispositions du paragraphe) d'une question d'obligation juridique (par. 209). D'après ce tribunal, les mots employés dans le paragraphe 1 de l'article 45 doivent être interprétés comme signifiant que chaque État signataire est tenu, même avant que le Traité sur la Charte de l'énergie ne soit officiellement entré en vigueur, d'en appliquer la totalité comme si l'entrée en vigueur avait déjà eu lieu (par. 211). De l'avis du tribunal, il existait une pratique relative à l'application provisoire des traités suffisamment bien établie pour engendrer une perception généralement acceptée de ce que recouvrait cette notion (par. 219).

Un avis similaire concernant la signification de l'application provisoire dans le Traité sur la Charte de l'énergie a été exprimé par les tribunaux arbitraux dans *Yukos c. Fédération de Russie*, *Veteran Petroleum Ltd. c. Fédération de Russie* et *Hulley Enterprises Ltd. c. Fédération de Russie*. Ces décisions, rendues par la même commission le même jour (30 novembre 2009)[4], citent en détail, en s'y appuyant, la décision rendue dans le cas de *Kardassopoulos c. Géorgie*. Elles affirment également le principe selon lequel l'application provisoire d'un traité crée des obligations impératives (par. 314 de chacune de ces trois décisions).

Une analyse approfondie des décisions internationales et de la pratique des États devrait permettre à la Commission d'énoncer une présomption concernant la signification de l'application provisoire d'un traité.

Conditions préalables de l'application provisoire

6. La définition de ce que signifie l'application provisoire d'un traité a certaines incidences importantes en ce qui concerne ses conditions préalables, qu'il faudrait examiner sur la base des conclusions tirées à propos de la définition. Si l'on s'en tient au deuxième ou au quatrième points de vue mentionnés ci-dessus, l'accord relatif à l'application provisoire ne produit pas de lui-même d'effets juridiques et ne soulève pas de questions de droit interne concernant la compétence pour conclure un traité.

Si, au contraire, on considère que l'accord relatif à l'application provisoire signifie que les États concernés sont tenus d'appliquer le traité, le droit interne relatif à la conclusion d'accords en forme simplifiée devient pertinent. La constitution de certains États interdit même la conclusion d'accords prévoyant l'application provisoire des traités[5]. L'assimilation complète des accords relatifs à l'application provisoire aux accords en forme simplifiée est empêchée du fait de la plus grande souplesse qu'offrent les premiers en ce qui concerne la cessation de leur application.

Le troisième point de vue peut également soulever certaines questions de droit interne concernant la compétence pour conclure des traités dans la mesure où le non-respect d'obligations existantes en vertu du droit international ne relève pas de la compétence des autorités publiques qui ont conclu l'accord relatif à l'application provisoire.

Cessation de l'application provisoire

7. Le paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne dispose que, «à moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre

[2] Le paragraphe 1 de l'article 45 du Traité sur la Charte de l'énergie dispose: «Les signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 44, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements.»

[3] *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, CIRDI, affaire n° ARB/05/18, disponible aux adresses Internet suivantes: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx ou http://italaw.com/documents/Kardassopoulos-jurisdiction.pdf.

[4] Cour permanente d'arbitrage, *Yukos Universal Limited (île de Man) c. Fédération de Russie* (affaire n° AA 227), *Veteran Petroleum Ltd. (Chypre) c. Fédération de Russie* (affaire n° AA 228) et *Hulley Enterprises Ltd. (Chypre) c. Fédération de Russie* (affaire n° AA 226), sentences intérimaires du 30 novembre 2009 sur la compétence et la recevabilité. Le texte de ces sentences intérimaires est disponible aux adresses suivantes: www.encharter.org (*Dispute Settlement*) ou www.arbitration.org.

[5] Les dispositions constitutionnelles sont visées dans les réserves faites par certains États (Colombie, Costa Rica, Guatemala et Pérou) à l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 [*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (disponible en ligne à l'adresse suivante: http://treaties.un.org), chap. XXIII.1]. La réserve faite au même article par le Brésil semble être motivée par une préoccupation similaire (ibid.).

provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité». La pratique montre que les États ont parfois recours à la cessation de l'application provisoire sans préciser leur intention de ne pas devenir partie au traité. Cela est probablement dû au fait que la précision exigée a peu d'importance, puisque la notification par un État de son intention de ne pas devenir partie au traité n'empêche pas cet État de le devenir ultérieurement.

8. Il faudrait peut-être aborder la question de savoir si, avant de notifier la cessation, un État devrait annoncer son intention. Bien qu'il soit rare dans la pratique, un tel avertissement permettrait à toutes les parties à l'accord relatif à l'application provisoire d'un traité de mettre fin à celle-ci au même moment.

9. Bien que la Convention de Vienne ne le précise pas, il est clair que l'application provisoire cesse également lorsque le traité entre en vigueur. Les dispositions de la Convention de Vienne relatives à l'extinction des traités semblent généralement pertinentes pour l'accord relatif à l'application provisoire. Le motif énoncé à l'article 54 est particulièrement important puisqu'il concerne l'extinction «par consentement de toutes les parties». Si l'accord relatif à l'application provisoire est considéré comme imposant des obligations aux États concernés, l'article 60 est également pertinent dans la mesure où il prévoit la possibilité d'invoquer une violation substantielle pour mettre fin au traité.

10. La Convention de Vienne ne précise pas les conséquences de l'extinction d'un accord relatif à l'application provisoire d'un traité. On pourrait envisager que l'article 70 de la Convention de Vienne, qui aborde les conséquences de l'extinction d'un traité en général, s'applique également à un accord relatif à l'application provisoire. Conformément à cet article, l'extinction: «*a*) libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité; *b*) ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin». Il resterait la question de savoir si la violation d'une obligation découlant d'une règle de droit international survenue du fait de l'application provisoire d'un traité engagerait la responsabilité internationale une fois que l'application provisoire aurait cessé.

Conclusions

11. Une étude de la Commission fondée sur une analyse approfondie de la pratique éluciderait les questions évoquées dans les paragraphes qui précèdent. Cette étude pourrait conduire à l'élaboration de quelques articles, qui pourraient porter sur la définition de l'application provisoire, les conditions préalables de celle-ci et sa cessation, et qui compléteraient les rares règles y afférentes figurant dans la Convention de Vienne.

12. La Commission pourrait aussi rédiger certaines clauses types qui seraient utiles aux États souhaitant donner une signification spéciale à l'application provisoire d'un traité ou énoncer des règles particulières concernant les conditions préalables ou la cessation de celle-ci.

Bibliographie

ARSANJANI, M. H., et W. M. REISMAN, «Provisional application of treaties in international law: The Energy Charter Treaty awards», dans E. CANNIZZARO (dir. publ.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, p. 86 à 102.

BERNHARDT, R., «Völkerrechtliche Bindungen in den Vorstadien des Vertragsschlusses», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 18 (1957-1958), p. 652 à 690.

GESLIN, A., *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005.

KRENZLER, H.-G., *Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge* (dissertation Heidelberg, 1963).

LEFEBER, R., «The provisional application of treaties», dans J. KLABBERS et R. LEFEBER (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, p. 81 à 95.

MATHY, D., «Article 25 (1969)», dans O. CORTEN et P. KLEIN (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. I, p. 1047 à 1070; en anglais: *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2011, p. 639 à 654.

MONTAG, F., *Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

PICONE, P., *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Naples, Jovene, 1973.

ROGOFF, M. A., et B. E. GAUDITZ, «The provisional application of international agreements», *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), p. 29 à 81.

VIGNES, D., «Une notion ambiguë: la mise en application provisoire des traités», *AFDI*, vol. 18 (1972), p. 181 à 199.

VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 349 à 358.

Annexe IV

LA RÈGLE DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

(M. Stephen C. Vasciannie)

I. Contexte

1. Dans la période qui a suivi la Seconde Guerre mondiale, les questions touchant aux investissements internationaux ont pris une place grandissante dans les relations entre les États. C'est ainsi qu'aujourd'hui le droit international public accueille un certain nombre de notions qui précisent ces relations dans ce domaine particulier. Il fait place aussi à divers concepts qui formalisent les relations entre les États d'une part et entre les États et les investisseurs de l'autre. La présente note invite la Commission du droit international à entreprendre l'examen de la règle du traitement juste et équitable en droit international de l'investissement.

2. Cette règle a pris ces dernières années une importance singulière dans la pratique des États. Sa position de premier plan s'explique en grande partie par la multiplication des accords bilatéraux d'investissement, sources principales du droit dans ce domaine. On compte actuellement plus de 3 000 conventions bilatérales liant des États, dont la majorité concerne les obligations convenues entre, d'un côté, des pays développés exportateurs de capitaux et, de l'autre, des pays en développement importateurs. La quasi-totalité de ces instruments mentionnent expressément la règle du traitement juste et équitable sous une forme ou sous une autre, mais qui garantit aux investisseurs étrangers qu'ils bénéficieront d'un tel traitement de la part du pays qui accueille leurs placements. Il en est fait parallèlement mention dans d'autres domaines de la pratique des États. Par exemple, la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), le Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements dans le MERCOSUR, le Traité portant création du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), le Protocole sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR, le Traité sur la Charte de l'énergie, l'Accord de l'ASEAN sur la promotion et la protection des investissements et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) font tous du traitement juste et équitable l'une des protections de l'investissement étranger.

3. Enfin, la règle du traitement juste et équitable a été défendue par les États au cours de négociations qui n'ont pas abouti à la conclusion d'un traité. L'une des clauses les plus anciennes se trouve dans la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce (1948)[1]. Ce traité n'est jamais entré en vigueur mais personne n'a imputé son échec au fait qu'il contenait la clause en question. Parmi les autres conventions qui auraient retenu celle-ci, on peut citer l'Accord économique de Bogota (1948), le projet de convention sur les investissements étrangers (1959)[2] et le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers (1967)[3]. Il y a aussi le projet de code de conduite des Nations Unies sur les sociétés transnationales[4], dont la négociation s'inscrivait à l'origine dans la recherche d'un nouvel ordre économique international dans les années 1970. Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE[5], que seuls les États membres de l'institution ont négocié, parlait aussi du traitement juste et équitable.

4. On voit cette règle également défendue par certaines institutions internationales et organisations non gouvernementales. Pour ce qui est des premières, la Banque mondiale a expressément recommandé son adoption dans ses directives de 1992 pour le traitement de l'investissement étranger direct[6]. Quant aux secondes, en 1949, la Chambre de commerce internationale a repris dans son code international du traitement équitable des investissements étrangers[7] l'idée de l'équité de traitement et défini ce qui pourrait être constitutif d'une telle norme. Par la suite, en 1972, la Chambre de commerce international a évoqué dans ses directives concernant les investissements internationaux la nécessité d'assurer le «traitement juste et équitable» des biens des investisseurs étrangers[8]. La Charte des investissements internationaux dans le bassin du Pacifique (1995) dispose pour sa part qu'un traitement «juste et raisonnable» doit être réservé par la loi aux investissements étrangers[9].

---

[1] *Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tenue à La Havane, Cuba, du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948. Acte final et Documents connexes* (E/CONF.9/78, publication des Nations Unies, numéro de vente: 1948.II.D.4), p. 3.

[2] «The proposed convention to protect private foreign investment», *Journal of Public Law*, vol. 9 (1960), p. 115 à 124, à la page 116 («Draft convention on investments abroad»).

[3] OCDE, *Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du Conseil de l'OCDE relative au projet de convention*, publication de l'OCDE, nº 23082, Paris, novembre 1967.

[4] Commission des sociétés transnationales, rapport sur la session extraordinaire (7-18 mars et 9-21 mai 1983), *Documents officiels du Conseil économique et social, 1983, Supplément nº 7* (E/1983/17/Rev.1-E/C.10/1983/S/5/Rev.1), annexe II, p. 10.

[5] OCDE, DAFFE/MAI(98)7/REV1, 22 avril 1998; disponible à l'adresse suivante: www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm.

[6] Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment.* Volume II: *Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, p. 33 et suiv.

