

Le développement du droit international au carrefour du droit de l'environnement, du droit humanitaire et du droit pénal : les dommages causés à l'environnement en période de conflit armé international

Julian Wyatt*

Julian Wyatt est assistant d'enseignement et de recherche et doctorant au Département de droit international public de la faculté de droit de l'Université de Genève. Il est habilité à intervenir en tant qu'avocat devant la Cour suprême australienne et la Cour suprême de l'État de Victoria.

Résumé

À l'instar des relations entre de nombreux sous-systèmes du droit international contemporain, la relation entre le droit international de l'environnement et le droit international humanitaire n'a pas encore été bien définie. Le problème des dommages causés à l'environnement en période de conflit armé international se trouve à l'intersection de ces deux branches du droit et offre donc une occasion idéale d'explorer cette relation. Plutôt que de nous cantonner à l'évaluation des règles du droit international applicables dans leur contexte, nous en évaluerons les différents éléments à la fois du point de vue du droit (international) de l'environnement et du point de vue du droit international humanitaire / pénal. Nous montrerons ainsi comment les forces institutionnelles et les compétences spécifiques des différentes branches du droit international peuvent aider à la formulation de règles internationales applicables aux problèmes transversaux. Nous verrons en outre comment la perception d'une règle transversale est souvent influencée par les cadres de référence spécifiques utilisés par ceux qui travaillent dans les différents domaines du droit international.

Les réponses du droit international aux changements radicaux que la société internationale a connus depuis la Seconde Guerre mondiale ont été bien documentées. Pour chaque nouveau domaine de la vie internationale ayant émergé¹, une nouvelle branche du droit international a été

* La version originale anglaise de cet article a été publiée sous le titre "Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict", dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, N° 879, septembre 2010, pp. 593-646.

¹ Voir Barry Jones, *Globalization and Interdependence in the International Political Economy: Reality and Rhetoric*, Pinter, Londres et New York, 1995, pp. 11-15 ; Sheila Croucher, *Globalization and Belonging: The Politics of Identity a Changing World*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2004, p. 10 ; Simon Reich, *What is Globalization? Four Possible Answers*, Helen Kellogg Institute for International Studies at the University of Notre Dame, Working Paper N° 261 (décembre 1998), disponible sur : <http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/261.pdf> (dernière consultation le 15 novembre 2010).

créée : le droit des réfugiés et le droit international de la migration pour faire face au nombre toujours croissant de personnes franchissant les frontières nationales, le droit du commerce international pour un réseau de plus en plus complexe d'échanges commerciaux, le droit de l'espace et le droit international de l'aviation pour la gestion des nouvelles frontières aériennes et spatiales, ces branches n'étant que quelques exemples parmi tant d'autres.

Afin de répondre à ces nouveaux défis, il était politiquement plus facile de créer de nouveaux sous-systèmes spécialisés du droit international plutôt que d'étendre la portée et les ressources du droit international général préexistant. En outre, cette option offrait l'avantage indéniable de permettre la création d'institutions spécialisées, d'instruments juridiques appropriés et de tribunaux généralement mieux adaptés à la réglementation de ces nouvelles sphères d'activités internationales — surtout dans les domaines les plus techniques dans lesquels les praticiens doivent réunir des connaissances scientifiques considérables. Le droit international général classique n'était pas nécessairement capable d'accueillir des domaines aussi spécialisés. Comme l'a relevé Martii Koskieniemmi, rapporteur spécial de la Commission du droit international (CDI) sur la fragmentation du droit international, « [t]rès souvent, de nouvelles règles ou de nouveaux régimes sont mis en place dans le but précisément de s'écarter des règles prévues précédemment par le droit général »².

Récemment, cette prolifération de sous-systèmes, et plus particulièrement de cours et tribunaux, a suscité quelques inquiétudes parmi les spécialistes du droit international³. Nombre d'entre eux se sont dit préoccupés par le fait que différentes juridictions internationales étaient en concurrence les unes avec les autres ou donnaient des interprétations divergentes des normes et principes du « droit international général ». Selon eux, cette prolifération et spécialisation risquent d'engendrer la « fragmentation » du cœur de la discipline dont ils souhaitent préserver la cohésion⁴.

