

Droit international protégeant l'environnement en période de conflit armé : lacunes et opportunités

Michael Bothe, Carl Bruch, Jordan Diamond et David Jensen*

Michael Bothe est professeur émérite de droit public et de droit international à l'université J.W. Goethe, à Francfort-sur-le-Main. Il est président de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits et préside en outre la Commission sur le droit international humanitaire de la Croix-Rouge allemande.

Carl Bruch est *Senior Attorney* à l'Institut du droit de l'environnement, à Washington, où il codirige les programmes internationaux. Il est également co-président du Groupe de spécialistes sur les conflits armés et l'environnement de la Commission du droit de l'environnement de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN).

Jordan Diamond est *Staff Attorney* à l'Institut du droit de l'environnement, à Washington, où elle est directrice-adjointe du programme Océans.

David Jensen est coordonnateur de la planification stratégique au sein du Service post-conflit et de la gestion des catastrophes du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), à Genève.

Résumé

Le corpus de droit international humanitaire (DIH) relatif à la protection de l'environnement dans les conflits armés souffre de trois déficiences essentielles. Tout d'abord, la définition de ce qui constitue une « atteinte inadmissible à l'environnement » apparaît à la fois trop restrictive et peu claire ; ensuite, des incertitudes juridiques demeurent quant à la protection des éléments de l'environnement en tant que biens de caractère civil ; enfin, l'application du principe de proportionnalité lorsque l'atteinte à l'environnement constitue un « dommage incident » est également problématique. Toutefois, à ces diverses lacunes correspondent des opportunités spécifiques de clarifier et développer le cadre juridique existant. L'application du droit international de l'environnement (DIE) en période de conflit armé pourrait constituer l'une des façons de parer à certaines défaillances du DIH. Les normes, standards, approches et mécanismes détaillés figurant dans le DIE pourraient également contribuer à

* La version originale anglaise de cet article est publiée sous le titre 'International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities', dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, N° 879, septembre 2010, pp. 569-592.

clarifier et à développer les principes de base du DIH afin de prévenir, actionner ou évaluer la responsabilité en matière de dommages causés à l'environnement lors d'un conflit armé.

La guerre et les opérations militaires engendrent des souffrances humaines, provoquent des déplacements de population et causent des dommages aux habitations et aux infrastructures. Elles sont également à l'origine de la destruction et de la dégradation de l'environnement naturel. Tous ces effets persistent longtemps après la fin des hostilités. Les auteurs du présent article explorent les déficiences structurelles et le manque de clarté du cadre juridique international en vigueur – le droit international humanitaire (DIH) et le droit international de l'environnement (DIE) – visant à limiter les effets des conflits armés sur l'environnement.

Directes ou indirectes, les protections de l'environnement en période de conflit armé prévues par le DIH ont une valeur incertaine ; les dispositions du DIH qui traitent explicitement de la protection de l'environnement dans les conflits armés sont peu nombreuses et inadéquates. Pour sa part, le DIE est un vaste corpus de règles juridiques protégeant l'environnement ; il contient un ensemble de normes et de mécanismes toujours plus nombreux qui visent à lutter contre les atteintes à l'environnement en temps de paix et qui s'orientent toujours davantage sur les questions de responsabilité. Le débat est ouvert quant à savoir si, et dans quelle mesure, le DIE continue de s'appliquer et d'offrir une protection en période de conflit armé.

Les auteurs font ressortir certaines lacunes et déficiences essentielles du DIH, puis examinent les opportunités qui existent à l'intersection de ces deux branches du droit international. L'article débute par une analyse des trois faiblesses essentielles du corpus de DIH aujourd'hui en vigueur. Tout d'abord, le Protocole additionnel I (PA I) définit le seuil des atteintes inadmissibles à l'environnement (les dommages causés doivent être « étendus, durables et graves »)¹ d'une manière qui est à la fois excessivement restrictive et peu claire. Ensuite, les dispositions du DIH relatives à la protection des biens de caractère civil ne prévoient pas de protection suffisante des éléments de l'environnement contre les dommages causés en période de conflit armé. Enfin, la proportionnalité est difficile à déterminer dans le cas d'une atteinte à l'environnement qualifiée de dommage « incident » (collatéral). Des opportunités spécifiques de remédier au problème sont présentées à propos de ces différentes lacunes.

L'article examine ensuite les façons dont le DIE pourrait pallier à certaines défaillances du DIH en ce qui concerne la protection de l'environnement en temps de conflit armé. Des questions demeurent cependant quant à l'applicabilité générale du DIE durant les hostilités et également quant à l'application de types particuliers de dispositions du DIE. Certains traités stipulent expressément s'ils restent ou non applicables en période de conflit armé (voir, par exemple, certaines dispositions de la Convention sur le patrimoine mondial²) ; d'autres ne font allusion que de manière indirecte à la question (Convention de Ramsar³, par exemple) ; enfin, d'autres traités (Convention sur la diversité biologique, notamment) restent muets sur ce point. Par ailleurs, plusieurs théories s'affrontent au sujet de la méthode la plus appropriée pour déterminer si, d'une part, le DIE continue ou non de s'appliquer en période de conflit armé et si, d'autre part, la réponse à cette question varie selon ce dont on parle, à

¹ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977, articles 35 (3) et 55 (1).

² Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, 16 novembre 1972, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1037, p. 151.

³ Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, 2 février 1971, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 996, p. 245.

savoir les accords multilatéraux sur l'environnement (AME), les principes de DIE ou, enfin, le droit international coutumier de l'environnement. Bien que variées, ces approches mettent en évidence que des opportunités existent bel et bien. Elles permettraient, d'une part, de compléter les dispositions existantes du DIH relatives à la protection de l'environnement dans les conflits armés et, d'autre part, de répondre à la question de savoir si, et dans quelle mesure, les normes, standards, approches et mécanismes du DIE peuvent être appliqués pour prévenir, engager ou évaluer la responsabilité en matière de dommages causés à l'environnement en période de conflit armé.

Droit international humanitaire : lacunes et opportunités

Tout conflit armé inflige à l'environnement, de manière directe et indirecte, des dommages qui peuvent mettre en péril la santé, les moyens d'existence et la sécurité de la population. Aux fins de prévenir ou de limiter ces risques, le DIH a incorporé des mesures fondamentales de protection de l'environnement dans le cadre juridique régissant les conflits armés.

Un certain nombre de juristes ont examiné de manière très détaillée la protection de l'environnement prévue en DIH⁴. Sans chercher à établir un catalogue de toutes les dispositions pertinentes de ce corpus juridique, l'analyse présentée ci-dessous met en évidence plusieurs lacunes et opportunités du DIH existant. Cette section inclut un bref historique de la formation du DIH, puis aborde les questions de seuil (PA I aux Conventions de Genève de 1949), les éléments de l'environnement en tant que biens de caractère civil et, enfin, la proportionnalité des dommages à l'environnement en tant que dommages incidents (collatéraux).

Conflits armés et environnement : bref historique de la formation du DIH

Le début des années 1970 a été marqué par deux développements importants. D'une part, la communauté internationale a commencé à s'intéresser sous un angle général à la question de la protection de l'environnement ; d'autre part, elle a sérieusement tenté de remédier aux déficiences de la protection juridique des victimes de conflit armé. L'un et l'autre de ces développements trouvent leur origine dans une scandalisation de l'opinion publique provoquée par plusieurs événements clés. Dans le domaine de l'environnement, le monde a connu à la fois des catastrophes écologiques telles que de graves marées noires et, par la suite, une large mobilisation de la société civile. Le droit international humanitaire, pour sa part, a été confronté à la guerre du Viet Nam, à la question de la protection des droits de l'homme dans les territoires occupés (et spécifiquement en Palestine) et, enfin, aux conflits armés survenus pendant la période de la décolonisation. L'opinion publique a suivi ces deux développements, mais son attention s'est focalisée sur un seul et même phénomène : les effets, en termes d'écologie et de santé publique, de la défoliation associée à l'emploi d'herbicides (notamment l'agent orange) pendant la guerre du Viet Nam.

⁴ Pour une recension du DIH régissant l'environnement en temps de conflit armé, voir Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis* (Protection de l'Environnement pendant les Conflits Armés : Inventaire et Analyse du Droit International), 2009 ; voir également Daniel Bodansky, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Berichte des Umweltbundesamts – Rapports de l'Agence fédérale allemande de l'environnement, N° 5/2003, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2003 ; Michael Bothe, « The Protection of the Environment During Armed Conflict », dans *German Yearbook of International Law*, Vol. 34, 1991 ; Jay E. Austin et Carl E. Bruch (éds), *The Environmental Consequences of War : Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Si, en ce qui concerne la formation du droit international de l'environnement, ce problème n'a été abordé que de manière marginale, il a été directement traité lors des conférences internationales ayant trait aux conflits armés, cela au grand désarroi de tous ceux qui défendaient des intérêts militaires. Ces forums internationaux ont notamment été constitués par le Comité de la Conférence du désarmement des Nations Unies (CCD, 1969-1978) et la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire (CDDH, Genève 1974-1977).

En 1976, le CCD a adopté la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (dite Convention ENMOD). Ce traité régleme l'utilisation de techniques de modification de l'environnement en tant que moyens de nuire à l'ennemi. La Convention ENMOD interdit spécifiquement les « techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves en tant que moyens de causer des destructions »⁵. Les travaux préparatoires du CCD indiquent la manière d'interpréter ces termes clés. L'adjectif « durables », par exemple, s'entend « d'une période de plusieurs mois, ou environ une saison »⁶.

Les questions les plus difficiles ont été examinées par le CDDH au moment des débats qui ont conduit à l'adoption de deux dispositions importantes de ce qui allait devenir le Protocole additionnel I (PA I). Tout d'abord, aux termes de l'article 35, paragraphe 3, « [i]l 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 ». Ensuite, l'article 55 du PA I stipule que « [l]a guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves ». Le même article spécifie en outre que 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 ».