[7] CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium.* Volume III: *Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments* [UNCTAD/DTCI/30(Vol.III)], 1996, p. 273 et suiv.

[8] Ibid., p. 279 et suiv., en particulier p. 287.

[9] Ibid., p. 375 et suiv., en particulier p. 378.

5. C'est donc à plusieurs niveaux que la pratique des États et des institutions reconnaît l'importance que le droit international attache à la règle du traitement juste et équitable. Malgré cette place de premier plan, ce qu'il faut entendre par un tel traitement prête toujours à controverse. D'abord, même si les États ont conclu beaucoup de traités consacrant cette règle, on ne voit pas très bien ce dont ils avaient l'intention de convenir en utilisant la formule. Ensuite, les États n'incorporant pas toujours la règle de la même façon dans tous les traités, on est amené à se demander si les différences de formulation couvrent des différences de sens. En troisième lieu enfin, comme la formule «traitement juste et équitable» est en elle-même large, des doutes sont apparus quant à la façon de l'appliquer en pratique.

6. Cela étant, il n'est pas surprenant que le sens et la portée de ce qu'est un «traitement juste et équitable» aient fourni la matière d'un bon nombre de procès ces dernières années. Les litiges ont été pour la plupart tranchés par des tribunaux d'arbitrage, qui ont eu à donner un contenu significatif à la règle telle qu'elle était fixée dans la convention dont il s'agissait ou dans l'ALENA. S'inspirant d'une certaine sentence arbitrale, la Commission du libre-échange de l'ALENA a saisi l'occasion d'expliquer formellement ce qu'il fallait entendre par l'expression «traitement juste et équitable» qui figure dans l'ALENA. Mais, même après ces éclaircissements, le sens reste incertain. C'est ce flou qui appelle la Commission du droit international à présenter sa propre analyse de la règle du traitement juste et équitable, pour préciser le droit et donner plus de certitude à la pratique des États dans ce domaine particulier. L'objet n'est pas de reprendre *a novo* l'examen des affaires, il est plutôt d'en déduire l'état du droit quant à la signification et aux éléments constitutifs du traitement juste et équitable en matière d'investissement. Certaines des affaires auxquelles il faudra se référer pour ce travail sont énumérées à l'appendice II (*liste des affaires*) du présent document.

II. Aperçu des questions à traiter

7. La question qui doit être au centre de la réflexion est celle du sens à donner à la notion de traitement juste et équitable telle qu'elle est reprise dans les instruments internationaux relatifs aux investissements. Pour y répondre, il est proposé d'examiner d'abord les aspects suivants:

a) *La forme*. Sous quelle forme la règle du traitement juste et équitable figure-t-elle dans les instruments bilatéraux et multilatéraux? Dans certains cas, elle est énoncée comme un principe autonome, dans d'autres elle se combine, parfois même dans la même clause, avec d'autres normes de traitement des investisseurs, celles de «la protection et de la sécurité pleines et entières (on trouve aussi "intégrales")», du «traitement exigé par le droit international», du «traitement de la nation la plus favorisée» ou du «traitement national», par exemple. Dans d'autres cas, la formulation est non contraignante et il arrive que la règle soit évoquée dans le préambule. Il faudra donc s'intéresser à ces diverses formes et déterminer dans quelle mesure chacune produit des effets juridiques particuliers.

b) *Le rapport avec les règles contingentes*. Dans la grande majorité des accords bilatéraux d'investissement, l'investisseur étranger se voit garantir non seulement un traitement juste et équitable mais aussi le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national. Ces notions diffèrent les unes des autres, en ce que les deux dernières sont des règles dites contingentes, c'est-à-dire que leur contenu se détermine dans tel ou tel cas au regard du traitement accordé à une certaine catégorie d'investisseurs. La règle du traitement juste et équitable n'est pas contingente, mais en pratique le traitement réservé à tel investisseur peut être juste ou injuste par rapport à celui que le même pays accorde à tel autre investisseur. La question se pose donc de savoir si l'on peut définir dans un traité les rapports entre la règle du traitement juste et équitable et les autres normes en question. Dans le même ordre d'idées, il faudrait chercher à savoir ce que la clause du traitement juste et équitable ajoute de particulier à un accord qui reprend par ailleurs les normes «contingentes» du traitement de la nation la plus favorisée et du traitement national.

c) *Le rapport avec la norme «de la protection et de la sécurité pleines et entières»*. Comme on l'a vu plus haut, la règle du traitement juste et équitable se combine souvent avec la norme «de la protection et de la sécurité pleines et entières». L'analyse qu'il est proposé d'entreprendre portera sur les rapports entre ces deux règles non contingentes. Il faudra donc s'interroger sur la norme de «protection et sécurité» et déterminer si elle recouvre effectivement des aspects de la protection des investisseurs étrangers qui ne seraient pas déjà essentiellement intégrés dans le «traitement juste et équitable».

d) *Le traitement juste et équitable correspond-il à la «norme minimale internationale»?* Dans la doctrine, et dans une certaine mesure dans la jurisprudence, l'un des aspects de la règle du traitement juste et équitable est qu'elle est en fait la même que la norme minimale internationale, considérée par certains États comme le régime qui doit s'appliquer en droit international coutumier aux investisseurs étrangers. On peut soutenir que cette norme, telle qu'elle a par exemple été formulée dans l'affaire *Neer*[10], n'a pas été acceptée par un nombre suffisant d'États. Par tradition, les pays d'Amérique latine font valoir que le droit international coutumier exige que l'État hôte accorde à l'investisseur étranger un traitement au moins aussi favorable que celui qu'il accorde à l'investisseur national. Par conséquent, si le traitement juste et équitable est la même chose que le minimum international, les pays d'Amérique latine sont nombreux à avoir conclu des accords les obligeant à appliquer aux investisseurs la norme minimale internationale, que cette application soit exigée ou non par le droit international coutumier.

e) *La règle du traitement juste et équitable est-elle indépendante?* L'étude devra également s'intéresser à une autre façon d'aborder la question du contenu du traitement juste et équitable, en plus de celle qui a été mentionnée à l'alinéa *d* ci-dessus. Il s'agit de considérer que la règle en question est une règle indépendante qui, prise au sens courant des mots, diffère de la norme minimale internationale. Selon ce point de vue, le sens ordinaire des mots signifie que l'État qui garantit aux investisseurs un

[10] *L. F. H. Neer and Pauline E. Neer (United States) v. United Mexican States*, Commission des réclamations États-Unis/Mexique, 15 octobre 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente: 1951.V.1), p. 60.

traitement juste et équitable doit leur réserver un traitement qui n'est ni injuste ni inéquitable quelles que soient les circonstances. Dans cette optique, les arbitres ont à juger du traitement accordé à l'investisseur étranger à la lumière de toutes les circonstances du dossier. Les éléments constitutifs du traitement juste et équitable sont ainsi dégagés cas par cas.

f) *La règle du traitement juste et équitable fait-elle maintenant partie du droit international coutumier?* Comme il existe plus de 3 000 accords bilatéraux d'investissement qui fixent la règle du traitement juste et équitable, et comme plusieurs instruments multilatéraux s'appuient aussi sur elle, on peut se demander si elle fait maintenant partie du droit international coutumier. Et cela que l'on considère ou non qu'elle est l'équivalente de la norme minimale internationale, essentiellement à partir de la pratique des États. La Commission doit procéder à l'étude du développement et de la formalisation du droit international coutumier, et les outils d'analyse qu'elle mettra en œuvre seront utiles pour traiter cette matière particulière, et réciproquement. Peut-être suffit-il pour l'instant de rappeler qu'en règle générale, une pratique étatique relativement abondante ne suffit pas par elle-même à engendrer une norme de droit international coutumier. Ainsi donc, pour savoir si la règle qui nous occupe est de droit international coutumier, il faudra s'enquérir de l'indispensable *opinio juris* des États et déterminer si la pratique en question est répandue et uniforme, notamment chez les États «spécialement affectés». L'examen devra prendre pleinement en considération les sentences des tribunaux d'arbitrage dans les affaires énumérées à l'appendice II et dans d'autres.

g) *Le traitement juste et équitable est-il un principe de droit international?* Selon l'opinion minoritaire, le traitement juste et équitable est un principe de droit qui s'applique à tous les États. Ce point de vue se fonde sur le fait que tout État est tenu de traiter les nationaux et les étrangers avec équité, parce que l'équité est inhérente aux activités de l'État. Cela donne à entendre que le traitement juste et équitable est l'un des aspects de l'état de droit. Il faudra se demander dans quelle mesure cette affirmation est valable.

8. Une autre série de questions à analyser portent sur le contenu et la portée de la règle du traitement juste et équitable. À certains égards, ces questions recouvrent celles concernant le sens à donner à la règle. On pourrait traiter les points suivants:

a) *Quels sont en pratique les éléments constitutifs du traitement juste et équitable?* Les tribunaux d'arbitrage se sont penchés sur divers aspects de la règle et ont soit accepté soit rejeté les différentes postulations concernant le traitement juste et équitable. Ils ont par exemple fait valoir l'idée que l'acte d'un État peut enfreindre la règle du traitement juste et équitable i) s'il est discriminatoire, ii) s'il revient à un déni de justice, iii) s'il est de mauvaise foi, iv) s'il ne répond pas aux exigences de la régularité des procédures dans l'État concerné, v) s'il bouleverse les espérances légitimes de l'investisseur étranger, ou vi) s'il laisse à désirer sur le plan de la transparence. Selon certains, le comportement de l'État peut enfreindre la règle du traitement juste et équitable s'il compromet la stabilité des relations d'affaires chez lui ou s'il ne respecte pas les règles sur la foi desquelles l'investisseur étranger est venu dans le pays.

b) *De quelle façon la règle du traitement juste et équitable a-t-elle influé sur les autres dispositions des accords bilatéraux d'investissement?* Certaines sentences arbitrales reconnaissent que la règle du traitement juste et équitable peut s'appliquer à diverses circonstances, même lorsqu'une autre disposition de l'accord dont il s'agit est plus pertinente et plus directement applicable. Cela arrive par exemple quand un investisseur subit un préjudice en raison d'un conflit armé alors qu'aucune disposition directement applicable au cas de figure du conflit armé n'a été prévue; cette lacune n'a pas empêché le tribunal d'appliquer la règle plus générale du traitement juste et équitable. Ainsi, il faudra se demander si les circonstances dans lesquelles peut s'appliquer cette règle sont ou non illimitées. Il n'est pas impossible que la règle soit une disposition «fourre-tout» à appliquer quand les autres dispositions n'offrent pas de solution servant les intérêts de la justice tels que les interprètent les tribunaux d'arbitrage, ou quelque autre organe d'autorité.

9. La règle amène aussi à s'interroger sur les rapports entre le droit international et le droit interne. Pour commencer, lorsqu'un pays hôte garantit par voie d'accord un traitement juste et équitable, cela peut n'être efficace qu'indirectement pour l'investisseur étranger qui est censé en bénéficier. Celui-ci en effet est soumis, dans ses affaires courantes, au droit interne et il sera enclin d'abord à invoquer ce droit pour protéger ses intérêts d'investisseur. La question de savoir si et dans quelle mesure la règle en fait partie l'intéresse par conséquent au plus haut point. Cela vaut également pour les États dont les nationaux cherchent la protection qui en découle. En effet, si les pays qui tiennent la règle pour valable ne la mettent pas en même temps en vigueur dans leur droit interne, ses effets sont réduits dans la pratique.