Cette préoccupation pour le droit international général se reflète dans la tendance subséquente à se concentrer sur ce que l'on peut considérer comme étant des interactions

² Commission du droit international, *Rapport du groupe de travail de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 18 juillet 2006, UN Doc A/CN.4/L.702, para. 10.

³ Certains juges de la Cour internationale de Justice (CIJ) ont particulièrement mis en avant cette préoccupation. Le juge Oda, ancien juge de la CIJ, surtout, a été très clair dans sa critique, en 1980, de la procédure des chambres de la CIJ (Shigeru Oda, « Further Thoughts on the Chambers Procedure of the International Court of Justice », dans *American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 82, 1988, p. 556) et sa critique relativement plus agressive dans les années 90, du Tribunal international du droit de la mer (Shigeru Oda, « The International Court of Justice and the Settlement of Ocean Disputes », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1993, Tome 244, p. 127). Toute une série de questions liées à la fragmentation du droit ont été débattues lors de plusieurs conférences de la fin des années 90, notamment dans le cadre du forum de l'American Society of International Law (ASIL) en 1995, du quatrième forum du droit international et du droit communautaire de 1997 et d'un symposium de l'Université de New York/PICT en 1998. Pour les comptes rendus, voir respectivement : Laurence Boisson de Chazournes (directrice de publication), *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution*, ASIL, 1995 ; Malcolm Evans (directeur de publication), *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, Hart Publishing, Oxford, 1998 ; et *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, N° 4, 1999.

⁴ Voir par exemple, Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », dans *Recueil des cours*, Vol. 297, Académie de droit international de La Haye, 2002. Au sujet des interprétations potentiellement divergentes des divers tribunaux et cours, voir en particulier Gilbert Guillaume, *Multiplication des instances judiciaires internationales : perspectives pour l'ordre juridique international*, Discours prononcé devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (le 26 octobre 2000), communiqué de presse disponible sur : <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=119&pt=1&p1=6&p2=1&PHPSESSID=1a86b394bd7c6de9664891b72c22889e> (dernière consultation le 15 novembre 2010). Voir aussi Rosario Huesa Vinaixa et Karel Wellens (directrices de publication), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

diagonales entre le droit international général et les sous-systèmes du droit international⁵. La documentation aujourd'hui abondante sur la relation entre le droit international public et le système de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) illustre cette tendance et constitue un exemple de ce genre de relation diagonale. Ce qui semble avoir en grande partie échappé à l'attention des juristes (du moins en termes relatifs), ce sont les interactions *horizontales* entre les sous-systèmes du droit international⁶. À mesure que l'activité internationale s'intensifie et se spécialise, le nombre, mais aussi l'importance, de ces différentes branches du droit international augmentent. Cet élargissement et cet approfondissement du droit international aboutissent notamment à une diminution relative de l'importance du droit international général, avec pour conséquence de rendre les chevauchements diagonaux entre un sous-système du droit international et le droit international général relativement moins probables. L'incidence des chevauchements horizontaux entre sous-systèmes est, par comparaison, en augmentation, que ce soit en termes absolus ou relatifs. Le droit international produit en effet des branches toujours plus nombreuses, toujours plus fortes et toujours plus larges. En outre, les problèmes internationaux qu'il doit régir sont de plus en plus complexes et donc, davantage susceptibles de transcender les limites artificielles des différents sous-systèmes du droit international contemporain.

Le thème de l'environnement et des conflits armés constitue une occasion idéale d'étudier un exemple spécifique de ces interactions horizontales entre sous-systèmes du droit international. Le droit international humanitaire, qui fixe les règles et les normes relatives à la conduite des conflits armés, et le droit international de l'environnement, dont les règles et les principes visent à protéger l'environnement naturel, se chevauchent dans certains domaines spécifiques. Ces interactions soulèvent diverses questions. Par exemple, quelles règles de quelle branche du droit doit-on appliquer ? En l'absence de règles, dans quel sous-système du droit international le problème juridique devrait-il être résolu ? Et pour formuler ces règles, la communauté internationale devrait-elle suivre les approches normatives et institutionnelles de l'un ou l'autre des systèmes, ou un mélange des deux ? En cas de conflit réel ou potentiel avec la logique interne ou l'idéologie de chaque système, comment ces conflits devraient-ils être résolus ?