Les personnes qui ont négocié et adopté ces dispositions avaient connaissance du texte du CCD⁷. En conséquence, les différences entre les textes ne sont pas dues à un simple oubli. Elles sont, au contraire, délibérées. Les trois conditions, ou le seuil, de l'interdiction énoncée dans le PA I sont cumulatives (reliées par la conjonction « et ») ; les conditions énoncées dans la Convention ENMOD sont, quant à elles, alternatives (reliées par la conjonction « ou »). De plus, les trois adjectifs qualifiant l'ampleur des dommages interdits revêtent un sens différent (au moins si l'on en croit l'histoire de la négociation de ces deux dispositions) en fonction du contexte dans lequel ils sont interprétés – celui du PA I ou celui de la Convention ENMOD. Au sein du comité de la Conférence compétent, chacun des trois adjectifs utilisés dans le contexte du PA I a fait l'objet de débats animés. En ce qui concerne l'élément temporel (durée), le rapport du comité précise :

[P]lusieurs représentants ont estimé que la période nécessaire pour que les dommages soient pris en considération (c'est-à-dire pour qu'ils soient durables) se mesurait en décennies. Certains représentants ont parlé de vingt ou trente ans comme étant la période

⁵ Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, 10 décembre 1976, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1108, p. 151, article 1.

⁶ Accords interprétatifs annexés au texte de la Convention ENMOD et figurant dans le rapport transmis par la Conférence du Comité du désarmement à l'Assemblée générale des Nations Unies en septembre 1976 (Rapport de la Conférence du Comité du désarmement, volume I, Assemblée générale, documents officiels : Trente et unième session, Supplément N° 27 (A/31/27)).

⁷ Voir Waldemar A. Solf, « Article 55 – Protection of the Natural Environment », dans Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict : Commentaries on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Nijhoff, The Hague et al., 1982, p. 347.

minimale ... [i] est impossible de définir avec certitude la période en question. Selon une opinion qui semblait assez généralement admise, les dommages causés aux champs de bataille par la guerre conventionnelle ne seraient pas normalement interdits par cette disposition⁸.

Cette définition diffère radicalement de celle qui avait été acceptée lors des travaux préparatoires de la Convention ENMOD (voir ci-dessus). Les négociateurs du PA I ont considéré que dans la pratique, ces dispositions n'imposeraient aucune limitation importante aux combattants livrant une guerre conventionnelle⁹. De fait, cela pourrait laisser une marge pour une éventuelle application aux guerres biologique et chimique. S'agissant, toutefois de la guerre nucléaire, la plupart des pays de l'OTAN prétendent que le PA I ne s'applique pas¹⁰ ; deux États au moins – les États-Unis et le Royaume-Uni – contestent l'argument selon lequel ces deux dispositions constituent du droit coutumier¹¹. Cette situation n'a jamais été considérée comme satisfaisante par la communauté environnementaliste.

En conséquence, un débat s'est engagé sur l'opportunité (ou la nécessité) d'un développement ultérieur du droit. Un certain nombre d'événements – principalement les cas de pollution des mers par les hydrocarbures, durant les guerres du Golfe de 1980-1988 et 1990-1991 – ont entretenu le débat public sur cette question. Des voix se sont élevées, par exemple, pour réclamer un nouveau droit international – une « cinquième Convention de Genève ». Ces efforts se sont néanmoins heurtés à une résistance considérable de la part des grandes puissances militaires. Les efforts déployés en vue de l'adoption de nouveaux instruments ont abouti à un seul résultat tangible : les « Directives sur la protection de l'environnement en période de conflit armé », élaborées par le CICR et publiées en 1994¹². Ces directives, toutefois, n'ont constitué aucune avancée significative sur la voie d'une meilleure protection de l'environnement dans les conflits armés ; de fait, même ce modeste document s'est heurté à une réception quelque peu hostile de la part de l'ONU. L'Assemblée générale des Nations Unies l'a poliment enterré en 1994¹³.

L'étape suivante fut, en 1998, l'adoption du Statut de Rome¹⁴, établissant la Cour pénale internationale (CPI). Dans sa définition des crimes de guerre, le Statut de Rome contient une disposition protégeant l'environnement en période de conflit armé international :

Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, ou des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et

⁸ Actes XV, p. 277, CDDH/215/Rec. 1, para. 27.

⁹ W. A. Solf, *op. cit.*, note 7, p. 348.

¹⁰ États-Unis, déclaration formulée lors de la signature : « Les États-Unis d'Amérique considèrent que les règles instituées par ce Protocole ne visent pas ... l'utilisation d'armes nucléaires et ne réglementent ni n'interdisent cette utilisation ». (Original anglais, traduction reprise du Recueil des Traités des Nations Unies, Vol. 1125, p. 434). Royaume-Uni, déclaration formulée lors de la ratification : « Le Royaume-Uni considère que les règles instituées par ce Protocole s'appliquent exclusivement aux armes conventionnelles, sans préjudice de toute autre règle de droit international applicable à d'autres types d'armes. En particulier, les règles ainsi instituées ne visent pas l'utilisation des armes nucléaires, et ne réglementent ni n'interdisent cette utilisation » (traduction CICR).

¹¹ Pour les références, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit coutumier international humanitaire*, CICR, 2005, Vol. I, pp. 190 et suivantes.

¹² CICR, *Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé*, 1994.

¹³ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 49/50 du 9 décembre 1994 ; pour un commentaire, voir Michael Bothe, "Military Activities and the Protection of the Environment", dans *Environmental Policy and Law*, Vol. 37, N° 2-3, 2007, p. 234.

¹⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) du 17 juillet 1998, doc. Nations Unies A/CONF.138/9.

graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu¹⁵.

Cette disposition est proche, mais non identique, aux trois dispositions pertinentes du PA I. Ces dernières incluent, d'une part, l'article 51 (5) (b) du PA I, interdisant les attaques qui causent incidemment des dommages « excessifs » aux civils ou aux biens de caractère civil et, d'autre part, les deux dispositions concernant l'environnement qui ont été citées plus haut (articles 35(3) et 55 du PA I).

Pour mesurer l'importance de la clause contenue dans le Statut de Rome, il convient de se souvenir que le droit pénal contient des normes secondaires qui, de fait, constituent des moyens de faire respecter une obligation primaire (les normes secondaires ne sont donc pas nécessairement identiques aux obligations primaires). Alors qu'une disposition de droit pénal international présuppose une norme primaire interdisant le comportement qui constitue un crime, le non-respect de nombre d'obligations primaires n'entraîne pas des sanctions pénales. En conséquence, une disposition plus étroite de droit pénal relative aux dommages causés à l'environnement en période de conflit armé (tenant des individus personnellement et pénalement responsables) ne modifie pas l'obligation primaire sous-jacente, imposée aux États par le droit international existant, de prévenir une gamme plus large de dommages à l'environnement.

Du fait des contours peu clairs des obligations conventionnelles visant à éviter de causer des dommages à l'environnement en temps de conflit armé, plusieurs questions se posent. Elles concernent à la fois la protection de l'environnement en droit coutumier humanitaire et la manière dont cette question est traitée dans l'Étude sur le droit international humanitaire coutumier, publiée par le CICR en 2005¹⁶. L'Étude affirme en effet qu'une version simplifiée des dispositions du PA I et de la Convention ENMOD constitue du droit coutumier et que « [l]'utilisation de méthodes ou de moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel est interdite. La destruction de l'environnement naturel ne peut pas être employée comme une arme »¹⁷.

Un réel progrès apparaît dans une autre règle énoncée dans l'Étude. La règle 44 stipule que « [l]es 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 »¹⁸. En outre, « 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 »¹⁹.

Cette règle utilise une variante de la règle générale de DIH selon laquelle des « mesures de précaution » doivent être prises pour épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil²⁰. La dernière phrase de la règle 44 constitue toutefois une application du principe de précaution, bien établi en DIE, à l'obligation de prendre des précautions en temps de conflit armé. Or, dans ce dernier contexte, cela équivaut à une révolution. L'Étude cite une pratique limitée des États à l'appui de cette règle. La plus grande part de l'appui mentionné réside dans le libellé de deux arrêts de la Cour internationale de Justice (CIJ), à savoir l'ordonnance rendue en 1995 dans l'Affaire des essais nucléaires et

¹⁵ *Ibid.*, article 8 (2) (b) (iv).

¹⁶ J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 11.

¹⁷ *Ibid.*, règle 45.

¹⁸ *Ibid.*, règle 44.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ PA I, article 57.

l'avis consultatif de 1996 sur les armes nucléaires²¹. L'Étude argue en effet que la reconnaissance du principe de précaution en tant que droit international coutumier de l'environnement doit être reflétée dans le droit des conflits armés.

Le principe du « respect dû à l'environnement naturel » énoncé dans la règle 44 paraît être bien accepté. D'ailleurs, deux réaffirmations (de caractère privé, mais semi-officiel) des règles pertinentes viennent le confirmer. D'une part, le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer (1994) stipule que « [I]es méthodes et moyens de guerre doivent être utilisés en tenant dûment compte de l'environnement naturel ... »²². D'autre part, le Manuel du HPCR sur le droit international applicable à la guerre aérienne et aux missiles (2009) formule des règles allant dans le même sens que celles du Manuel de San Remo. Il stipule que la destruction arbitraire de l'environnement naturel est interdite²³. Il demande également instamment que, lors de la planification et de la conduite d'opérations aériennes et spatiales, il soit dûment tenu compte de l'environnement naturel²⁴.

De l'avis des auteurs du présent article, comparés aux dispositions du PA I, l'interdiction de la destruction « arbitraire » d'éléments de l'environnement naturel et le principe du « respect dû à l'environnement » sont à la fois plus favorables pour l'environnement et plus souples.