10. Le travail envisagé devrait aussi porter sur une question connexe: la règle du traitement juste et équitable fait-elle déjà partie intégrante des législations nationales et, si oui, dans quelle mesure? Comme point de départ, on peut dire qu'à la vérité tout système juridique vise à régir la justice et l'équité du traitement réservé aux personnes physiques. La question se pose donc de savoir comment précisément la règle dont il s'agit, appliquée aux relations entre l'État et l'investisseur, élargit ou spécifie les droits et les obligations consacrés par le droit interne du premier. D'une manière générale, la règle, lorsqu'elle est à interpréter par un tribunal international, donne à un organe extérieur l'occasion de déterminer si tel comportement de l'État est bien juste et équitable en droit international. En pratique cependant, dès lors que la décision de la juridiction extérieure est prise, les organes administratifs nationaux doivent appliquer en droit interne la règle de justice et d'équité au sens qui lui a ainsi été donné. L'étude devra donc considérer comment les dirigeants politiques et les organes d'exécution des États réagissent aux décisions du juge international portant sur la signification à donner à «juste et équitable». Elle amènera à poser la question de savoir si − et, dans l'affirmative, dans quelle mesure − il existe un corpus de droit administratif

qui serait actuellement applicable d'une manière générale au traitement des investisseurs étrangers.

11. Bien que la notion de traitement juste et équitable se soit développée essentiellement dans le contexte du droit international de l'investissement, elle n'est pas sans relation avec d'autres domaines du droit. Par exemple, il n'est pas faux de dire que lorsque l'investisseur étranger est perçu comme une personne physique, le traitement accordé à cette personne doit respecter les droits de l'homme universellement reconnus, y compris le droit de propriété. Inversement, le traitement accordé par l'investisseur étranger aux personnes physiques du pays hôte doit aussi respecter les droits de l'homme. De telles considérations amènent à conclure que l'analyse de la règle du traitement juste et équitable ne doit pas se concentrer étroitement sur le principe lui-même, mais plutôt porter sur ce qu'il signifie pour les différents intervenants des opérations d'investissement et rechercher dans diverses matières du droit interne et du droit international des indications sur le sens auquel il faut entendre ici la notion de justice.

III. Le produit final

12. Il est difficile de dire avec quelque autorité la nature du document auquel devrait aboutir l'étude envisagée ici. L'une des issues pourrait être une déclaration sur le sens de la règle à l'examen, qui soulignerait certaines des conséquences auxquelles les États qui donnent une garantie de traitement juste et équitable doivent s'attendre dans leurs relations conventionnelles. Il doit être possible également d'examiner les diverses formulations données à la clause du traitement juste et équitable dans divers accords. Sous cet angle, l'étude permettra de préciser le droit dans certains des domaines les plus polémiques de la pratique moderne.

13. Il est vrai aussi que la forme finale que prendra l'étude sera dans une certaine mesure fonction de l'angle sous lequel la Commission décidera d'aborder le même problème de finalité que soulèvent ses travaux sur la clause de la nation la plus favorisée et sur l'étude du droit international coutumier.

14. Un ensemble de directives rédigées à l'intention des États pourraient être la forme aboutie de l'étude proposée. Elles indiqueraient si la règle du traitement juste et équitable est bien le reflet du droit international coutumier et préciseraient les conséquences auxquelles les États doivent s'attendre s'ils prévoient une clause de traitement juste et équitable, formulée dans tels ou tels termes.

15. Quelle que soit cependant la forme finale que prendront les résultats, on peut imaginer que ceux-ci intéresseront les États. Les juristes des services de droit international n'ont sans doute ni le temps ni l'occasion d'étudier la jurisprudence en matière de traitement juste et équitable. Mais, avec la prolifération des accords d'investissement qui contiennent une clause de cette nature, le sens à lui donner n'est pas sans importance pour beaucoup d'États. Dans ces circonstances, il serait utile qu'une source faisant autorité explicite clairement ce qu'est le droit dans ce domaine. L'étude proposée, jointe à celle que la Commission mène sur la clause de la nation la plus favorisée, concourra aux travaux qu'elle consacre à la question d'actualité qui est celle du droit international de l'investissement.

Appendice I

Bibliographie préliminaire

Aaken, A. (van), «International investment law between commitment and flexibility: A contract theory analysis», *Journal of International Economic Law*, vol. 12, nº 2 (2009), p. 507 à 538.

Abs, H., et H. Shawcross, «The proposed convention to protect private foreign investment: A roundtable», *Journal of Public Law*, vol. 9 (1960), p. 115 à 124 [texte du projet de convention et commentaires de ses auteurs].

Afilalo, A., «Towards a common law of international investment: How NAFTA Chapter 11 panels should solve their legitimacy crisis», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17-1 (2004), p. 51 à 96.

Aguilar Álvarez, G., et S. Montt, «Investments, fair and equitable treatment, and the principle of "Respect for the integrity of the law of the host State": Toward a jurisprudence of "modesty" in investment treaty arbitration», dans M. H. Arsanjani et autres (dir. publ.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 579 à 605.

Ali, A. H., et K. Tallent, «The effect of BITs on the international body of investment law: The significance of fair and equitable treatment provisions», dans C. A. Rogers et R. A. Alford (dir. publ.), *The Future of Investment Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 199 à 221.

Álvarez-Jiménez, A., «Minimum standard of treatment of aliens, fair and equitable treatment of foreign investors, customary international law and the *Diallo* case before the International Court of Justice», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, nº 1 (2008), p. 51 à 70.

Baltag, C., «Reviews of books: C. McLachlan, L. Shore and M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*; R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*; I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*», *BYBIL 2008*, vol. 79, p. 378 à 388.

Baxter, R. R., «Treaties and custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, p. 25 à 105.

Bonnitcha, J., «El problema del riesgo moral y sus implicancias para la protección de las "expectativas legítimas" bajo la norma del trato justo y equitativo», *Investment Treaty News*, nº 3, t. 1 (2011), p. 6 à 8.

Boscariol, J. W., et O. E. Silva, «Canada-Peru Bilateral Investment Treaty is first based on new model», *International Law News* (printemps 2007), p. 17 à 19.

Bronfman, M. K., «Fair and equitable treatment: An evolving standard», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10 (2006), p. 609 à 680.

Brower, C. H., «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington, American Society of International Law, 2002, p. 9 à 14.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Investment Laws of the World*, Dobbs Ferry (New York), Oceana, 1972.

Choudhury, B., «Evolution or devolution? Defining fair and equitable treatment in international investment law», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, nº 2 (2005), p. 297 à 320.

Coe, J. J., «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington, American Society of International Law, 2002, p. 17.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.16).

Admission et établissement, CNUCED, collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.II.D.10).

Traitement de la nation la plus favorisée, CNUCED, collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.II.D.11).

Fair and Equitable Treatment, CNUCED, collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.99.II.D.15).

Trends in International Investment Agreements: An Overview, CNUCED, collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.99.II.D.23).

Traitement de la nation la plus favorisée, CNUCED, collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.II.D.19).

Costamagna, F., «Investor's rights and State regulatory autonomy: The role of the legitimate expectation principle in the *CMS v. Argentina* case», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, nº 2 (2006).

Delaney, J., «"Expropriation" and "fair and equitable treatment" standards in recent ICSID jurisprudence: Comment», dans R. Hoffmann et C. J. Tams (dir. publ.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 73 à 77.

DiMascio, N., et J. Pauwelyn, «Nondiscrimination in trade and investment treaties: Worlds apart or two sides of the same coin?», *AJIL*, vol. 102, nº 1 (2008), p. 48 à 89.

Dolzer, R., «Fair and equitable treatment: A key standard in investment treaties», *The International Lawyer*, vol. 39, nº 1 (2005), p. 87 à 106.

«The impact of international investment treaties on domestic administrative law», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37 (2005), p. 953 à 972.

Dolzer, R., et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.

Dolzer, R., et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995.

Dolzer, R., et A. von Walter, «Fair and equitable treatment: Lines of jurisprudence on customary law», dans F. Ortino et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 99 à 114.

Douaire de Bondy, C., «Fair and equitable treatment, arbitral jurisprudence and the implications of State treaty practice», dans I. A. Laird et T. J. Weiler (dir. publ.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, Huntington (New York), JurisNet, 2009, p. 233 à 251.

Dumberry, P., «The quest to define "fair and equitable treatment" for investors under international law: The case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot awards», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 3, nº 4 (2002), p. 657 à 691.

FALSAFI, A., «The international minimum standard of treatment of foreign investors' property: A contingent standard» *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, nº 2 (2007), p. 317 à 363.

FATOUROS, A. A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, Columbia University Press, 1962.

FERNÁNDEZ DE LA CUESTA GONZÁLEZ, I., «Fair and equitable treatment: Evolution or revolution?», I. A. LAIRD et T. J. WEILER (dir. publ.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 2, Huntington (New York), JurisNet, 2009, p. 219 à 231.

FIETTA, S., «Expropriation and the "fair and equitable" standard: the developing role of investors' "expectations" in international investment arbitration», *Journal of International Arbitration*, vol. 23, nº 5 (2006), p. 375 à 399.

«Expropriation and the "fair and equitable treatment" standard», dans F. ORTINO et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 183 à 193.

FOY, P. G., et R. J. C. DEANE, «Foreign investment protection under investment treaties: Recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, nº 2 (2001), p. 299 à 331.

FRANCK, S. D., «The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions», *Fordham Law Review*, vol. 73, nº 4 (2005), p. 1521 à 1625.

GAGNÉ, G., et J.-F. MORIN, «The evolving american policy on investment protection: Evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT», *Journal of International Economic Law*, vol. 9, nº 2 (2006), p. 357 à 382.

GALLUS, N., «*National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*. Arbitral award on fair and equitable treatment of investments under a bilateral investment treaty», *AJIL*, vol. 103, nº 4 (2009), p. 722 à 727.

GAZZINI, T., «General principles of law in the field of foreign investment», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, nº 1 (2009), p. 103 à 119.

GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, «Progress report on the "legal framework" for the treatment of foreign investment», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, nº 2 (1992), p. 307 à 314.

HAERI, H., «A tale of two standards: "fair and equitable treatment" and the minimum standard in international law», *Arbitration International*, vol. 27, nº 1 (2011), p. 27 à 46.

HAMROCK, K. J., «The *ELSI* case: Toward an international definition of "Arbitrary" conduct», *Texas International Law Journal*, vol. 27, nº 3 (1992), p. 837 à 864.

HINDELANG, S., «Bilateral investment treaties, custom and a healthy investment climate − The question of whether BITs influence customary international law revisited», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, nº 5 (2004), p. 789 à 809.

HOBÉR, K., «"Fair and equitable treatment": Determining compensation: comment», dans R. HOFFMANN et C. J. TAMS (dir. publ.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 79 à 102.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., «International responsibility», dans M. SØRENSEN (dir. publ.), *Manual of Public International Law*, Londres, MacMillan, 1968, p. 531 à 603.

KALICKI, J., et S. MEDEIROS, «Fair, equitable and ambiguous: What is fair and equitable treatment in international investment law?», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, nº 1 (2007), p. 24 à 54.

KANTOR, M., «Fair and equitable treatment: Echoes of FDR's court-packing plan in the international law approach towards regulatory expropriation», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals. A Practitioners' Journal*, vol. 5, nº 2 (2006), p. 231 à 256.

KHALIL, M. I., «Treatment of foreign investment in bilateral investment treaties», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, nº 2 (1992), p. 339 à 383.

KILL, T., «Don't cross the streams: Past and present overstatement of customary international law in connection with conventional fair and equitable treatment obligations», *Michigan Law Review*, vol. 106, nº 5 (2008), p. 853 à 880.

KINGSBURY, B., et S. SCHILL, «Investor-State arbitration as governance: Fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law», dans A. J. VAN DEN BERG (dir. publ.), *50 Years of the New York Convention*, La Haye, Kluwer Law International, 2009, p. 5 à 68.

KINNEAR, M., «The continuing development of the fair and equitable treatment standard», dans A. K. BJORKLUND et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 209 à 240.

KIRKMAN, C. C., «Fair and equitable treatment: *Methanex v. United States* and the narrowing scope of NAFTA Article 1105», *Law and Policy in International Business*, vol. 34, nº 1 (2002), p. 343 à 392.

KLÄGER, R., «Fair and equitable treatment: A look at the theoretical underpinnings of legitimacy and fairness», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 11, nº 3 (2010), p. 435 à 455.

«*Fair and Equitable Treatment» in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

«"Fair and equitable treatment" and sustainable development», dans M.-C. CORDONIER SEGGER et autres (dir. publ.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 241 à 259.

KREINDLER, R. H., «Fair and equitable treatment − A comparative international law approach», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, nº 3 (2006).

LAING, E. A., «Equal access/non-discrimination and legitimate discrimination in international economic law», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 14, nº 2 (1996), p. 246 à 348.

LEHAVI, A., et A. N. LICHT, «BITs and pieces of property», *Yale Journal of International Law*, vol. 36, nº 1 (2011), p. 115 à 166.

LOWENFELD, A. F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2003.

MACDONALD, E., «BITs, fair and equitable treatment and the cross-pollination of GAL», sur le blogue *Global Administrative Law* de l'Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, disponible en ligne à l'adresse suivante: http://globaladminlaw.blogspot.com/2010/03/bits-fair-and-equitable-treatment-and.html (2010).

MANN, F. A., «British treaties for the promotion and protection of investments», *BYBIL 1981*, vol. 52, p. 241 à 254.

MARSHALL, F., «Fair and equitable treatment in international investment agreements», *Issues in International Investment Law. Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, Singapore, October 1-2, 2007*, International Institute for Sustainable Development, 2007.

MAYEDA, G., «Playing fair: The meaning of fair and equitable treatment in bilateral investment treaties», *Journal of World Trade*, vol. 41, nº 2 (2007), p. 273.

MUCHLINSKI, P., «"Caveat investor"?: The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard», dans F. ORTINO et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 205 à 235.

NEWCOMBE, A., et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

NWOGUGU, E. I., *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester University Press, 1965.

Orakhelashvili, A., «The normative basis of "fair and equitable treatment": General international law on foreign investment?», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 46, nº 1 (2008), p. 74 à 105.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), «Fair and equitable treatment and its relation to the minimum standard of international customary law», dans A. H. Qureshi et X. Gao (dir. publ.), *International Economic Law. Critical Concepts in Law*, vol. IV: *International Investment Law*, Londres/New York, Routledge, 2010, p. 10 à 17.

Orrego Vicuña, F., «Regulatory authority and legitimate expectations: Balancing the rights of the State and the individual under international law in a global society», *International Law FORUM du droit international*, vol. 5, nº 3 (2003), p. 188 à 197, notamment p. 194.

Préface à l'article de R. Kläger «Fair and equitable treatment' and sustainable development» dans M.-C. Cordonier Segger et autres (dir. publ.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 237 à 240.

Paparinskis, M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013.

Paradell, L., «The BIT experience of the fair and equitable treatment standard», dans F. Ortino et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 117.

Parra, A. R., «Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, nº 2 (1992), p. 428 à 445.

Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

Peterson, L. E., «Co-arbitrators in *Total v. Argentina* case take widely divergent views of Argentina's fair and equitable treatment obligation under investment treaty», *Investment Arbitration Reporter*, vol. 4 (30 mars 2011), disponible sur le site Web de la publication (www.iareporter.com).

Picasso Achaval, C., «Tipping the balance towards investors?», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, nº 2 (2008), p. 147 à 162.

Picherack, J. R., «The expanding scope of the fair and equitable treatment standard: Have recent tribunals gone too far?», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 9, n.º 4 (2008), p. 255 à 291.

Pinto-León, I., «Fair and equitable treatment under international law: Analyzing the interpretation of the NAFTA Article 1105.1 by NAFTA Chapter 11 Tribunals», *Currents: International Trade Law Journal*, vol. 15, nº 2 (2006), p. 3 à 27.

Porterfield, M. C., «An international common law of investor rights?», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, nº 1 (2006), p. 79 à 113.

Reed, L., et D. Bray, «Fair and equitable treatment: Fairly and equitably applied in lieu of unlawful indirect expropriation?», dans A. W. Rovine (dir. publ.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, p. 13 à 28.

Roberts, A., «Power and persuasion in investment treaty interpretation: The dual role of States», *AJIL*, vol. 104, nº 2 (2010), p. 179 à 225.

Ryan, C. M., «Meeting expectations: Assessing the long-term legitimacy and stability of international investment law», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 29, nº 3 (2008), p. 725 à 761.

Sacerdoti, G., «Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*, vol. 269, p. 251 à 460.

Salacuse, J. W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

«The emerging global regime for investment», *Harvard International Law Journal*, vol. 51, nº 2 (2010), p. 427 à 473.

Salacuse, J. W., et N. P. Sullivan, «Do BITs really work?: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain», *Harvard International Law Journal*, vol. 46, nº 1 (2005), p. 67 à 130.

Schill, S. W., «Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the Rule of Law», Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, *International Law and Justice Working Paper 2006/6*.

«Revisiting a landmark: Indirect expropriation and fair and equitable treatment in the ICSID case Tecmed», *Transnational Dispute Management*, vol. 3, nº 2 (2006).

«"Fair and equitable treatment" as an embodiment of the Rule of Law», dans R. Hoffmann et C. J. Tams (dir. publ.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 31 à 72.

«Book Review: Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*», *EJIL*, vol. 20, nº 1 (2009), p. 236 à 239.

Schneiderman, D., «Investment rules and the Rule of Law», *Constellations*, vol. 8, nº 4 (2001), p. 521 à 537.

«Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes», *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 30, nº 2 (2010), p. 383 à 416.

Schønberg, S. J., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000.

Schreuer, C., «Fair and equitable treatment», *Transnational Dispute Management*, vol. 2, nº 5 (2005).

«Fair and equitable treatment in arbitral practice», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, nº 3 (2005), p. 357 à 386.

«Fair and equitable treatment (FET): Interactions with other standards», *Transnational Dispute Management*, vol. 4, nº 5 (2007).

«Selected standards of treatment available under the Energy Charter Treaty. Fair and equitable treatment (FET): Interactions with other standards», dans G. Coop et C. Ribeiro (dir. publ.), *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, Huntington (New York), JurisNet, 2008, p. 63 à 100.

Song, N., «Between Scylla and Charybdis: Can a plea of necessity offer safe passage to States in responding to an economic crisis without incurring liability to foreign investors?», *American Review of International Arbitration*, vol. 19 (2008), p. 235 à 267.

Sornarajah, M., «The fair and equitable standard of treatment: Whose fairness? Whose equity?», dans F. Ortino et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 167.

The International Law on Foreign Investment, 3e éd., Cambridge University Press, 2010.

Thomas, J. C., «Fair and equitable treatment under NAFTA's investment Chapter», *Proceedings of the 96th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., March 13-16, 2002*, Washington, American Society of International Law, 2002, p. 14.

«Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State practice and the influence of commentators», *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, nº 1 (2002), p. 21 à 51.

Tuck, A. P., «The "fair and equitable treatment" standard pursuant to the investment provisions of the U.S. Free Trade Agreements with Peru, Colombia and Panama», *Law and Business Review of the Americas*, vol. 16, nº 3 (2010), p. 385 à 408.

Tudor, I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

[Knoll-Tudor, I.] «The fair and equitable treatment standard and human rights norms», dans P.-M. Dupuy, F. Francioni et E. U. Petersmann (dir. publ.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford Unive rsity Press, 2009, p. 310 à 343.

VANDEVELDE, K. J., «The bilateral investment treaty program of the United States», *Cornell International Law Journal*, vol. 21 (1988), p. 201.

Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation, Oxford University Press, 2010.

«A unified theory of fair and equitable treatment», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, nº 1 (2010), p. 43 à 106.

VASCIANNIE, S., «The fair and equitable treatment standard in international investment law and practice», *BYBIL 1999*, vol. 70, p. 99 à 164.

WALKER, H., «Modern treaties of friendship, commerce and navigation», *Minnesota Law Review*, vol. 42 (1957-1958), p. 805 à 824.

WALLACE, D., «Fair and equitable treatment and denial of justice: *Loewen v. US* and *Chattin v. Mexico*», dans T. WEILER (dir. publ.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, p. 669 à 700.

WEILER, T., «NAFTA Article 1105 and the principles of international economic law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, nº 1 (2003), p. 35 à 85.

WEINIGER, M., «The standard of compensation for violation of the fair and equitable treatment standard», dans F. ORTINO et autres (dir. publ.), *Investment Treaty Law: Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 197.

WESTCOTT, T. J., «Recent practice on fair and equitable treatment», *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, nº 3 (2007), p. 409 à 430.

WHITSITT, E., et D. VIS-DUNBAR, «*Glamis Gold Ltd. v. United States of America*: Tribunal sets a high bar for establishing breach of "fair and equitable treatment" under NAFTA», *Investment Treaty News* (juillet 2009), p. 1.

WYLLIE, C. A, «A comparative analysis of nondiscrimination in multilateral agreements; North American Free Trade Agreement (NAFTA), Energy Charter Treaty (ECT), and General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)», *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 18, nº 1 (2010), p. 64 à 108.

WYTHES, A., «Investor-State arbitrations: Can the "fair and equitable treatment" clause consider international human rights obligations?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, nº 1 (2010), p. 241 à 256.

YACKEE, J. W., «*Pacta sunt servanda* and State promises to foreign investors before bilateral investment treaties: Myth and reality», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, nº 5 (2009), p. 1550 à 1613.

YANNACA-SMALL, C. [K.], «Fair and equitable treatment standard in international investment law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing, disponible à l'adresse suivante: http://dx.doi.org/10.1787/675702255435.

«Fair and equitable treatment standard: Recent developments», dans A. REINISCH (dir. publ.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 111 à 130.

«Fair and equitable treatment standard», dans K. YANNACA-SMALL (dir. publ.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 385 à 410.

ZOELLNER, C. S., «Transparency: An analysis of an evolving fundamental principle in international economic law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, nº 2 (2006), p. 579 à 628.

Appendice II

Affaires

ADF Group Inc. v. United States, CIRDI affaire nº ARB(AF)/00/1, 9 janvier 2003, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 18 (2003), p. 195 et suiv.; *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 470 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil v. Republic of Estonia, CIRDI affaire nº ARB/99/2, 25 juin 2001, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, nº 2 (2002), p. 395 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire, CIRDI affaire nº ARB 93/1, 21 février 1997, *ICSID Reports*, vol. 5 (2002), p. 14 et suiv.; *Journal du droit international* vol. 125 (1998), p. 243.

Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, CIRDI affaire nº ARB/87/3, 27 juin 1990, *International Legal Materials,* vol. 30 (1991), p. 580 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Azurix Corp. c. República Argentina, CIRDI affaire nº ARB/01/12, 14 juillet 2006, *ICSID Reports*, vol. 14 (2009), p. 374 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, sentence partielle du 13 septembre 2001 (CNUDCI), *ICSID Reports*, vol. 9 (2006), p. 121 et suiv.; disponible en ligne aux adresses suivantes: www.arbitration.org ou www.italaw.com.

CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, CIRDI affaire nº ARB/01/8, 12 mai 2005, *International Legal Materials*, vol. 44 (2005), p. 1205 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie générale des Eaux (Vivendi) v. Argentine Republic, CIRDI affaire nº ARB/97/3, 21 novembre 2000, *International Legal Materials*, vol. 40 (2001), p. 426 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, CIRDI affaire nº ARB/00/6, 22 décembre 2003, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, nº 2 (automne 2005), p. 391 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt du 20 juillet 1989, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15; disponible en ligne sur le site Web de la Cour, à l'adresse suivante: www.icj-cij.org.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, sentence partielle du 19 août 2005, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), p. 335 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States (CNUDCI), 15 novembre 2004, *ICSID Reports*, vol. 13 (2008), p. 147 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, sentence arbitrale du 26 janvier 2006, disponible en ligne aux adresses suivantes: www.naftaclaims.com ou www.arbitration.org.