Le Protocole additionnel I et la question du « seuil »

Comme cela a déjà été vu, le problème crucial soulevé par le PA I réside dans la signification des trois conditions attachées à l'interdiction de causer à l'environnement des dommages « durables, étendus et graves »²⁵. La portée étroite de l'interdiction est due à la fois au caractère cumulatif des trois conditions et à leur interprétation. De fait, le seuil est ainsi fixé très haut, mais aussi avec une certaine ambiguïté. Pour le moins, lorsque le seuil est interprété à la lumière de l'historique des négociations²⁶, il semble quasiment impossible qu'il puisse être atteint dans le cadre d'une guerre conventionnelle. Pour ce qui est de la guerre chimique, le seul cas pratique connu jusqu'ici (l'utilisation d'herbicides au Viet Nam) fait naître certains doutes. Si le fait de subsister pendant plusieurs décennies constitue l'aune à laquelle se mesurent les dommages « durables », le seuil pourrait ne pas avoir été atteint au Viet Nam. La nature a en effet « repris ses droits » dans une grande partie, sinon la totalité, du pays. Néanmoins, les effets des dommages causés à la santé humaine sont encore ressentis et ils toucheront possiblement encore plusieurs générations.

Il n'est pas sûr que l'interprétation ci-dessus soit généralement acceptée de nos jours. Il est néanmoins possible d'affirmer, sans craindre de se tromper, que les Parties au traité voulaient établir un seuil très élevé. Les ressources naturelles et l'environnement sont

²¹ CIJ, *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Ordonnance du 22 septembre 1995, *CIJ Recueil* 1995 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil* 1996.

²² Règle 44, Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer. Texte reproduit dans : Dietrich Schindler et Jiří Toman (éd.), *Droit des Conflits armés – Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 1211.

²³ Harvard University, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR), *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Berne, 2009, règle 88.

²⁴ *Ibid.*, règle 89.

²⁵ PA I, articles 35(3) et 55(1).

²⁶ Voir W. A. Solf, *op. cit.*, note 7, p. 348 ; Actes XV, p. 277, CDDH/215/Rec. 1, para. 27.

essentiels pour la consolidation de la paix après un conflit²⁷. Or, des dommages importants infligés à l'environnement sont de nature à saper les efforts visant à assurer des moyens d'existence à la population, favoriser la reprise économique et permettre à la société de revenir à un mode de vie « normal » de temps de paix. Un régime trop permissif vis-à-vis des dommages causés à l'environnement en période de conflit armé risquerait donc d'affaiblir les chances de voir s'instaurer une paix durable.

Au vu de la prise en compte croissante des considérations environnementales dans les relations internationales, il y a lieu de se demander si ce seuil élevé est encore valable aujourd'hui ou s'il est tombé en désuétude²⁸. Le débat est ouvert et son issue incertaine.

Nous en arrivons ainsi à la première lacune du DIH, que nous définirons de la manière suivante : la situation juridique est très insatisfaisante du point de vue de l'environnement et cela pour deux raisons. Tout d'abord, les conditions attachées à l'interdiction énoncée aux articles 35 et 55 du PA I sont excessivement restrictives, ce qui rend cette interdiction bien trop étroite du point de vue de l'environnement. Ensuite, sa portée exacte demeurant incertaine, l'interdiction est difficile à mettre en œuvre et à faire respecter.

À cette première lacune correspond néanmoins l'opportunité numéro un. En effet, une forme alternative de protection juridique de l'environnement en période de conflit armé apparaît dans un certain nombre de documents prétendant refléter le droit coutumier, à savoir, le principe du « respect dû à l'environnement naturel pendant les opérations militaires », d'une part, et l'interdiction des destructions « arbitraires », d'autre part. La question de savoir si, et comment, ce point peut être clarifié demeure ouverte.

Les éléments de l'environnement en tant que biens de caractère civil

Les éléments de l'environnement sont, pour la plupart, des biens de caractère civil : à ce titre, ils sont protégés contre les attaques et les conditions restrictives énoncées aux articles 35 et 55 du PA I ne s'appliquent pas. Cette protection est néanmoins précaire, les éléments de l'environnement pouvant facilement devenir des objectifs militaires. Une fois que des forces armées se trouvent à l'intérieur d'une zone protégée, cette zone est susceptible de contribuer effectivement à l'action militaire. Sa neutralisation est donc susceptible d'offrir un avantage militaire précis. La zone se transforme ainsi en objectif militaire. Dans le cas de l'utilisation d'herbicide au Viet Nam, les arbres permettaient à l'ennemi de se mettre à couvert ; leur défoliation offrait donc un avantage militaire précis. Les arbres – ou, plus précisément, leur feuillage – étaient ainsi devenus des objectifs militaires.

Cela nous amène à la deuxième lacune du DIH, qui peut s'énoncer ainsi : les éléments de l'environnement sont bien trop susceptibles de devenir des objectifs militaires, ce qui rend caduques les protections dont ils bénéficient en tant que biens de caractère civil. En théorie, les articles 35 et 55 du PA I pourraient limiter l'ampleur des destructions de l'environnement, mais cela nous ramène à la première lacune.

À la deuxième lacune, correspond l'opportunité numéro deux : la transformation des éléments de l'environnement en objectifs militaires doit être prévenue. Comment cela peut-il être réalisé ? Les articles 59 et 60 du PA I (localités non défendues et zones démilitarisées) pourraient servir de modèle. En effet, étant donné qu'il n'y a aucune présence militaire dans ces zones, ce ne sont pas, ou ne sont plus, des objectifs militaires. Ces zones bénéficient donc de l'immunité contre les attaques. De la même manière, des zones sensibles sur le plan

²⁷ Carl E. Bruch *et al.*, « Post-Conflict Peace Building and Natural Resources », dans Ole Kristian Fauchald, David Hunter et Wang Xi (éds), *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 19, 2008, Oxford University Press, 2009.

²⁸ Le terme « désuétude » est utilisé, en langage juridique, pour signifier l'extinction de la force obligatoire d'une règle de droit par non-application prolongée.

écologique peuvent bénéficier de l'immunité contre les attaques en excluant toute présence militaire. Cependant, en l'absence d'un traité à cet effet, une telle immunité ne peut pas être conférée par voie de déclaration unilatérale. La conclusion d'un nouveau traité est-elle possible ? Elle est très improbable, du moins dans un avenir proche, mais les Parties engagées dans un conflit peuvent parvenir au même résultat par voie d'accord mutuel, en recourant par exemple à la médiation du CICR, de l'ONU ou d'une organisation de défense de l'environnement pertinente²⁹. Une organisation internationale pourrait demander aux Parties de conclure ce type d'accord. Enfin, le Conseil de sécurité des Nations Unies, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont dévolus au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, pourrait désigner de telles zones protégées et obliger les Parties à conclure de tels accords.

Les dommages à l'environnement en tant que dommages collatéraux – la question de la proportionnalité

L'environnement est susceptible de subir indirectement des dommages lors d'attaques lancées contre des objectifs militaires. C'est le cas lors de pollution maritime par les hydrocarbures (si la cible directe est un objectif militaire) ou de la pollution causée par des attaques contre des installations industrielles. En de telles circonstances, les éléments de l'environnement qui sont affectés constituent des biens de caractère civil. Les dommages qui leur sont causés seraient donc « incidents », ce qui n'est admissible que dans la mesure où ils ne sont pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct qui est attendu de l'attaque. Un certain nombre de questions difficiles se posent alors.

En règle générale, des incertitudes existent quant aux effets sur l'environnement des dommages infligés de façon incidente. Quant un tel dommage survient en dehors d'un objectif militaire attaqué (dans le cas, par exemple, d'une marée noire provoquée par la destruction d'une centrale électrique située à proximité des côtes), il importe tout d'abord d'évaluer l'ampleur des dommages subis par l'environnement, ce qui peut être assez difficile. Pour évaluer le dommage causé par l'attaque, il est nécessaire de déterminer non seulement l'étendue de la pollution et du préjudice causé après l'attaque, mais aussi le niveau de pollution préexistante ainsi que ses effets. Il existe également une incertitude quant à la prédiction de dommages durables³⁰.

Supposons qu'il soit possible de clarifier les faits pertinents en ce qui concerne le dommage, quel est le critère juridique de la proportionnalité ? La question est déjà difficile dans le cas de simples dommages physiques. Elle le devient bien plus encore dans le cas de dommages infligés à l'environnement, en particulier s'ils sont durables. Le principe de précaution est-il pertinent quand il s'agit de déterminer le poids relatif des valeurs environnementales dans ce que l'on nomme l'équation de proportionnalité ? En d'autres termes, un dommage causé à l'environnement peut-il être « excessif » au sens de l'article 51 du PA I, même si la pleine étendue et la nature du dommage ne sont pas certains ?

Si un élément de l'environnement fait l'objet d'une attaque licite parce qu'il constitue un objectif militaire, des dommages durables pourraient être causés à l'environnement, allant au-delà de la destruction elle-même. Les articles 35 et 55 du PA I constituent-ils la *lex specialis* quand il s'agit de déterminer la légalité de ces dommages durables (qui

²⁹ Des groupes de travail informels de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) préconisent cette solution depuis plusieurs années. Elle figure désormais dans une déclaration officielle du CICR, *Le renforcement de la protection juridique des victimes des conflits armés : Étude du CICR sur l'état actuel du droit international humanitaire*, Allocution de M. Jakob Kellenberger, président du CICR, 21 septembre 2010, disponible sur : <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/ihl-development-statement-210910?opendocument> (dernière consultation le 10 décembre 2010).

³⁰ Voir, par exemple, Asit Biswas, « Scientific assessment of the long-term environmental consequences of war », dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 4.

échapperaient ainsi à la nécessité de se soumettre au principe de proportionnalité) ? Ou, inversement, ces dommages durables sont-ils une forme de dommages « collatéraux » qui, en ce cas, seraient soumis au critère juridique de la proportionnalité ?