Lauder v. Czech Republic, 3 septembre 2001 (CNUDCI), *ICSID Reports*, vol. 9 (2006), p. 66 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique, CIRDI affaire nº ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003, *Journal du droit international,* vol. 131 (2004), p. 219 et suiv.; en anglais: *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), p. 442 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, CIRDI affaire nº ARB(AF)/97/1, 30 août 2000, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, nº 1 (2001), p. 168 et suiv.; reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 40 (2001), p. 36 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, CIRDI affaire nº ARB/99/6, 12 avril 2002, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, nº 2 (2003), p. 602 et suiv.; *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), p. 178 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Mondev International Ltd. v. United States of America, CIRDI affaire nº ARB(AF)/99/2, 11 octobre 2002, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 192 et suiv.; reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 42 (2003), p. 85 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, CIRDI affaire nº ARB/01/7, 25 mai 2004, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), p. 6 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, CIRDI affaire nº ARB/01/11, 12 octobre 2005, disponible en ligne aux adresses suivantes: www.arbitration.org ou www.italaw.com.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration (LCIA), affaire nº UN3467, 1er juillet 2004, *ICSID Reports*, vol. 12 (2007), p. 59 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada (CNUDCI), sentence relative aux dommages, 31 mai 2002, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), p. 148 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: www.arbitration.org.

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, CIRDI affaire nº ARB (AF)/97/2, 1er novembre 1999, disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org; reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 3 (2000), p. 537 et suiv.

Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic (CNUDCI), sentence partielle du 17 mars 2006, disponible en ligne aux adresses suivantes: www.italaw.com ou www.arbitration.org.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (CNUDCI), sentence partielle du 13 novembre 2000, disponible en ligne aux adresses suivantes: www.italaw.com ou www.arbitration.org; reproduit dans *International Law Reports*, vol. 121 (2002), p. 76 et suiv.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, CIRDI affaire nº ARB(AF)/00/2, 29 mai 2003, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, nº 1 (2004), p. 158 et suiv.; *ICSID Reports*, vol. 10 (2006), p. 134 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, CIRDI affaire nº ARB(AF)/00/3, 30 avril 2004, *ICSID Reports*, vol. 11 (2007), p. 362 et suiv.; disponible en ligne à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org; reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), p. 967 et suiv.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, CIRDI affaire nº ARB/98/4, 8 décembre 2000, *ICSID Reports*, vol. 6 (2004), p. 89 et suiv., *International Legal Materials*, vol. 41 (2002), p. 896 et suiv.

Annexe V

LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN CAS DE CONFLIT ARMÉ

(M^me^ Marie G. Jacobsson)

I. Introduction

1. Il est reconnu depuis longtemps que les effets des conflits armés sur l'environnement et leur persistance après la fin des hostilités peuvent faire peser une menace grave sur les moyens de subsistance ou l'existence même des individus et des communautés. Les effets des conflits armés sur l'environnement diffèrent des autres conséquences des conflits armés en ce qu'ils peuvent perdurer sur le long terme et être irréversibles. Ils peuvent persister longtemps après la fin des hostilités, empêchant une reconstruction effective de la société, détruisant des espaces naturels vierges ou entraînant le déséquilibre d'écosystèmes vitaux.

2. La protection de l'environnement en période de conflit armé a été envisagée principalement à travers le prisme du droit de la guerre, notamment du droit international humanitaire. Cependant, cette approche est trop étroite car il est admis aujourd'hui en droit international qu'en période de conflit armé, le droit international applicable peut ne pas se limiter au droit de la guerre. La Commission du droit international l'a également affirmé dans le cadre de ses travaux récents sur les effets des conflits armés sur les traités. Ces travaux sont fondés (art. 3) sur la présomption selon laquelle l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application. Il résulte du projet d'article 7, et de l'annexe y relative, qu'en raison de leur matière plusieurs catégories de traités relatifs à la protection de l'environnement peuvent continuer de s'appliquer en période de conflit armé[1].

II. Historique[2]

3. L'idée selon laquelle l'environnement doit être protégé en période de conflit armé n'est pas née au XXI^e^ siècle, ni même au XX^e^ siècle. Au contraire, on peut faire remonter à l'Antiquité certaines règles juridiques relatives à l'environnement naturel et à ses ressources. Ces règles étaient étroitement liées à la nécessité pour les individus d'accéder aux ressources naturelles essentielles à leur survie, telles que l'eau salubre. Compte tenu des conditions dans lesquelles la guerre était alors menée, ainsi que des moyens et des méthodes employés, le risque d'une destruction de l'environnement à grande échelle était limité.

4. Cela a changé au cours du XX^e^ siècle, à mesure que l'évolution technologique entraînait un risque plus grand de destruction irréversible de l'environnement par les armes nucléaires ou d'autres armes de destruction massive, mais aussi du fait de l'utilisation des moyens et des méthodes de guerre conventionnels. L'évolution technologique s'est accompagnée d'une prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement dans l'intérêt des générations présentes et futures.

5. Il est possible de mettre en évidence trois phases dans les efforts accomplis depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies pour améliorer la protection juridique de l'environnement en cas de conflit armé. La première s'est ouverte au début des années 1960, la deuxième au début des années 1990 et la troisième dans les années 2010.

6. La *première phase*, qui s'est ouverte dans les années 1960, correspondait, d'une part, à une réaction face aux moyens et méthodes de guerre employés pendant la guerre du Viet Nam et, d'autre part, à une prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement d'une manière plus générale (naissance du droit international de l'environnement). La Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm[3]), une déclaration politique de 1972, témoigne d'un effort visant à étendre l'application du principe de la *Fonderie de Trail*[4] au-delà d'un contexte bilatéral (principe 21). La question délicate de l'utilisation des armes nucléaires était abordée, en termes vagues, au principe 26. Bien que, sur le plan juridique, aucune conclusion déterminante ne puisse être tirée de cette Déclaration, elle a donné une première idée du problème et annoncé le contenu de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[5] de 1992 (voir *infra*).

---

[1] À la présente session, la Commission a adopté en seconde lecture un ensemble de 18 projets d'article et une annexe (présentant une liste indicative de traités dont la matière implique qu'ils continuent de s'appliquer, en tout ou en partie, au cours d'un conflit armé) et les commentaires y relatifs. Le projet d'article 3 a pour titre «Principe général» et le projet d'article 7 «Maintien en vigueur des traités en raison de leur matière». La liste indicative annexée au projet comprend les traités relatifs à la protection internationale de l'environnement, les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et aux installations et ouvrages connexes, les traités relatifs aux aquifères et aux installations et ouvrages connexes, les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités portant sur la justice pénale internationale ainsi que, naturellement, les traités portant sur le droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire (voir *supra* le chapitre VI, sect. E, par. 100 et 101).

[2] Cette partie est nécessairement brève et incomplète. Elle ne vise qu'à offrir un cadre de référence historique.

[3] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1), première partie, chap. I.

[4] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

[5] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

7. Quelques années plus tard, des dispositions visant spécifiquement à protéger l'environnement ont été introduites dans des instruments de droit international humanitaire. Deux articles méritent d'être cités à cet égard: les articles 35 et 55 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I de 1977), notamment parce qu'ils semblent être partiellement en contradiction l'un avec l'autre.

L'article 35, au paragraphe 3, se lit comme suit:

> Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel[6].

L'article 55 se lit comme suit:

> 1. La guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves. Cette protection inclut l'interdiction d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement naturel, compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population.
>
> 2. Les attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles sont interdites.

8. En outre, une convention visant exclusivement à protéger l'environnement, a été adoptée[7]. Elle pose au paragraphe 1 de son article 1 les critères suivants:

> Chaque État partie à la présente Convention s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État partie.

9. Au cours des années 1980, la guerre entre l'Iran et l'Iraq a attiré l'attention des États et des organisations internationales sur la nécessité de renforcer la protection de l'environnement en période de conflit armé. En témoigne par exemple le rapport établi sur cette question à la demande de la Commission des Communautés européennes[8].

10. La *deuxième phase* s'est ouverte en 1990 avec la guerre entre l'Iraq et le Koweït. L'incendie des puits de pétrole et d'autres conséquences de la guerre désastreuses sur le plan environnemental ont fait prendre conscience à la communauté internationale des effets des méthodes modernes de guerre sur l'environnement. En outre, la Commission d'indemnisation des Nations Unies a été mise en place et chargée de statuer sur les réclamations concernant les pertes ou dommages causés à l'environnement, ainsi que l'épuisement des ressources naturelles[9]. Dans ses rapports, la Commission d'indemnisation examine chaque demande individuellement et motive ses décisions d'admission, de rejet ou d'ajustement. La Commission d'indemnisation a produit une jurisprudence fournie, bien qu'elle se fonde sur les critères du Conseil de sécurité des Nations Unies et de son propre Conseil d'administration, et non sur le droit international lui-même. Il est intéressant de noter que la Commission d'indemnisation a fait droit, même partiellement, à toutes ces réclamations, y compris pour les dommages indirects causés aux zones humides du fait de l'eau consommée par les réfugiés.

11. Parallèlement, la question de la protection de l'environnement a été inscrite à l'ordre du jour des Nations Unies: d'abord sous l'intitulé «Utilisation de l'environnement comme instrument de guerre en période de conflit armé et adoption de mesures pratiques visant à éviter pareille utilisation», puis sous l'intitulé «Protection de l'environnement en période de conflit armé[10]». Le Secrétaire général a présenté un premier rapport sur la protection de l'environnement en période de conflit armé en 1992[11], puis un second rapport en 1993[12]. Le contenu de ces rapports reprenait pour l'essentiel les informations reçues du CICR. Le rapport de 1993 suggérait des questions qui pourraient être examinées par la Sixième Commission. Elles comprenaient notamment l'«[a]pplicabilité du droit international de l'environnement aux conflits armés: clarification générale et mesures à prendre en cas de révision de ces accords[13]». À ce moment-là, la question de la protection de l'environnement ne figurait plus à l'ordre du jour en tant que point séparé, mais était inscrite sous le point «Décennie des Nations Unies pour le droit international[14]».

12. Le CICR a été chargé par l'Assemblée générale de se pencher sur cette question. Des réunions d'experts se sont donc tenues sur le sujet et les conférences internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en ont également fait un point de leur ordre du jour. Les «Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé», figurant en annexe du rapport soumis par le CICR à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale des Nations Unies[15], sont notamment issues de ces travaux. Compte tenu de l'absence du soutien politique nécessaire pour modifier le droit des conflits armés tel qu'il ressortait des dispositions conventionnelles alors en vigueur, faire figurer les directives en annexe à une résolution et inviter

---

[6] Ce libellé est repris dans le préambule de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (1980).

[7] Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles du 10 décembre 1976 (ENMOD). La Convention prévoit la tenue de conférences d'examen à des intervalles non inférieurs à cinq ans; cependant, à ce jour, seules deux conférences d'examen se sont tenues, en 1984 et 1992.

[8] M. Bothe, A. Cassese, F. Kalshoven, A. Kiss, J. Salmon et K. R. Simmonds, «La protection de l'environnement en temps de conflit armé» (SJ/110/85), 1985.

[9] La Commission d'indemnisation des Nations Unies a été mise en place par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, du 3 avril 1991. Le mandat de la Commission est plus proche des Règles dites de La Haye de 1907 [concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre], qui comportent des dispositions sur l'indemnisation en cas de violation des lois de la guerre, que des Conventions de Genève du 12 août 1949 et de leur Protocole additionnel I de 1977.

[10] C'est la Jordanie qui, à l'origine, a proposé l'inscription de ce point à l'ordre du jour en 1991 (voir A/46/141) et sa demande a été accueillie. En 1992, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire à son ordre du jour la question de la «Protection de l'environnement en période de conflit armé» et d'en confier l'examen à la Sixième Commission (voir la décision 46/417 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1991).

[11] A/47/328.

[12] A/48/269.

[13] Ibid., par. 110.

[14] Voir la résolution 47/37 de l'Assemblée générale, en date du 25 novembre 1992, en particulier le paragraphe 4.

[15] A/48/269, par. 4 et suiv.

les États à les diffuser représentait le maximum de ce qu'il était possible de faire à ce moment-là[16].

13. Il convient de rappeler que la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement s'est tenue en 1992. Elle a adopté la Déclaration de Rio, dont les principes 24 et 23, respectivement, disposent expressément:

> La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.

et

> L'environnement et les ressources naturelles des peuples soumis à oppression, domination et occupation doivent être protégés.

14. Le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer[17] aborde à plusieurs reprises la question de la protection de l'environnement, par exemple lorsqu'il considère comme pertes incidentes ou dommages incidents les dommages causés à l'environnement naturel ou aux biens qui ne constituent pas par eux-mêmes des objectifs militaires, ou leur destruction. Les aspects juridiques de la protection de l'environnement revêtent une importance toute particulière en matière de droit de la guerre sur mer car tant les parties au conflit que des tierces parties peuvent avoir des prétentions légitimes et concurrentes à utiliser une zone ne se trouvant sous la souveraineté d'aucun État[18].

15. Les conflits armés en ex-Yougoslavie ont également témoigné de l'effet dévastateur sur l'environnement de l'utilisation des moyens et méthodes de guerre, légaux comme illégaux. Parallèlement, sous la pression de la société civile internationale, les États se sont vu obligés de se pencher sur un aspect particulier du droit international humanitaire en lien direct avec la protection de l'environnement, à savoir l'emploi de mines terrestres antipersonnel. À l'évidence, l'application insuffisante des dispositions prévues par la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination a eu des effets dévastateurs non seulement sur les civils, mutilés par l'explosion des mines, mais également sur l'utilisation effective et sûre des terres après la fin du conflit. Les exemples des Balkans, du Cambodge ou du Mozambique parlent d'eux-mêmes. Outre le fait que l'application de la Convention existante est insuffisante, son inapplicabilité dans le cadre des conflits armés non internationaux représentait en elle-même une préoccupation majeure. En conséquence, la Convention et son Protocole II ont été révisés. Cependant, ces dispositions n'allaient pas assez loin pour les États et pour certains groupes qui réclamaient une interdiction plus large. En parallèle, la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction a été négociée et adoptée.

16. Sur le plan juridique, l'intérêt de cette évolution réside dans le fait que les réticences initiales de grandes puissances militaires à modifier le droit des conflits armés n'ont pas empêché le développement parallèle d'un régime de protection de la population civile et de ses principaux moyens de subsistance.

17. La *troisième phase* s'est ouverte au début de la dernière décennie. Il est difficile d'établir un lien avec un conflit particulier, mais il semble qu'elle soit le résultat d'une prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement en tant que tel. En effet, différents conflits, tels que ceux du Kosovo, du Liban ou le conflit iraquien, témoignaient du fait que les sociétés dévastées par la guerre devaient payer un lourd tribut sur le plan environnemental. Au même moment, les cours et tribunaux internationaux abordaient la question de la protection de l'environnement dans leurs décisions. Les effets néfastes des conflits sur l'environnement étaient également mis en évidence par des missions d'enquête. À partir des affaires portées devant les tribunaux dans les années 1990, le droit de la guerre à lui seul n'a plus suffi à offrir des réponses en droit. Le développement du droit international de l'environnement et du droit pénal international ne pouvait pas être ignoré et il convient d'ailleurs de constater que la Cour pénale internationale a compétence pour connaître d'actes criminels ayant causé certains dommages à l'environnement[19].

III. Travaux menés par d'autres organismes

18. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, durant les années 1990, le CICR a organisé des réunions d'experts et présenté des rapports qui ont fait date, parmi lesquels les «Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé» (1994). L'approche du CICR est naturellement celle du droit international humanitaire. Elle consiste essentiellement à se poser la question de savoir dans quelle mesure le droit international humanitaire comporte des principes, des règles ou des dispositions visant à protéger l'environnement en période de conflit armé. Il est fréquemment observé que protéger l'environnement est nécessaire pour atteindre l'objectif de la protection des civils et de leurs moyens de subsistance. Cependant, il est également souligné que l'environnement en tant que tel doit être protégé. Cette idée repose sur le postulat selon lequel l'environnement est civil par nature. L'étude en deux volumes que le CICR a fait paraître en 2005 sur le droit international

[16] Résolution 49/50 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1994, paragraphe 11 du dispositif. L'absence d'un large soutien pour accomplir des progrès sur cette question a été confirmée par le manque d'activités en lien avec la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles.

[17] International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 1995; pour une traduction française, voir CICR, *Règles du droit international humanitaire et autres règles régissant la conduite des hostilités*, Genève, 2006, p. 123.

[18] Le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles [Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (2009); disponible en ligne à l'adresse suivante: www.ihlresearch.org/amw/manual] comporte également des règles spécifiques concernant la protection de l'environnement naturel (voir les règles 88 et 89).

[19] Article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998).

humanitaire coutumier[20] tend à le démontrer. Trois des règles coutumières du droit international humanitaire figurant sur la liste établie par le CICR, les règles 43, 44 et 45, traitent spécifiquement des ressources naturelles et de la protection de l'environnement en période de conflit armé. La règle 44 se lit comme suit:

> Les méthodes et moyens de guerre doivent être employés en tenant dûment compte de la protection et de la préservation de l'environnement naturel. Dans la conduite des opérations militaires, toutes les précautions pratiquement possibles doivent être prises en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les dommages qui pourraient être causés incidemment à l'environnement. L'absence de certitude scientifique quant aux effets sur l'environnement de certaines opérations militaires n'exonère pas une partie au conflit de son devoir de prendre de telles précautions[21].

19. En 2010, le CICR s'est penché sur la question de l'état actuel du droit international humanitaire. Dans son étude sur le «renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés», il conclut que le droit international humanitaire doit être renforcé en vue de protéger l'environnement naturel[22]. Le CICR semble considérer que le développement considérable qu'a connu le droit international de l'environnement ces dernières décennies n'a pas été accompagné d'une évolution comparable du droit international humanitaire. La clarification et le développement du droit international humanitaire en matière de protection de l'environnement sont restés à la traîne. Cette conclusion mérite d'autant plus d'être soulignée que les préoccupations essentielles du CICR concernent l'application insuffisante des dispositions du droit international humanitaire.

20. L'*Association de droit international* a publié plusieurs rapports touchant à cette question, notamment le rapport de 2004 de son comité sur les ressources en eau, qui en traite spécifiquement. Le chapitre X (art. 50 à 55) de ce rapport est entièrement consacré à la protection des eaux et des installations d'approvisionnement en eau en période de guerre ou de conflit armé[23]. Un autre rapport, publié en 2010, porte sur la réparation en faveur des victimes de conflits armés[24]. On peut également mentionner le rapport présenté en 2006 par le Comité sur l'application transnationale de la loi sur l'environnement. En effet, même s'il n'aborde pas spécifiquement la question de la protection de l'environnement dans le contexte d'un conflit armé, il propose des règles relatives à la capacité des individus d'introduire des demandes en réparation pour la destruction de l'environnement ainsi qu'à d'autres questions concernant l'accès à la justice[25].

21. L'*Union internationale pour la conservation de la nature (UICN)* a mis en place un groupe de spécialistes sur les conflits armés et l'environnement, qui s'est engagé dans deux activités connexes: examiner les questions que pose actuellement le droit des conflits armés en ce qui concerne la protection de l'environnement et évaluer les expériences en matière de gestion des ressources naturelles et de l'environnement à la suite de conflits. Il semble qu'une étude sur l'état du droit international protégeant l'environnement en période de conflit armé, portant également sur les possibilités de renforcer ce droit et son application, soit en cours.

22. Le *Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE)* et l'*Environmental Law Institute (ELI)* ont mené, conjointement avec d'éminents spécialistes du droit international et le CICR, une évaluation juridique de la protection de l'environnement pendant les conflits armés; évaluation dont est issu le rapport de 2009 intitulé *Protecting the Environment During Armed Conflict − An Inventory and Analysis of International Law* (Protection de l'environnement pendant les conflits armés: inventaire et analyse du droit international). Ce rapport passe en revue quatre branches principales du droit international comportant des dispositions visant à protéger l'environnement en temps de conflit armé: le droit international humanitaire, le droit pénal international, le droit international de l'environnement et le droit international des droits de l'homme. Il dégage un certain nombre de conclusions clefs expliquant pourquoi l'environnement ne jouit pas encore d'une protection effective en période de conflit armé. Il contient aussi des recommandations sur la manière de relever les défis nés de cette situation et de renforcer le cadre juridique existant.

IV. La proposition présentée par le Programme des Nations Unies pour l'environnement à la Commission du droit international

23. Pour éviter «que l'environnement ne continue à être la victime silencieuse de la guerre moderne», le PNUE et l'Environmental Law Institute ont entrepris en 2009 une évaluation conjointe de l'état du cadre juridique existant en matière de protection des ressources naturelles et de l'environnement, en temps de conflit armé[26]. Cette évaluation est le résultat d'une réunion internationale d'experts, organisée par le Programme des Nations Unies pour l'environnement et le CICR, en mars 2009. Sur la base de 10 conclusions, le rapport formule 12 recommandations; il recommande notamment qu'en tant que «principal organe des Nations Unies ayant compétence en matière de droit international» la Commission du droit international «examine le droit international existant visant à protéger l'environnement en temps de conflit armé et fasse des recommandations sur la manière dont il est possible de le clarifier, le codifier et le développer[27]».

---

[20] J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international coutumier*, vol. I (*Règles*), traduit de l'anglais par D. Leveillé, Bruxelles, Bruylant, 2006, et vol. II (*Practice*, en anglais seulement), Cambridge University Press, 2005, et 2e éd. révisée, 2009.

[21] Ibid., vol. I (*Règles*), p. 195.

[22] Étude du CICR sur l'état actuel du droit international humanitaire, allocution du Dr Jakob Kellenberger, Président du CICR, 21 septembre 2010, consultable à l'adresse suivante: www.icrc.org/fre/resources/documents/statement/ihl-development-statement-210910.htm.

[23] International Law Association, *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, p. 334 et suiv., notamment p. 394, 395 et 398.

[24] Ibid., *Report of the Seventy-fourth Conference, The Hague, 15-19 August 2010*, Londres, 2010, p. 291 et suiv.

[25] Ibid., *Report of the Seventy-second Conference, Toronto, 4-8 June 2006*, Londres, 2006, p. 655 et suiv. L'objet principal du rapport semble être la question des voies de recours internes concernant les recours en matière d'environnement, mais il examine également le projet d'article 7, rejeté, qui aurait autorisé les actions judiciaires contre un État pour violation du droit international de l'environnement.

[26] UNEP, *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law*, novembre 2009, p. 9.

[27] Ibid., Recommendation 3, p. 53.

Le rapport suggère l'examen des questions ci-après:

– recensement des dispositions juridiques et identification des lacunes et des obstacles à leur application;

– analyse des possibilités de clarifier et de codifier cette branche du droit;

– définition des termes essentiels, tels que «étendu», «durable» et «grave»;

– examen de l'applicabilité des accords multilatéraux sur l'environnement en période de conflit armé, dans le cadre de l'analyse menée actuellement par la Commission du droit international sur les «effets des conflits armés sur les traités»;

– élargissement de la protection de l'environnement et des ressources naturelles aux cas de conflits armés ne présentant pas un caractère international; et

– examen de la manière dont les normes précises, la pratique et la jurisprudence en matière de droit international de l'environnement pourraient contribuer à combler les lacunes du droit international humanitaire et à dissiper ses ambiguïtés[28].

V. Principales questions soulevées par le sujet

24. La proposition présentée par le PNUE soulève la question de savoir si le sujet proposé constituerait un thème de travail approprié pour la Commission.

25. La Commission devrait continuer de rester ouverte aux propositions qui lui sont soumises. Les propositions de l'Assemblée générale, des autres organismes du système des Nations Unies et des États ont un poids particulier. Il convient de noter que la Commission s'est efforcée d'encourager d'autres organismes des Nations Unies à lui soumettre des propositions, depuis 1996 au moins[29]. Dès lors, la proposition du PNUE mérite d'être prise sérieusement en considération, d'autant plus qu'elle paraît à première vue très pertinente.