Nous en arrivons ainsi à la troisième lacune : il existe un manque de clarté quant aux problèmes pratiques posés par la proportionnalité quand les dommages à l'environnement sont provoqués de manière incidente lors d'attaques contre des objectifs militaires.

De fait, la troisième opportunité – consistant à clarifier la question de la proportionnalité – résulte des problèmes qui se posent. Un nouveau traité, même s'il était jugé politiquement possible, aurait peu de chances d'apporter des solutions, au moins pour ce qui est des problèmes de fond. Il semble difficile (sinon impossible) de fournir une solution d'ordre général, s'appliquant à toutes les situations possibles de dommages causés à l'environnement de manière incidente. Il pourrait cependant être utile de disposer de règles générales destinées à l'évaluation des dommages environnementaux. De telles règles pourraient être établies par voie de résolutions adoptées par les organisations internationales pertinentes. Pour ce qui est des questions de fond, la meilleure solution serait probablement que des groupes d'experts analysent les scénarios typiques et élaborent un ensemble de critères permettant de déterminer la proportionnalité.

Conclusions concernant le droit international humanitaire

Les dispositions du DIH relatives à la protection de l'environnement dans les conflits armés constituent un ensemble de règles – de droit conventionnel et de droit coutumier – souffrant de graves lacunes et déficiences.

Premièrement, les principales dispositions censées protéger directement l'environnement dans les conflits armés – à savoir, les articles 35 et 55 du PA I – ne confèrent pas une protection adéquate parce que le seuil des dommages « étendus, durables et graves » est à la fois imprécis et difficile à atteindre. De fait, cela permet de prétendre qu'une grande part des atteintes graves à l'environnement se trouvent hors du champ d'application des protections actuellement en vigueur. Des définitions claires et plus appropriées sont donc requises.

Deuxièmement, peu de normes de DIH traitant explicitement de la protection de l'environnement. Il est donc possible que des moyens indirects offrent une protection plus efficace en réglementant les méthodes et moyens de guerre ou en protégeant les personnes civiles et les biens de caractère civil. Néanmoins, la lacune, ici, tient au fait que les éléments de l'environnement sont susceptibles de devenir des objectifs militaires, ce qui nous ramène à la lacune numéro un. Ce problème pourrait être résolu en utilisant les articles 59 et 60 du PA I (localités non défendues et zones démilitarisées), en tant que modèles dans le but de conférer une immunité aux zones sensibles sur le plan écologique.

Troisièmement, il existe un manque de clarté quant aux dommages causés de manière incidente aux biens de caractère civil par suite d'attaques lancées contre des objectifs militaires. La lacune, ici, tient au manque de clarté quant aux problèmes pratiques de proportionnalité lorsque les dommages environnementaux sont des dommages incidents, causés par des attaques contre des objectifs militaires.

Il existe d'autres déficiences dans le DIH existant³¹. Elles tiennent, par exemple, à l'ambiguïté de certaines dispositions du DIH régissant la protection de l'environnement en période de conflit armé non international³². De telles incertitudes sont problématiques, étant donné le caractère non international de la grande majorité des conflits armés actuels.

³¹ Voir généralement PNUE, *op. cit.*, note 4.

³² Une réponse différente est donnée par J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 11, Vol. I, pp. 148 et suivantes, pp. 156 et suivantes.

Application du droit international de l'environnement en période de conflit armé³³

Les importantes lacunes et déficiences du DIH en matière de protection de l'environnement dans les conflits armés amènent à se poser la question suivante : certaines de ces insuffisances pourraient-elles être corrigées par le biais de l'application du DIE ? De fait, le DIE présente un ensemble bien établi de normes, standards, approches et mécanismes destinés à prévenir et à réparer – y compris en invoquant la responsabilité et, de plus en plus, la responsabilité civile – les dommages causés à l'environnement en temps de paix. L'élaboration, la maturation et l'application d'un important corpus de droit régissant l'utilisation et la protection de l'environnement naturel amènent à se demander si, et dans quelle mesure, ces dispositions du DIE continuent de s'appliquer en période de conflit armé et si, d'autre part, elles confèrent une protection valable contre les risques spécifiques de la guerre. Un exemple à prendre en considération réside dans les règles de DIE protégeant certaines ressources naturelles. Il convient d'évaluer leur capacité à limiter le gaspillage et les destructions causés par la guerre. Un autre exemple réside dans les règles qui interdisent de causer des types spécifiques de dommages environnementaux. Pour reprendre un exemple utilisé plus haut, si une centrale électrique est détruite pendant une guerre ou un autre type d'opération militaire (comme cela s'est produit à Jiyeh, au Liban, en 2006), la marée noire ainsi provoquée devrait-elle déclencher, en vue de l'intervention et du nettoyage requis, soit un mécanisme institutionnel soit un appel en responsabilité civile ?³⁴ La Convention sur le patrimoine mondial, qui protège les sites du patrimoine culturel et naturel³⁵, interdirait-elle qu'au cours d'activités militaires un site du patrimoine mondial soit pris pour cible ou qu'un dommage étendu soit causé à un tel site ?

Les questions relatives à l'application du DIE en période de conflit armé sont compliquées, cela pour deux raisons principales. Premièrement, le droit de l'environnement est dynamique et il ne cesse de se développer ; deuxièmement, cette évolution fait partie du phénomène général de fragmentation du droit international. Une nouvelle question s'ensuit : quelle est, en cas de chevauchement de leurs champs d'application, la relation entre différents régimes ou corpus du droit international ? Les travaux de juristes et les commentaires offrent plusieurs manières d'aborder la question de savoir si le DIE s'applique ou non en période de conflit armé. Depuis les années 1990, un changement notable est survenu dans la croyance historique, voulant que des branches du droit applicables - l'une en temps de guerre, l'autre en temps de paix - s'excluent mutuellement. Les conceptions contemporaines rapprochent de plus en plus les deux branches de droit, appliquant (à des degrés divers) le droit international du temps de paix lors d'un conflit armé. Néanmoins, lorsque l'une et l'autre branches de droit

³³ La présente section est basée sur les travaux des auteurs dans le cadre l'analyse réalisée pour le PNUE, *op. cit.*, note 4.

³⁴ Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 18 décembre 1971, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1110, p. 57, et Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 29 novembre 1969, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 973, p. 3. Ces deux traités ne s'appliquent qu'aux dommages dus à la pollution par les hydrocarbures provenant de navires. À Jiyeh, au Liban, une assistance a été fournie conformément au Protocole relatif à la coopération en matière de prévention de la pollution par les navires et, en cas de situation critique, de lutte contre la pollution de la mer Méditerranée (Protocole d'urgence), Barcelone, 16 février 1976.

³⁵ Une autre question mériterait aussi d'être examinée dans ce contexte : la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (14 mai 1954, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 249, p. 215) offre-t-elle une protection plus appropriée dans les cas où les « sites du patrimoine » sont en même temps des biens culturels ?

s'appliquent simultanément, la question de la relation entre elles (par exemple *lex specialis*) doit également recevoir une réponse.

Ce développement est clairement documenté dans les travaux de la Commission du droit international. En 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé la proposition de la Commission visant à inclure, dans son programme à long terme, des travaux sur les « effets des conflits armés sur les traités ». En 2008, ces travaux ont débouché sur un ensemble de projets d'articles qui tentent de régler l'applicabilité des traités en période de conflit armé³⁶. Ces projets d'articles stipulent que « le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités, ni la suspension de leur application » entre les États Parties au conflit armé ou entre un État Partie au conflit armé et un État tiers³⁷. L'extinction d'un traité ou la suspension de son application dépendent en fait d'un ensemble complexe de considérations différentes : dispositions expresses et objet du traité, interprétation du traité au sens des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT) du 23 mai 1969, nature et ampleur du conflit armé et, enfin, effet du conflit armé sur le traité³⁸. Ce que cela signifie dans la pratique doit être établi au cas par cas.

La section qui suit présente un survol et une analyse du droit et des commentaires concernant l'applicabilité du DIE en période de conflit armé. Elle s'articule autour de trois principaux thèmes : premièrement, les accords multilatéraux sur l'environnement (AME) qui pourraient être appliqués ; deuxièmement, le droit international coutumier de l'environnement et les instruments juridiques non contraignants (*soft law*) qui pourraient être appliqués ; troisièmement, les commentaires juridiques relatifs à l'applicabilité de ces deux branches du DIE en période de conflit armé.

Accords multilatéraux sur l'environnement (AME)

Avant d'aborder la question de savoir si, et dans quelle mesure, les AME continuent de protéger l'environnement en période de conflit armé, il convient d'établir une distinction fondamentale (qui constitue d'ailleurs elle-même un problème fondamental). En règle générale, le droit applicable en temps de paix s'applique entre les États belligérants et les États tiers (plus généralement, les États non parties à un conflit armé). Cela signifie que, sur le plan du principe, tout au moins, un AME doit continuer de s'appliquer pendant un conflit armé au moins dans les relations entre les parties au conflit et les États non-parties. Dans cette perspective, l'application continue d'un AME pendant un conflit armé ne constitue un problème que dans la relation entre les belligérants. En outre, et en suivant cette même logique, l'existence d'un conflit armé non international se déroulant sur le territoire d'un État Partie à un AME ne saurait affecter l'application du traité entre les États Parties. La situation n'est toutefois pas aussi simple que cela. La question fondamentale qui doit être posée (et doit recevoir une réponse !) est la suivante : peut-on attendre d'un État impliqué dans un conflit armé – de caractère international ou non international – qu'il s'acquitte de ses obligations internationales de la même manière que si le conflit n'existait pas ? La clause de sauvegarde

³⁶ Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 59^{ème} session, 7 mai-5 juin et 9 juillet-10 août 2007, para. 266-324, AGNU Sup. A/62/10 ; Commission du droit international, *Effets des conflits armés sur les traités*, doc. Nations Unies A/CN.4/L.727/Rec.1, 6 juin 2008 ; Commission du droit international, *Effets des conflits armés sur les traités*, Addendum, doc. Nations Unies A/CN.4/L.727/Rec.1/Add.1, 11 juillet 2008. Les projets d'articles ont été adoptés provisoirement et diffusés auprès des États pour commentaires et observations, à soumettre avant janvier 2010. Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, 60^e session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008, para. 14, AGNU Sup. A/63/10.