26. Quelles sont donc les principales questions soulevées par le sujet?

27. Il est clair que le droit applicable aux conflits armés s'étend au-delà du domaine du droit de la guerre. Il ne suffit pas de recourir au droit international humanitaire, en tant que *lex specialis*, dans l'espoir de trouver la solution à un problème juridique particulier. D'autres branches du droit international sont également susceptibles de s'appliquer, comme le droit international des droits de l'homme. C'est ce qu'a clairement confirmé la Cour internationale de Justice.

De manière plus générale, la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter: certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'homme et, en tant que *lex specialis*, le droit international humanitaire[30].

28. Le postulat sur lequel est fondé le raisonnement de la Cour est également repris par la Commission, notamment dans ses travaux sur la fragmentation[31], ainsi que dans ses travaux récents sur les effets des conflits armés sur les traités. Ces travaux ont pour point de départ (art. 3) la présomption selon laquelle l'existence d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application[32].

29. À supposer même que seul le droit des conflits armés s'applique en période de conflit armé, ce droit est également applicable avant et après le conflit, car il comporte des règles relatives aux mesures prises avant et après le conflit. Par conséquent, il est évident que les règles applicables de la *lex specialis* (le droit des conflits armés) coexistent avec d'autres règles du droit international.

30. Il semble qu'aucun État ou organe juridictionnel ne conteste l'application parallèle de différentes branches du droit international, comme le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés ou le droit de l'environnement. Il semble également que les États et les organes juridictionnels doutent des limites précises de ces différentes branches du droit et de l'équilibre existant entre elles. Parallèlement, le besoin a été exprimé d'analyser cette question et de s'accorder sur des conclusions. Il s'agit là d'un nouveau développement dans l'application du droit international, et les États doivent faire face aux problèmes concrets procédant de besoins urgents. Les conséquences de la guerre sur le plan environnemental en République démocratique du Congo offrent un exemple très significatif de la manière dont des guerres internes obligent une population à fuir et à se réinstaller − souvent dans ou près d'écosystèmes forestiers fragiles. Dans de telles situations, la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel continue-t-elle à s'appliquer?

VI. Proposition

31. Depuis près de vingt ans, différents organes juridiques ou quasi juridiques se sont penchés sur la question de la protection de l'environnement en période de conflit armé. Cela montre bien qu'il y a là un problème juridique et qu'il convient d'y remédier.

Il est donc proposé que la Commission du droit international examine la question dans le cadre de son programme

[28] Ibid.

[29] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 148, et p. 93, par. 165.

[30] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 178, par. 106.

[31] Voir en particulier l'étude analytique du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1, par. 328 à 340, document reprographié disponible sur le site Web de la Commission). Le texte définitif sera reproduit dans un additif à l'*Annuaire… 2006*, vol. II (1re partie).

[32] Voir *supra* la note 1 de la présente annexe.

de travail à long terme. Ses objectifs devraient être les suivants:

– délimiter le problème juridique;

– recenser les développements nouveaux dans la jurisprudence ou le droit coutumier;

– déterminer l'applicabilité du droit international humanitaire, du droit pénal international, du droit international de l'environnement et du droit international des droits de l'homme et clarifier les relations entre eux;

– approfondir les conclusions des travaux de la Commission sur les effets des conflits armés sur les traités, en particulier s'agissant du maintien en application des traités relatifs à la protection de l'environnement et des droits de l'homme;

– clarifier les relations entre le droit conventionnel existant et les nouveaux développements du droit (y compris le raisonnement juridique);

– suggérer ce qu'il convient de faire pour mettre en place un système uniforme et cohérent (afin de prévenir le risque de fragmentation du droit);

– envisager la formulation de règles applicables et formuler des principes de droit international général pertinents pour le sujet.

32. Ce thème de travail correspondrait bien aux ambitions exprimées par la Commission en 1997, à savoir qu'elle n'entendait pas s'en tenir aux sujets classiques mais pouvait aussi envisager ceux qui correspondaient à des tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale[33].

33. Le résultat des travaux de la Commission pourrait prendre la forme d'un projet de convention-cadre ou d'une déclaration relative aux principes et règles concernant la protection de l'environnement en période de conflit armé.

34. Un calendrier sur cinq ans est proposé pour l'examen de la question. Les trois premières années devraient être consacrées à la détermination des règles existantes et des conflits entre elles. Les quatrième et cinquième années devraient être consacrées aux conclusions et à l'élaboration du document final, quelle que soit la forme que la Commission jugera la plus appropriée.

---

[33] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), p. 72, par. 238, et *Annuaire… 1998*, vol. II (2e partie), p. 114, par. 553.

Appendice I

Exemples tirés de la pratique conventionnelle et non conventionnelle pertinente

1. Droit des conflits armés et droit pénal international

a) *Traités qui traitent directement de la protection de l'environnement en cas de conflit armé*

i) Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (1976).

ii) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), en particulier l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55, paragraphe 1.

iii) Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (1980), et son Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) [1980].

iv) Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998), en particulier ses articles 6 à 8.

b) *Droit international humanitaire et traités de désarmement qui comportent une protection indirecte de l'environnement en cas de conflit armé*

i) Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention IV de La Haye) [1907].

ii) Convention concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre (Convention V de La Haye) [1907].

iii) Convention concernant les droits et les devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime (Convention XIII de La Haye) [1907].

iv) Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (1925).

v) Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV de Genève) [1949].

vi) Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), et ses premier (1954) et deuxième (1999) protocoles.

vii) Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (1963).

viii) Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (1968).

ix) Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction (1972).

x) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [1977].

xi) Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (1993).

xii) Traité d'interdiction complète des essais nucléaires (1996).

xiii) Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction (1997).

xiv) Convention sur les armes à sous-munitions (2008).

xv) Exemples de régimes spéciaux:

1) Traité relatif à l'archipel du Spitsberg (1920);

2) Convention relative à la non-fortification et à la neutralisation des îles d'Aland (1921);

3) Traité sur l'Antarctique (1959);

4) Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco) [1967];

5) Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (Traité de Rarotonga) [1985];

6) Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (1995);

7) Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (Traité de Pelindaba) [1996];

8) Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (2006).

c) *Principes généraux et règles du droit international humanitaire présentant un intérêt pour la protection de l'environnement en cas de conflit armé*

i) Le principe de distinction.

ii) Le principe de nécessité militaire.

iii) Le principe de proportionnalité.

iv) Le principe d'humanité.

d) *Autres instruments se rapportant au corpus du droit des conflits armés*

i) Le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer (1994).

ii) Les règles du droit international coutumier (CICR) [2005].

iii) Le Manuel sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles [Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (HPCR)] (2009).

iv) Les nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies abordant la question de l'environnement en cas de conflit armé ne sont pas citées ici.

e) *Affaires devant les cours et les tribunaux dans lesquelles la protection de l'environnement en cas de conflit armé a été examinée*

i) Jurisprudence de la Cour internationale de Justice

1) *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.

2) *Licéité de l'emploi de la force*, ordonnances du 2 juin 1999[34].

3) *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168.

ii) Décisions rendues par les tribunaux internationaux comme celle de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, en date du 4 mars 2009, et le deuxième mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, en date du 12 juillet 2010, ainsi que les décisions de la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

2. Droit international de l'environnement

a) *Accords multilatéraux relatifs à l'environnement*

i) Accords multilatéraux relatifs à l'environnement qui prévoient, de manière directe ou indirecte, qu'ils s'appliquent en cas de conflit armé:

1) Conventions à caractère universel:

a) Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures (OILPOL) [1954];

b) Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine (1971);

c) Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (1972);

d) Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (1972);

e) Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) [1973], telle qu'amendée par le Protocole de 1978;

f) Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979);

g) Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982);

h) Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997).

2) Conventions régionales:

a) Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (1976), amendée et renommée Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (1995);

b) Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes (1983);

c) Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (révisée) [2003].

ii) Accords multilatéraux relatifs à l'environnement qui prévoient expressément la suspension, la dérogation ou la résiliation en cas de conflit armé:

1) Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (1960);

2) Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (1963);

3) Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1969);

4) Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (1993).

iii) Accords multilatéraux relatifs à l'environnement qui peuvent présenter un intérêt pour la protection de l'environnement en cas de conflit armé:

1) Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (1986);

[34] Le 2 juin 1999 la Cour a rendu des ordonnances dans les affaires suivantes entre la Serbie-et-Monténégro et des membres de l'OTAN: *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 124; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Canada)*, ibid., p. 259; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. France)*, ibid., p. 363; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne)*, ibid., p. 422; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Italie)*, ibid., p. 481; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Pays-Bas)*, ibid., p. 542; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Portugal)*, ibid., p. 656; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, ibid., p. 761; *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Royaume-Uni)*, ibid., p. 826; et *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, ibid., p. 916.

2) Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1989);

3) Convention sur la diversité biologique (1992);

4) Convention sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (1994).

b) *Droit international coutumier relatif à l'environnement faisant suite aux sources suivantes*

i) Principe établi dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[35].

ii) Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm[36]) [1972].

iii) Charte mondiale de la nature[37] (1982).

iv) Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio[38]) [1992].

v) Programme d'action pour un développement durable (Action 21[39]) [1992].

vi) Résolutions 47/37 de l'Assemblée générale, en date du 25 novembre 1992, sur la protection de l'environnement en période de conflit armé, et 49/50, en date du 9 décembre 1994, sur la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

vii) Sommet mondial pour le développement durable[40] (2002).

viii) Décision 23/1/IV du Conseil d'administration du PNUE[41] (2005).

[35] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

[36] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (A/CONF.48/14/Rev.1), première partie, chap. I.

[37] Résolution 37/7 de l'Assemblée générale, en date du 28 octobre 1982, annexe.

[38] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), résolution 1, annexe I.

[39] Ibid., annexe II.

[40] Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg (Afrique du Sud), 26 août-4 septembre 2002 (A/CONF.199/20, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.03.II.A.1).

[41] Rapport du PNUE, rapport du Conseil d'administration, vingt-troisième session (21-25 février 2005), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 25* (A/60/25).

3. Droit des droits de l'homme

a) *Instruments généraux*

i) Déclaration universelle des droits de l'homme[42] (1948).

ii) Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966).

iii) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

iv) Autres instruments du droit international des droits de l'homme:

1) Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social, en particulier les articles 9 et 25[43] (1969);

2) Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979);

3) Déclaration sur le droit au développement[44] (1986);

4) Convention relative aux droits de l'enfant (1989);

5) Convention de l'Organisation internationale du Travail (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989);

6) Déclaration du Millénaire[45] (2000);

7) Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones[46] (2007).

v) Instruments régionaux:

1) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [1950];

2) Convention américaine relative aux droits de l'homme (« Pacte de San José de Costa Rica ») [1969];

3) Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981).

[42] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

[43] Résolution 2542 (XXIV) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1969.

[44] Résolution 41/128 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 1986, annexe.

[45] Résolution 55/2 de l'Assemblée générale, en date du 8 septembre 2000.

[46] Résolution 61/295 de l'Assemblée générale, en date du 13 septembre 2007.

Appendice II

Références universitaires citées dans le rapport du PNUE, mises à jour[47]

Anderson, T. L., et J. B. Grewell, «The greening of foreign policy», *PERC Policy Series*, nº 20, Bozeman, Property and Environment Research Center, 2000, p. 11.

Antoine, P., «Droit international humanitaire et protection de l'environnement en cas de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 74, nº 798 (1992), p. 537 à 558.

Arraiza Navas, F. L., et P. J. Varela Fernández, «Vieques: prácticas de guerra, derechos humanos y ambiente», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 70, nº 1 (2001), p. 209 à 233.

Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, *Problemas internacionales del medio ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985.

Austin, J. E., et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000.

Bassiouni , M. C., «International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*», *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, nº 4 (1996), p. 63 à 74.

Blom, E., et autres (dir. publ.), *Nature in War: Biodiversity Conservation During Conflicts*, Leyde, Nederlandse Commissie voor Internationale Natuurbescherming, 2000.

Bodansky, D., *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2003.

Boelaert-Suominen, S. A. J., *International Environmental Law and Naval War: The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, Newport, Naval War College, 2000.