³⁷ *Ibid.*, Effets des conflits armés sur les traités, 6 juin 2008, article 3.

³⁸ *Ibid.*, article 4.

*clausula rebus sic stantibus*³⁹ et la nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité⁴⁰ sont susceptibles de modifier la relation entre les parties et les non-parties à un conflit armé par rapport à celle qui régit en temps de paix. Certes, la distinction de base entre la relation entre belligérants et la relation entre belligérants et non-belligérants doit être maintenue ; néanmoins, il convient d'examiner de plus près la portée de cette distinction, en tenant compte du contenu essentiel des AME pertinents.

La manière dont les instruments de DIE traitent la question de leur applicabilité en temps de conflit armé varie considérablement. Certains AME prévoient (directement ou indirectement) leur application continue durant les hostilités ; d'autres stipulent spécifiquement qu'ils sont automatiquement suspendus, interrompus ou inapplicables dès le déclenchement d'un conflit armé ; d'autres restent muets sur ce point. Malheureusement, la plupart des AME appartiennent à la troisième catégorie. Une incertitude importante persiste donc⁴¹.

Un AME peut parfois prévoir indirectement qu'il continue de s'appliquer en période de conflit armé. En vertu de la Convention sur le patrimoine mondial, le Comité du Patrimoine mondial établit et tient à jour la « Liste du patrimoine mondial », qui recense les biens du patrimoine culturel et du patrimoine naturel ayant une « valeur universelle exceptionnelle »⁴². L'inclusion sur cette liste ne peut se faire sans le consentement de l'État concerné. En outre, le Comité tient à jour une « Liste du patrimoine mondial en péril » qui inclut les sites dont la sauvegarde nécessite « de grands travaux », pour lesquels une assistance est demandée et qui sont « menacés de dangers graves et précis ». Parmi les dangers graves et précis figure « un conflit armé venant ou menaçant d'éclater plus tard »⁴³.

Un autre exemple se trouve dans la Convention de Ramsar, qui établit une « Liste des zones humides d'importance internationale »⁴⁴. La Convention ne dit pas expressément si elle s'applique ou non aux belligérants ; néanmoins, il peut être déduit du libellé de la Convention qu'une Partie à ce traité a le droit, « pour des raisons urgentes d'intérêt national » de retirer ou de restreindre une zone humide inscrite sur la liste⁴⁵. Il est possible, bien que cela ne soit pas dit clairement, qu'un conflit armé constitue l'une des « raisons urgentes d'intérêt national »⁴⁶. Il convient de noter que les raisons urgentes d'intérêt national n'autorisent pas une Partie à

³⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, article 62.

⁴⁰ Commission du droit international, « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », dans *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, deuxième partie, 2001, pp. 32 et suivantes, article 25.

⁴¹ Il ne servirait à rien d'invoquer la *lex specialis*. D'une part, il peut être argué que le DIH est la *lex specialis*, puisqu'il est spécifiquement destiné à régir les situations de conflit armé. D'autre part, il peut être avancé avec au moins autant de véhémence que le DIE est la *lex specialis*, puisqu'il contient des dispositions bien plus élaborées ayant trait à l'environnement (alors que le DIH n'aborde cette question que sur le plan général).

⁴² Convention sur le patrimoine mondial, article 11(2).

⁴³ *Ibid.*, article 11(4).

⁴⁴ Convention de Ramsar, article 2.

⁴⁵ *Ibid.*, article 3. L'article 4 de la Convention de Ramsar prévoit ensuite que lorsque, pour des « raisons urgentes d'intérêt national », une Partie retire ou restreint l'une de ces zones, elle devrait compenser autant que possible cette perte de ressources en zones humides.

⁴⁶ Voir par exemple Alice Louise Bunker, « Protection of the Environment During Armed Conflict : One Gulf, Two Wars », dans *Review of European Community & International Environmental Law (RECIEL)*, Vol. 13, N° 2, 2004, p. 211 : Nous avons vu que bien que les traités environnementaux soient applicables aux situations de conflit armé, leurs dispositions sont souvent trop flexibles et trop ambiguës pour que les commandants sur le champ de bataille puissent en tirer des conseils utiles, ou pour que ces traités soient respectés après les affrontements. Le seul domaine du droit de l'environnement dans lequel il en va peut-être différemment réside dans la protection des zones revêtant une importance spéciale (sites du patrimoine mondial ou zones humides de la Convention de Ramsar). Il est clair qu'une zone définie en tant que zone protégée devrait être épargnée ; de plus, les protections du temps de paix peuvent être plus facilement liées à l'activité en temps de guerre, comme le laisse entendre le projet de Convention de l'UICN sur l'interdiction des activités militaires dans les aires protégées (traduction CICR).

restreindre les mesures de protection relatives à une zone humide figurant sur la Liste ; elle peut seulement en modifier les limites. La question qui se pose ensuite est de savoir si l'utilisation de la zone à des fins militaires constitue une violation des devoirs de protection établis par la Convention.

De la même façon, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CDM)⁴⁷ fait aux États Parties l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin, et de prendre des mesures visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution des milieux marins⁴⁸. L'article 236 de la CDM, néanmoins, établit que « [I]es dispositions de la Convention relatives à la protection et à la préservation du milieu marin ne s'appliquent ni aux navires de guerre ou navires auxiliaires, ni aux autres navires ou aux aéronefs appartenant à un État ou exploités par lui lorsque celui-ci les utilise, au moment considéré, exclusivement à des fins de service public non commerciales ». Les Parties sont ensuite appelées à prendre « les mesures appropriées n'affectant pas les opérations ou la capacité opérationnelle des navires ou aéronefs lui appartenant ou exploités par lui de façon à ce que ceux-ci agissent, autant que faire se peut, d'une manière compatible avec la Convention »⁴⁹. Bien que les normes appliquées aux navires et aéronefs varient selon qu'ils sont ou non utilisés à des fins militaires, la CDM peut continuer de s'appliquer en période de conflit armé⁵⁰. Des exigences plus spécifiques sont formulées dans le Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer⁵¹. L'article 44 du Manuel stipule en effet que « [I]es dommages et les actes de destruction de l'environnement naturel que ne justifient pas les nécessités militaires et qui sont entrepris arbitrairement sont interdits ». Le Manuel prévoit également que, si des actions hostiles sont menées dans la zone économique exclusive d'un État neutre, les États belligérants doivent « prendre dûment en compte les droits et les devoirs de l'État côtier, entre autres, pour ... la protection et la préservation de l'environnement marin »⁵².

En revanche, certains AME prévoient explicitement qu'en période de conflit armé, l'accord entre les belligérants sera suspendu, ou qu'il y sera dérogé ou mis fin. Par exemple, la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (1960) exonère les exploitants de toute responsabilité en cas de dommages résultant directement d'un conflit armé ou d'une situation similaire⁵³. L'Autriche et l'Allemagne ont toutefois fait objection à cette disposition et formulé une réserve⁵⁴. Cela équivaut au principe établi du droit des assurances selon lequel l'assurance contre les pertes ne couvre pas les dommages de

⁴⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CDM), 10 décembre 1982, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1833, p. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, articles 192 et 194 ; voir également les articles 207, 208 et 212.

⁴⁹ *Ibid.*, article 236.

⁵⁰ Voir par exemple Michael N. Schmitt, « Green war : An assessment of the environment law of international armed conflict », dans *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, N° 1, 1997, pp. 47-49, à propos des protections potentielles que la CDM peut conférer en période de conflit armé. Voir aussi Silja Vöneky, « Peacetime Environment Law as a basis of state responsibility for environmental damage caused by war » dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 4, p. 207. Selon l'auteur, étant donné que la CDM crée un « régime objectif » et vise à « servir les intérêts de la communauté des États dans son ensemble », elle continue de s'appliquer en période de conflit armé.

⁵¹ Manuel de San Remo, *op. cit.*, note 22.

⁵² *Ibid.*, article 34. Si des mines sont mises en place dans la zone économique exclusive d'un État neutre, le belligérant doit le notifier à l'État neutre et « la protection et la préservation de l'environnement marin doivent également être prises dûment en compte », *ibid.*, article 35.

⁵³ Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, article 9, 29 juillet 1960, *amendée* le 28 janvier 1964, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 956, p. 264.

⁵⁴ *Ibid.*, Annexe I, para. 4. « ... droit de prévoir, en ce qui concerne les accidents nucléaires ..., que l'exploitant est responsable des dommages causés par un accident nucléaire »

guerre. Vue sous cet angle, la règle s'appliquerait non seulement à la relation entre belligérants, mais aussi à la relation entre belligérants et non-belligérants.

Beaucoup de AME ne contiennent aucune référence à leur applicabilité en période de conflit armé. Au nombre de ces accords figurent à la fois la Convention sur la diversité biologique (1992), la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (1994) et, enfin, la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (1979)⁵⁵. Les effets du mutisme de ces Conventions à ce propos sont incertains, d'autant plus qu'il en va peut-être différemment selon l'une ou l'autre d'entre elles. Par exemple, les commentateurs ont posé en principe que la Convention sur la diversité biologique s'appliquait aux Parties belligérantes, puisque ce traité est comparable aux traités relatifs aux droits de l'homme qui ne prennent pas automatiquement fin quand des hostilités éclatent⁵⁶. Cette ambiguïté soulève des questions sur la manière dont les Parties devraient agir. Par exemple, les belligérants devraient-ils se mettre d'accord sur des sites à déclarer hors limites⁵⁷ ? Autre question : les entités militaires devraient-elles, d'une part, être instruites des principes qui sous-tendent les AME et, d'autre part, recevoir l'ordre de s'y conformer dans toute la mesure du possible ?