Bothe, M., «The protection of the environment in times of armed conflict. Legal rules, uncertainty, deficiencies and possible developments», *German Yearbook of International Law*, vol. 34 (1991), p. 54 à 62.

Bothe, M., et autres, «Protection of the environment in times of armed conflict», Report to the Commission of the European Communities, SJ/110/85 (1985).

«International law protecting the environment during armed conflict: Gaps and opportunities», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, nº 879 (2010), p. 569 à 592.

New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, La Haye, Martinus Nijhoff, 1982.

Bouvier, A., «La protection de l'environnement naturel en période de conflit armé», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 73, nº 792 (1991), p. 599 à 611.

Bruch, C., et autres, *Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa*. 2e éd., Washington, Environmental Law Institute, 2007.

Bunker, A. L., «Protection of the environment during armed conflict: One Gulf, two wars», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13, nº 2 (2004), p. 201 à 213.

Crawford, A., et J. Bernstein, *MEAs, Conservation and Conflict – A Case Study of Virunga National Park, DRC*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2008.

Debonnet, G., et K. Hillman-Smith, «Supporting protected areas in a time of political turmoil: The case of World Heritage sites in the Democratic Republic of Congo», *Parks*, vol. 14, nº 1 (2004), p. 9 à 16.

Delbrück, J., «War, effect on treaties», dans R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (1982), p. 310 à 315.

Desgagné, R., «The prevention of environmental damage in time of armed conflict: Proportionality and precautionary measures», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 109 à 129.

Dinstein, Y., «Protection of the environment in international armed conflict», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), p. 523 à 549.

Domínguez Matés, R., «Desafío para el derecho internacional humanitario: responsabilidad penal internacional del individuo por daños al medio ambiente durante un conflicto armado», *American University International Law Review*, vol. 20, nº 1 (2004), p. 43 à 69.

Eniang, E. A., et autres, «Impacts of landmines on the environment and biodiversity», *Environmental Policy and Law*, vol. 37, nº 6 (2007), p. 501 à 504.

Falk, R., «The inadequacy of the existing legal approach to environmental protection in wartime», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000.

Feliciano, F. P., «Marine pollution and spoliation of natural resources as war measures: A note on some international law problems in the Gulf War», *Houston Journal of International Law*, vol. 14, nº 3 (1992), p. 483 à 519.

Fenrick, W. J., «The law applicable to targeting and proportionality after Operation Allied Force: A view from the outside», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 3 (2000), p. 53 à 80.

Fleck, D., «Current legal and policy issues», dans J. Dahlitz (dir. publ.), *Future Legal Restraints on Arms Proliferation* (publication des Nations Unies, numéro de vente: GV.E.96.0.24), p. 21 à 46.

Gasser, H. P., «For better protection of the natural environment in armed conflict: A proposal for action», *AJIL*, vol. 89 (1995), p. 637 à 644.

Green, L. C., «The environment and the law of conventional warfare», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29 (1991), p. 222 à 237.

Greenwood, C., «State responsibility and civil liability for environmental damage caused by military operations», dans R. J. Grunawalt, et autres (dir. publ.), *International Law Studies 1996: Protection of the Environment During Armed Conflict*, vol. 69, Newport, Naval War College, 1996, p. 397 à 415.

Guillard, D., *Les armes de guerre et l'environnement naturel: essai d'étude juridique*, Paris, L'Harmattan, 2006.

Heintschel von Heinegg, W., et M. Donner, «New developments in the protection of the natural environment in naval armed conflicts», *German Yearbook of International Law*, vol. 37 (1994), p. 281 à 314.

Herczegh, G., «La protection de l'environnement naturel et le droit humanitaire», dans C. Swinarski (dir. publ.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 725 à 733.

Henckaerts, J.-M., «International legal mechanisms for determining liability for environmental damage under international humanitarian law», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 602 à 619.

[47] Extrait mis à jour du rapport du PNUE *Protecting the Environment During Armed Conflict – An Inventory and Analysis of International Law* (2009), p. 69.

Huang, L.-Y., «The 2006 Israeli-Lebanese conflict: A case study for protection of the environment in times of armed conflict», *Florida Journal of International Law*, vol. 20, nº 1 (2008), p. 103 à 113.

Hourcle, L. R., «Environmental law of war», *Vermont Law Review*, vol. 25, nº 3 (2001), p. 653 à 693.

Hulme, K., *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2004.

Inter Press Service, «Conflict-environment: Questions over accountability in Kosovo», Washington, 11 novembre 1999.

Jensen, E. T., «The international law of environmental warfare: Active and passive damage during armed conflict», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, nº 1 (2005), p. 145 à 185.

Jensen, E. T., et J. Teixeira, «Prosecuting members of the U.S. Military for wartime environmental crimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 17, nº 4 (2005), p. 651 à 671.

Juste Ruiz, J., «Derecho de los conflictos armados y protección del medio ambiente», dans J. Soroeta Liceras (dir. publ.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 3, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2002, p. 83 à 110.

Kellman, B., «The Chemical Weapons Convention: A verification and enforcement model for determining legal responsibility for environmental harm caused by war», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 579 à 601.

Landel, M., «Are aerial fumigations in the context of war in Colombia a violation of the rules of international humanitarian law?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 19 (2010), p. 419 à 513.

Lavieille, J.-M., «Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international», *Revue juridique de l'environnement*, vol. 4 (1992), p. 421 à 452.

Lijnzaad, L., et G. J. Tanja, «Protection of the environment in times of armed conflict: The Iraq-Kuwait War», *Netherlands International Law Review*, vol. 40, nº 2 (1993), p. 169 à 199.

Low, L., et D. Hodgkinson, «Compensation for wartime environmental damage: Challenges to international law after the Gulf War», *Virginia Journal of International Law*, vol. 35, nº 2 (1995), p. 405 à 483.

Lubell, N., «Challenges in applying human rights law to armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, nº 860 (2005), p. 737 à 754.

Malviya, R. A., «Laws of armed conflict and environmental protection: An analysis of their inter-relationship», ISIL [The Indian Society of International Law], *Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 1 (2001).

Marsh, J. J., «*Lex lata* or *lex ferenda*? Rule 45 of the ICRC Study on customary international humanitarian law», *Military Law Review*, vol. 198 (2008), p. 116 à 164.

Mollard-Bannelier, K., *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, Paris, Pedone, 2001.

Momtaz, D., «Les règles relatives à la protection de l'environnement au cours des conflits armés à l'épreuve du conflit entre l'Irak et le Koweït», *AFDI*, vol. 37 (1991), p. 203 à 219.

Okorodudu-Fubara, M. T., «Oil in the Persian Gulf War: Legal appraisal of an environmental warfare», *St. Mary's Law Journal*, vol. 23, nº 1 (1991), p. 123 à 219, notamment p. 204 à 206.

Okowa, P. N., «The legal framework for the protection of natural resources in situations of armed conflict», dans W. J. M. van Genugten, et autres (dir. publ.), *Criminal Jurisdiction 100 Years after the 1907 Hague Peace Conference. Proceedings of the Eighth Hague Joint Conference Held in The Hague, The Netherlands, 28-30 June 2007*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 243 à 260.

«Environmental justice in situations of armed conflict», dans J. Ebbesson et P. Okowa (dir. publ.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press, 2009, p. 231 à 252.

Parsons, R. J., «The fight to save the Planet: U.S. Armed Forces, "Greenkeeping", and enforcement of the law pertaining to environmental protection during armed conflict», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, nº 2 (1998), p. 441 à 500.

Peterson, I., «The natural environment in times of armed conflict: A concern for international war crimes law?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, nº 2 (2009), p. 325 à 343.

Prescott, M. K., «How war affects treaties between belligerents: A case study of the Gulf War», *Emory International Law Review*, vol. 7, nº 1 (1993), p. 197 à 201.

Quénivet, N., et S. Shah-Davis (dir. publ.), *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st Century*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010.

Quinn, J. P., et autres, «United States Navy development of operational-environmental doctrine», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 156 à 170.

Rich, A., «The environment: Adequacy of protection in times of war», *Penn State Environmental Law Review*, vol. 12, nº 3 (2004), p. 445 à 457.

Roberts, A., «The law of war and environmental damage», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 47 à 86.

Robinson, N. A., «International law and the destruction of nature in the Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 21, nºs 5-6 (1991), p. 216 à 220.

Roscini, M., «Protection of the natural environment in the time of armed conflict», dans L. Doswald-Beck, et autres (dir. publ.), *International Humanitarian Law - An Anthology*, Nagpur, LexisNexis Butterworths, 2009, p. 155 à 179.

Ross, M. A., «Environmental warfare and the Persian Gulf War: Possible remedies to combat intentional destruction of the environment», *Dickinson Journal of International Law*, vol. 10, nº 3 (1992), p. 515 à 539.

Sands, P., *Liability for environmental damage and the report of the UNEP Working Group of Experts: An introductory note*, Londres, Foundation for International Environmental Law and Development, 1999.

Schiavo Guarnacci, E., «Conflictos armados y medio ambiente», Buenos Aires, Universidad del Salvador, 2006.

Schmitt, M. N., «Green war: An assessment of the environmental law of international armed conflict», *Yale Journal of International Law*, vol. 22, nº 1 (1997), p. 1 à 109.

«War and the environment: Fault lines in the prescriptive landscape», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 87 à 136.

Sharp, W. G., «The effective deterrence of international environmental damage during armed conflict: A case analysis of the Persian Gulf War», *Military Law Review*, vol. 137 (1992), p. 1 à 66.

Stockins Abascal, C., «Protección del medio ambiente en los conflictos armados» (thèse), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009.

Tarasofsky, R. G., «Legal protection of the environment during international armed conflict», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 24 (1993), p. 17 à 79.

«Protecting specially important areas during international armed conflict: A critique of the IUCN Draft Convention on the Prohibition of Hostile Military Activities in Protected Areas», dans J. E. Austin et C. E. Bruch (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 567 à 578.

TOLENTINO, A. S., «The law of armed conflict vis-à-vis the environment», dans B. VUKAS et T. M. ŠOŠIĆ (dir. publ.), *International Law: New Actors, New Concepts, Continuing Dilemmas,* Liber Amicorum *Božidar Bakotić*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2010, p. 595 à 606.

TUCKER, M. L., «Mitigating collateral damage to the natural environment in naval warfare: An examination of the Israeli naval blockade of 2006», *Naval Law Review*, vol. 57 (2009), p. 161 à 201.

VERWEY, W. D., «Observations on the legal protection of the environment in times of international armed conflict», *Hague Yearbook of International Law 1994*, vol. 7 (1995), p. 35 à 52.

«Protection of the environment in times of armed conflict: In search of a new legal perspective», *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, nº 1 (1995), p. 7 à 40.

VÖNEKY, S., «A new shield for the environment: Peacetime treaties as legal restraints of wartime damage», *RECIEL* [*Review of European Community and International Environmental Law*], vol. 9, nº 1 (2000), p. 20 à 32.

«Peacetime environmental law as a basis of State responsibility for environmental damage caused by war», dans J. E. AUSTIN et C. E. BRUCH (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 190 à 224.

VYVER, J. D. (VAN DER), «The environment: State sovereignty, human rights, and armed conflict», *Emory International Law Review*, vol. 23, nº 1 (2009), p. 85 à 112.

WESTING, A. H., *Warfare in a Fragile World: Military Impact on the Human Environment*, Londres, Taylor and Francis, 1980.

«In furtherance of environmental guidelines for armed forces during peace and war», dans J. E. AUSTIN et C. E. BRUCH (dir. publ.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, 2000, p. 171 à 181.

WYATT, J., «Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: The issue of damage to the environment in international armed conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 92, nº 879 (2010), p. 593 à 646.

ZEMMALI, A., «La protection de l'environnement en période de conflit armé dans les normes humanitaires et l'action du Comité international de la Croix-Rouge», dans N. AL-NAUIMI et R. MEESE (dir. publ.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1995, p. 105 à 131.