Le droit international coutumier de l'environnement et les instruments juridiquement non contraignants (*soft law*)

Certains instruments juridiques non contraignants (*soft law*) font explicitement référence aux situations de conflit armé. D'autres principes et instruments normatifs non obligatoires du DIE sont susceptibles de s'appliquer, bien qu'il n'y soit pas directement fait mention des conflits armés. Ce que l'on nomme les « instruments de *soft law* » ne sont pas juridiquement contraignants, sauf s'ils s'élèvent au niveau du DIE coutumier. À titre d'exemple, on mentionnera les arguments cherchant à établir si le principe de précaution et le droit à un environnement sain constituent déjà – ou s'apprêtent à devenir – du DIE coutumier⁵⁸. Même si un instrument de *soft law* est considéré comme ne constituant pas du DIE coutumier, il peut quand même éclairer l'interprétation et l'application du droit international.

La Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (Déclaration de Stockholm)⁵⁹ de 1972 a énoncé un principe supérieur susceptible d'avoir une incidence sur l'applicabilité du DIE en période de conflit armé. En effet, selon le principe 21, « [I]es 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 zones ne relevant d'aucune juridiction nationale »⁶⁰.

Deux décennies plus tard, le principe 24 de la Déclaration sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio) de 1992 stipule que : « [I]a guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter

⁵⁵ Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1760, p. 79 ; Convention sur la lutte contre la désertification, 17 juin 1994, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1954, p. 3 ; Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 23 juin 1979, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 1651, p. 333.

⁵⁶ Voir S. Vöneky, *op. cit.*, note 50.

⁵⁷ Voir la section ci-dessus intitulée « Les éléments de l'environnement en tant que biens de caractère civil ».

⁵⁸ Lors de l'analyse de ce qui est susceptible de constituer une disposition de DIE coutumier, une complication potentielle tient au fait que peu d'évaluations sont réalisées État par État, dans le but d'établir la pratique et l'*opinio juris* des États ; la plupart des commentaires s'appuient sur des déclarations internationales et sur des cas isolés illustrant la pratique des États.

⁵⁹ Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (Déclaration de Stockholm), 16 juin 1972, doc. Nations Unies A/CONF.48/14/Rec. 1 (1973).

⁶⁰ *Ibid.*, principe 21. Il s'agit du « principe de la fonderie de Trail » qui sera examiné ci-dessous.

le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin »⁶¹. L'intention de protéger l'environnement est claire, mais la signification précise de la disposition l'est moins. Faut-il comprendre que le DIE s'applique en temps de conflit ou n'est-ce là qu'un simple rappel du fait que les États sont tenus de respecter les dispositions pertinentes du DIH⁶² ?

La Conférence de Rio a utilisé un langage similaire dans le Programme d'action pour un développement durable (Agenda 21). L'article 39.6, qui détaille les moyens de mise en œuvre du programme, stipule que « [i]l faudrait envisager de prendre des mesures conformes au droit international visant à réduire la destruction massive, en temps de guerre, de l'environnement, qui ne peut se justifier au regard du droit international ». L'article spécifie en outre que l'Assemblée générale et sa Sixième Commission « sont les instances appropriées pour traiter de cette question », précisant qu'il convient de tenir compte de la compétence et du rôle spécifiques du Comité international de la Croix-Rouge⁶³.

Plus largement, le principe 5 de la Charte mondiale de la nature prescrit que « [l]a nature sera préservée des déprédations causées par la guerre ou autres actes d'hostilité »⁶⁴. Ce principe, qui semble destiné à interdire les atteintes à l'environnement en période de conflit armé, est probablement davantage un postulat politique que l'expression d'une règle de droit. À en juger par les controverses entourant le caractère coutumier des règles qui protègent l'environnement en période de conflit armé, une disposition de portée aussi large ne pourrait pas raisonnablement satisfaire aux critères de la pratique généralisée et de l'*opinio juris* des États.

La résolution 47/37 de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée en 1993, demande instamment aux États de « prendre toutes les mesures voulues pour assurer l'observation des règles du droit international applicables à la protection de l'environnement en période de conflit armé »⁶⁵. Bien que la résolution encourage également l'incorporation de ce droit international dans les manuels d'instruction militaire, le poids réel de ces dispositions demeure peu clair. La référence aux règles du droit international « applicables à la protection de l'environnement » pourrait renvoyer aux dispositions pertinentes du DIH comme du DIE. À la suite de la résolution, le CICR a établi – en vue de leur incorporation dans les manuels d'instruction militaire – les directives sur la protection de l'environnement en période de conflit armé, examinées plus haut⁶⁶.

Certains principes visent expressément les périodes de conflit armé. D'autres (à l'instar du principe dit « de la fonderie de Trail ») sont muets sur ce point, mais ils peuvent malgré tout être appliqués aux conflits armés. Le principe de la fonderie de Trail est issu d'une décision arbitrale rendue dans un différend entre les États-Unis et le Canada (il s'agissait d'une affaire de pollution atmosphérique transfrontalière : poussées par les vents dominants,

⁶¹ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 13 juin 1992, doc. Nations Unies A/CONF.151/26, Vol. I, principe 24.

⁶² Voir par exemple M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 50, pp. 43-44.

⁶³ Agenda 21 : Programme d'action pour un développement durable, Recueil des résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale, 46^{ème} session, Agenda 21, doc. Nations Unies A/Conf.151/26, 14 juin 1992, article 39(6).

⁶⁴ Résolution 37/7 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 28 octobre 1982, *Charte mondiale de la nature*, doc. Nations Unies A/RES/37/7, principe 5.

⁶⁵ Résolution 47/37 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 9 février 1993, *Protection de l'environnement en période de conflit armé*, doc. Nations Unies A/RES/47/37.

⁶⁶ Voir CICR, *op. cit.*, note 12, ainsi que le texte annexé. Il semble que le premier manuel militaire dans lequel figurent spécifiquement des instructions relatives à la protection de l'environnement durant les hostilités ait été celui de la marine américaine (Manuel du commandant sur le droit des opérations navales). Voir US Navy, US Marine Corps, and US Coast Guard, *The Commander's Handbook of the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, octobre 1995 ; voir aussi Arthur H. Westing, « In Furtherance of Environmental Guidelines for Armed Forces During Peace and War », dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 4, p. 177.

les fumées d'une fonderie canadienne provoquaient des dommages aux cultures et aux forêts aux États-Unis)⁶⁷. Le tribunal arbitral a estimé que le Canada avait la responsabilité de prévenir les émissions transfrontières nocives de la fonderie et qu'il était en outre responsable des effets préjudiciables de ces émissions. La sentence du tribunal reposait sur le principe de la responsabilité fondamentale de chaque État d'utiliser son propre territoire de manière à ne pas causer de préjudice au territoire d'un autre État. Le principe de la fonderie de Trail doit aujourd'hui être considéré comme une règle générale de droit international coutumier.

Le principe de la fonderie de Trail est de nature à offrir une protection aux territoires des États non belligérants, neutres, en établissant la responsabilité d'un État en matière de dommages causés à l'environnement en dehors de l'État où se déroulent les actes ou les événements entraînant de tels dommages. Certains commentaires suggèrent qu'une telle allocation de responsabilité pourrait ne pas s'appliquer si les intérêts des belligérants l'emportaient sur le préjudice causé à l'État victime⁶⁸. Lorsque le dommage survient en territoire neutre, cette thèse est en contradiction avec le principe général du droit de neutralité, voulant qu'un territoire neutre soit inviolable et que l'État neutre, sur le plan du principe, ne puisse pas être affecté par le conflit armé. Il n'existe, dans la pratique des États, aucune base justifiant une telle exception à cette règle coutumière du droit international. De fait, la fréquente réitération du Principe de la fonderie de Trail indique la rapide émergence d'un droit, pour l'État, à la protection de l'environnement en tant que DIE coutumier qui s'applique également en période de conflit armé⁶⁹.

Cette conclusion résulte, en particulier, de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ). Dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, la CIJ a pratiquement étendu le principe de la fonderie de Trail aux actions des parties en temps de conflit, bien que la pollution transfrontière ne soit pas spécifiquement traitée dans cette affaire⁷⁰. La Cour a estimé que l'Albanie était responsable des dommages causés par les mines mouillées dans les eaux albanaises aux navires britanniques naviguant dans ces eaux ; la Cour a relevé, en vertu du droit international, « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »⁷¹.

La CIJ a également reconnu, en 1996, le principe de la fonderie de Trail dans son *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, les avis consultatifs de la CIJ apportent des éléments de preuve convaincants du droit international coutumier, ainsi que de l'application et de la mise en œuvre du droit international. Dans cet avis consultatif, la Cour a relevé que « [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 »⁷². La CIJ a poursuivi son injonction en précisant que « [l]es États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires

⁶⁷ *Affaire de la fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)*, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, Recueil des sentences arbitrales (R.S.A.), Vol. III, p. 1905.

⁶⁸ M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 50, pp. 46-47.

⁶⁹ Sonja Ann Jozef Boelaert-Suominen, *International Environmental Law and Naval Warfare : The Effect of Marine Safety and Pollution Conventions During International Armed Conflict*, Newport Paper N° 15, Naval War College, Newport, décembre 2000 ; Margaret T. Okorodudu-Fubara, « Oil in the Persian Gulf War : Legal Appraisal of an Environmental War », dans *St. Mary's Law Journal*, Vol. 23, 1991, pp. 204-206.

⁷⁰ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, p. 4.

⁷¹ *Ibid.*, p. 22.

⁷² CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, note 21, para. 29.

légitimes »⁷³. À la lumière de cet arrêt, il semble que les États soient tenus au minimum de se conformer au principe de la fonderie de Trail. Les limites extérieures de la protection obligatoire de l'environnement apparaissent cependant moins certaines.

Le même concept de protection du voisin contre les atteintes apparaît dans l'arrêt de 2010 de la CIJ dans l'*Affaire des usines de pâte à papier*⁷⁴. De l'avis de la Cour, la construction et le fonctionnement des usines de pâte à papier en Uruguay exigent que ce pays entreprenne une évaluation transfrontière de l'impact sur l'environnement. La Cour a reconnu qu'un État était tenu de prendre des mesures spécifiques pour éviter de causer des dommages à ses voisins – étendant ainsi le principe général qui est à la base de la décision relative à la fonderie de Trail.

Commentaires

Les accords multilatéraux sur l'environnement (AME), les dispositions du droit coutumier de l'environnement et les instruments non contraignants du droit international de l'environnement offrent de nombreux exemples de règles et décisions établissant des normes (y compris en matière de responsabilité et de responsabilité civile relatives aux dommages causés à l'environnement). Or, la plupart des commentaires concluent qu'un grand nombre de ces dispositions continuent de s'appliquer en période de conflit armé. Quelques-unes des principales lignes de doctrine sur cette question seront examinées dans la section ci-dessous.

Commentaire sur la persistance de l'applicabilité des AME en temps de conflit

Un certain nombre de lignes d'argumentation ont été élaborées dans le cadre du débat sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les AME s'appliquent en période de conflit armé. Parmi ces lignes d'argumentation, quatre retiendront notre attention : la théorie de la classification, la théorie de l'intention, la théorie axée sur le contexte et la nature de l'AME et, enfin, un système d'échelle mobile.

La théorie de la classification attribue les règles juridiques relatives à l'environnement à diverses catégories, qui déterminent leur applicabilité (ou leur non-applicabilité) en période de conflit armé. Par exemple, Vöneky estime que l'actuelle méthodologie de catégorisation part de l'hypothèse que le DIE s'applique en temps de paix comme en période de conflit armé en ce qui concerne trois catégories de traités : si l'instrument juridique prévoit expressément qu'il continue de s'appliquer ; s'il est compatible avec un conflit armé et, enfin, s'il constitue une norme du *jus cogens* ou une obligation *erga omnes*⁷⁵.

S'agissant des cas où un accord international ne relève nettement d'aucune des catégories prédéfinies, Boelaert-Suominen combine la théorie de la classification et la théorie de l'intention – c'est-à-dire l'approche consistant à s'en tenir le plus étroitement possible à l'intention initiale des Parties lors de la signature du traité⁷⁶. La théorie de la classification a été critiquée, jugée bien trop simpliste face à la complexité des relations internationales ; à l'inverse, la théorie de l'intention s'en tient le plus étroitement possible à l'intention initiale des Parties au moment de la signature du traité⁷⁷. Boelaert-Suominen conclut que lorsqu'un

⁷³ *Ibid.*, para. 30.

⁷⁴ CIJ, *Affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, fond, arrêt du 20 avril 2010.

⁷⁵ Silja Vöneky, « A New Shield for the Environment: Peacetime Treaties as Legal Restraints of Wartime Damage », dans *RECIEL*, Vol. 9, N° 1, 2000, pp. 20-22 ; S. Vöneky, *op. cit.*, note 50.

⁷⁶ S. A. J. Boelaert-Suominen, *op. cit.*, note 69, pp. 124-226.

⁷⁷ Pour une discussion de la théorie de l'intention, voir Luan Low et David Hodgkinson, « Compensation for Wartime Environmental Damage : Challenges to International Law After the Gulf War », dans *Virginia Journal of International Law*, Vol. 35, N° 2, 1995, p. 405. Les auteurs envisagent diverses variantes quant à la manière

AME ne relève pas nettement d'une catégorie particulière, la question de l'applicabilité doit être tranchée en analysant l'intention des Parties au cas par cas⁷⁸.

Selon la troisième théorie, l'applicabilité en période de conflit armé de tel ou tel AME peut être déterminée par le contexte et la nature de l'accord en question. Schmitt identifie une théorie de la différenciation, aux termes de laquelle la continuité d'un traité en période de conflit armé dépend de la consistance de la continuité avec le contexte de l'accord. Le raisonnement de Schmitt est le suivant : en l'absence d'une clause prévoyant expressément de mettre fin au traité, ou d'un manque manifeste de consistance de la continuité, les accords multilatéraux sur l'environnement continuent de s'appliquer en période de conflit armé⁷⁹. De son côté, Sharp a publié une théorie apparentée, selon laquelle un traité ne contenant pas de clause d'extinction peut être dénoncé ou révoqué, en fonction de la « nature du traité »⁸⁰. Sharp suggère que, si le traité vise des relations « souveraines », il devrait être suspendu ou éteint en période de conflit armé. À l'inverse, un traité réglementant une conduite non militaire ou des interactions indirectes entre des États ne devrait pas automatiquement être en contradiction avec un état d'hostilités⁸¹.

Une dernière approche – celle de la théorie de l'échelle mobile – reflète la recherche d'un équilibre entre la protection de l'environnement, d'une part, et le succès d'une mission militaire, d'autre part⁸². Elle est l'expression d'une relation inversée entre l'effet du DIE et le degré d'intensité des opérations militaires. En d'autres termes, lorsque les opérations militaires sont de faible intensité (comme, par exemple, pendant un entraînement), les lois relatives à l'environnement ont presque le maximum d'effets ; ensuite, à mesure que les opérations militaires prennent de l'ampleur, l'effet des lois relatives à l'environnement s'affaiblit. Malheureusement, cette approche ne fournit ni explications ni critères concrets quant à savoir quelles règles lient une entité militaire pendant différents types et phases d'engagement militaire.

Ces lignes d'argumentation ne s'excluent pas mutuellement. De fait, une large part de ces théories se reflète dans les Projets d'articles de la Commission du droit international relatifs aux effets des conflits armés sur les traités⁸³.

Commentaire sur la persistance de l'applicabilité du DIE coutumier en période de conflit

Bien que le droit international coutumier de l'environnement et les accords multilatéraux sur l'environnement (AME) aient un caractère obligatoire, des différences peuvent apparaître dans leur application en temps de conflit armé. Une telle différenciation peut être due, en partie, à la difficulté de déterminer si une mesure spécifique relève ou non du droit international coutumier, et de savoir quelle en est précisément la portée juridique. La plupart des commentateurs posent en principe que le DIE coutumier s'applique en période de conflit armé de la même façon que les AME. Citant le Statut de la Cour internationale de Justice,

d'évaluer l'intention, telles que, notamment, l'analyse de la nature du traité, la compatibilité du traité avec la guerre ou encore le nombre de Parties au traité.

⁷⁸ S. A. J. Boelaert-Suominen, *op. cit.*, note 69, p. 133.

⁷⁹ M. N. Schmitt, *op. cit.*, note 50, pp. 37-38.

⁸⁰ Walter G. Sharp, Sr., « The Effective Deterrence of Environmental Damage during Armed Conflict : A Case Analysis of the Persian Gulf War », dans *Military Law Review*, Vol. 137, été 1992, p. 23.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 23-25.

⁸² John P. Quinn, Richard T. Evans, et Michael J. Boock, « United States Navy Development of Operational–Environmental Doctrine », dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 4, pp. 161-165.

⁸³ Voir Commission du droit international, *op. cit.*, note 36.

Parsons souligne que les normes relatives à la protection de l'environnement sont également pertinentes et applicables en période de conflit armé⁸⁴.

Cet argument trouve un certain appui dans ce que l'on nomme la « clause de Martens », qui traite du rôle joué par les normes, la coutume et la pratique dans le développement du droit de guerre⁸⁵. Cette clause apparaît dans un certain nombre de dispositions conventionnelles, en particulier la Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre (versions de 1899 et de 1907), ainsi que dans le Protocole additionnel I de 1977 (dispositions similaires pour ce qui est de leur contenu essentiel et qui se réfèrent à des sources de droit autres que les traités dans lesquels figure la clause de Martens). Dans sa version de 1977, le libellé de la clause de Martens est le suivant : « [d]ans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique »⁸⁶. Au stade de développement actuel de la communauté internationale, il apparaît approprié de considérer que la protection de l'environnement relève en fait des trois sources de protection évoquées dans la clause de Martens.

D'après quelques observateurs, certains principes internationaux de protection de l'environnement constituent déjà (ou pourraient bientôt constituer) du DIE coutumier. Il est fait référence à ce propos aux instruments juridiquement non contraignants (*soft law*). L'un des articles stipule que « [é]tant donné que [la Charte mondiale de la nature] a été adoptée par un nombre important d'États, à tout le moins la Charte fait partie du droit coutumier international »⁸⁷. Les résolutions adoptées par les organisations internationales peuvent-elles véritablement, et dans quelle mesure, servir de preuves d'une pratique générale acceptée comme étant de droit international coutumier ? Il sera parfois répondu à cette question par l'affirmative, mais chaque cas demande à être analysé sur le fond. Le fait qu'une résolution ait été adoptée par consentement et sans déclarations dissidentes est un élément important. Dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a fondé en partie sa décision sur le fait que les Parties avaient accepté le texte d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour a expliqué que, dans ce cas, l'*opinio juris* – l'un des deux éléments constitutifs du droit international coutumier – « peut se déduire entre autres ... de l'attitude des Parties et des États à l'égard de certaines résolutions de l'Assemblée générale »⁸⁸. Cet arrêt de la Cour portait sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, ce

⁸⁴ Rymn James Parsons, « The Fight to Save the Planet : U.S. Armed Forces, 'Greenkeeping,' and Enforcement of the Law Pertaining to Environmental Protection During Armed Conflict », dans *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 10, N° 2, 1998, p. 482.

⁸⁵ Rupert Ticehurst, « La clause de Martens et le droit des conflits armés », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 824, 1997, pp. 133-142.

⁸⁶ PA I, article 1(2) ; voir également le Préambule du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, ainsi que 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, 10 octobre 1980, ainsi que les dispositions des quatre Conventions de Genève relatives à la dénonciation : articles 64 (CG I), 62 (CG II), 142 (CG III) et 158 (CG IV).

⁸⁷ Marc A. Ross, « Environmental Warfare and the Persian Gulf War : Possible Remedies to Combat Intentional Destruction of the Environment », dans *Dickinson Journal of Environmental Law and Policy*, Vol. 10, 1992, p. 534 (traduction CICR).

⁸⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, para. 188. En cette affaire, la CIJ a conclu que les États-Unis avaient violé le droit international en apportant leur soutien à la guérilla dans une guerre contre le gouvernement nicaraguayen et en minant les ports du Nicaragua.

que l'on nomme la « Déclaration sur les relations amicales entre les États »⁸⁹, d'une part, et la définition de l'agression⁹⁰ adoptée par l'Assemblée générale, d'autre part, constituaient du droit international coutumier. Si les résolutions de l'ONU adoptées à une large majorité peuvent constituer une preuve de l'*opinio juris* des États, au moins une partie des documents de *soft law* examinés plus haut seraient plus près de constituer du droit international coutumier et, ainsi, de lier tous les États.

Questions restantes

L'analyse qui précède a montré qu'il existait plusieurs voies pour déterminer quand et comment le droit international de l'environnement s'applique en période de conflit armé. Cette question demeure cependant ouverte et, de fait, aucune réponse générale et simple ne peut probablement y être donnée. Aucun arrêt de la Cour internationale de Justice n'apporte une clarification et les projets d'articles de la Commission du droit international laissent des interrogations en suspens (toute une gamme de considérations entrant en jeu pour déterminer si les traités continuent de s'appliquer en période de conflit armé). Dans le même temps, des accords multilatéraux sur l'environnement continuent d'être négociés, mis en œuvre et appliqués sans que, dans nombre d'entre eux, la question de leur applicabilité en période de conflit soit clarifiée. Une exception remarquable réside toutefois dans les récents articles élaborés par la Commission du droit international, relatifs à la protection à accorder aux aquifères transfrontières : il figure en effet dans ces articles une disposition spécifique sur la protection en période de conflit armé⁹¹. De leur côté, les manuels d'instruction militaire de nombreux pays incorporent des dispositions relatives à la protection de l'environnement ; ils tendent toutefois à mettre essentiellement l'accent sur les exigences découlant du DIH. Les interprétations et la pratique restent incohérentes sur ce point spécifique. Il importe de poursuivre les efforts d'analyse et de clarification, de manière à rendre opérationnelles les approches qui viennent d'être examinées – en décidant, par exemple, de la façon de mettre en œuvre une échelle mobile.

Plusieurs questions d'ordre général, ayant trait au droit international humanitaire et au droit international de l'environnement, ont un lien avec la question examinée dans le présent article. Premièrement, la distinction entre les deux types de conflits armés – internationaux et non internationaux – est à prendre en compte. Il semble au moins plausible que les traités sur l'environnement signés par un État, sur le territoire duquel se déroule un conflit de caractère non international, ne soient pas affectés par l'existence de ce conflit. Par contre, que se passe-t-il si le traité en question s'applique à des portions du territoire qui ne se trouvent plus placées sous le contrôle de la partie gouvernementale engagée dans ce conflit ? Jusqu'où le non-respect des dispositions du traité peut-il être justifié en invoquant un état de nécessité⁹² ? Deuxièmement, il reste à clarifier le lien entre les règles relatives à l'application continue des traités en période de conflit armé et le droit de la neutralité. Si, en principe, les relations entre un belligérant et un État neutre continuent d'être uniquement régies par le droit de la paix, les devoirs d'abstention et d'impartialité (éléments essentiels du droit de la neutralité) ne modifient-ils pas certaines obligations découlant des traités environnementaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux ? Troisièmement, quelle est la relation entre les accords

⁸⁹ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 24 octobre 1970.

⁹⁰ Annexe à la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 14 décembre 1974.

⁹¹ Article 18 des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international, 60^e session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008, Recueil des résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale A/63/10, Ch. V, p. 19.

⁹² Voir Commission du droit international, articles sur la responsabilité de l'État, *op. cit.*, note 40, article 25.

multilatéraux sur l'environnement et le droit coutumier de l'environnement en période de conflit armé ? Quatrièmement, quelle est la relation entre la responsabilité civile, relevant du droit privé, pour les dommages causés à l'environnement, d'une part, et, d'autre part, la responsabilité des États pour l'infliction des mêmes dommages ? Les traités environnementaux modernes s'appuient dans une large mesure sur la responsabilité civile des acteurs privés impliqués. Cette solution peut-elle être maintenue dans une situation de conflit armé ? Enfin, la dernière question d'ordre général concerne la relation entre différents accords multilatéraux sur l'environnement qui, dans certains cas, se chevauchent. Quelle que soit la réponse donnée à cette question sur le plan général, sera-t-elle la même selon que l'on se trouve en situation de paix ou de conflit armé ?

Le présent article a tenté de répondre à la question de savoir si le droit international de l'environnement continue ou non de s'appliquer en période de conflit armé. La question suivante, restée sans réponse, vise à savoir quand et comment le droit international de l'environnement pourrait s'appliquer dans certaines circonstances spécifiques. Par exemple, si des accords tels que la Convention sur le patrimoine mondial et la Convention de Ramsar continuent de s'appliquer, ils pourraient protéger certaines zones ou aires spécifiées, sauf en cas de nécessité militaire. La protection offerte pourrait être limitée, mais il s'agit là d'une application relativement claire. À l'inverse, qu'en serait-il de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) dans le contexte du commerce des ressources servant à financer les conflits⁹³. Si l'accord continuait de s'appliquer, inciterait-il les États recevant de tels biens à prendre des mesures à l'encontre du pays d'origine (au cas où ce dernier serait Partie à la CITES) ? Pour quel résultat ? Dans quelle mesure l'analyse serait-elle différente si les rebelles participent au commerce des espèces protégées par la CITES ? Ou, inversement, les accords multilatéraux sur l'environnement ne risquent-ils pas d'avoir pour effet de favoriser l'apport d'une assistance dans certaines circonstances ou de fournir un ensemble de normes et méthodologies ? Des AME permettraient, par exemple, de conduire des évaluations ou des remédiations environnementales dans des situations de conflit, de la même façon que la Commission d'Indemnisation des Nations Unies a emprunté les méthodologies des évaluations environnementales du temps de paix pour évaluer et chiffrer les dommages causés aux ressources naturelles. Ce ne sont là que quelques questions et scénarios qui apparaissent lors de l'examen de l'effet pratique et de l'importance du droit international de l'environnement en période de conflit armé.

Aucune de ces questions n'est assortie d'une réponse clairement définie et chacune d'entre elles implique des éléments décisifs demandant à être dûment pris en compte.

Conclusion

D'importants efforts visant à protéger l'environnement en temps de conflit armé ont commencé à être déployés dans les années 1970, principalement en réaction à certains événements survenus pendant la guerre du Viet Nam. En 1990-1991, les marées noires et les incendies de puits de pétrole provoqués délibérément pendant la deuxième guerre du Golfe ont suscité un regain d'attention au niveau international. Le cadre normatif qui s'est développé au fil des dernières décennies contient néanmoins de nombreuses lacunes et ambiguïtés.

⁹³ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 3 mars 1973, Nations Unies, Recueil des Traités, Vol. 993, p. 243.

Certes, le droit international humanitaire a réagi très vite quand une large prise de conscience des problèmes de l'environnement est apparue à la fin des années 1960. Néanmoins, trois lacunes ou déficiences essentielles demeurent :

- la définition regrettamment étroite (mais également peu claire) de ce qui constitue une atteinte inadmissible à l'environnement, telle qu'elle figure dans les dispositions visant explicitement la protection de l'environnement dans les conflits armés ;
- la protection insuffisante des éléments de l'environnement en tant que biens de caractère civil, du fait de la facilité avec laquelle les éléments de l'environnement peuvent se transformer en objectifs militaires ; enfin,
- les doutes quant à l'application pratique du principe de proportionnalité aux dommages causés à l'environnement dans le cas de ce que l'on nomme des dommages incidents (collatéraux) résultant d'attaques lancées contre des objectifs militaires.

L'article a exposé quelques une des façons de remédier à ces carences. Il a également exploré les chances que pourrait offrir une application continue en période de conflit armé du droit international de l'environnement, pourtant créé essentiellement pour le temps de paix. À cet égard, aussi, des incertitudes majeures demeurent.

Il importe de parvenir à davantage de clarté quant à l'étendue de la protection de l'environnement dans les conflits armés. Certaines questions (portant, par exemple, sur la manière dont diverses dispositions du droit international de l'environnement s'appliquent en période de conflit armé) exigent la poursuite des travaux de recherche. D'autres considérations exigent une action au niveau international. Il en va ainsi, notamment, de la détermination du seuil des dommages « étendus, durables et graves » au sens des articles 35 et 55 du Protocole additionnel I. Les belligérants sont également appelés à tenter de remédier par voie d'accords mutuels (en procédant au cas par cas) à certaines des carences existantes – le Conseil de sécurité des Nations Unies pouvant d'ailleurs jouer un rôle dans ce domaine.

Il apparaît aujourd'hui qu'en dépit des doutes et des défis examinés ci-dessus, le droit international continue même en temps de guerre de se préoccuper du sort des générations à venir (ce qui est l'essence même du droit de l'environnement).