Le présent article tente d'aborder ces questions en examinant la réponse qu'apporte le droit international à un problème essentiel qui se situe au carrefour du droit international humanitaire et du droit international de l'environnement : celui des dommages à l'environnement dans les situations de conflit armé international. Après avoir exposé, dans la première partie de cet article, la nature de ce problème et identifié les branches du droit international s'y rapportant, nous verrons comment la communauté internationale a abordé

⁵ Voir la documentation dorénavant abondante sur l'ouverture du système de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) au droit international public, par exemple Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against 'Clinical Isolation' in WTO Dispute Settlement », dans *Journal of World Trade*, Vol. 33, 1999, p. 87 ; Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », dans *AJIL*, Vol. 95, 2001, p. 535 ; Lorand Bartels, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », dans *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 3, 2001, p. 499 ; Markus Böckenförde, « Zwischen Sein und Wollen—Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO Streitbeilegungsverfahrens », dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 63, 2003, p. 971.

⁶ Les écrits théoriques de Gunther Teubner consacrés au droit international privé sont la principale exception. Effectivement, en 1992, il avait déjà prévu que si « le droit d'une société mondiale s'empêtrait dans des interdépendances sectorielles, une forme totalement nouvelle de droit des conflits apparaîtrait, un 'droit des conflits intersystémique' issu non point des oppositions entre les diverses nations parties au droit international privé, mais des oppositions entre des secteurs distincts de la société à l'échelon mondial » (traduction CICR). Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, Cambridge MA, 1993, p. 100. Voir aussi Julian Wyatt, *Beyond fragmentation: WTO jurisprudence, environmental norms and interactions between subsystems of international law*, Graduate Institute of International and Development Studies, Genève, 2008.

cette question. Puis, ayant défini le régime juridique international applicable aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre, nous nous efforcerons d'en analyser les éléments spécifiques et la façon dont ils gèrent l'interaction entre les deux principales branches du droit international applicables en la matière. Enfin, nous tirerons certaines conclusions (i) quant aux regards divergents que portent les deux branches du droit international concernées sur l'actuel régime juridique appliqué aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre, et (ii) sur ce que cet exemple de problème juridique transversal nous apprend de la relation entre les sous-systèmes du droit international contemporain.

Le problème transversal des dommages causés à l'environnement en temps de guerre

Dans l'histoire de l'humanité, les dommages graves et intentionnels causés à l'environnement naturel dans le cadre des conflits armés – que nous appellerons, pour des raisons de simplicité, « dommages causés à l'environnement en temps de guerre » – sont hélas aussi anciens que la guerre elle-même. On peut citer, parmi les toutes premières méthodes de guerre utilisant l'environnement, la stratégie antique du salage de la terre. Ce procédé aurait été utilisé dès 1290 av. J.-C. par les Assyriens à Mitanni, le cas le plus connu étant l'épisode, probablement apocryphe, du sel répandu par les légions romaines autour de Carthage durant la Troisième Guerre punique (149-146 av. J.-C.)⁷.

Le recours délibéré à la destruction de l'environnement dans les conflits armés est, cependant, beaucoup plus courant dans l'histoire moderne. Il apparaît principalement dans le cadre des stratégies de « guerre totale » périodiquement conduites à partir de la Révolution française⁸. Comme nombre de ces actes consistaient à incendier de grandes étendues, on les a souvent regroupés sous le terme de tactique de la « terre brûlée ». Comme dans l'Antiquité, les armées ont eu recours à ces moyens pour punir l'ennemi (ou pour entraver son effort de guerre) et se protéger des invasions. Ces méthodes agressives comptent de nombreux exemples, parmi lesquels la destruction généralisée par les deux parties de vastes zones agricoles lors de la très sanglante révolte chinoise des Taiping (1850-1864) ou encore la « marche vers la mer » du général Sherman et l'incendie (*The Burning*) de la vallée de la Shenandoah par le général Sheridan pendant la guerre civile américaine⁹. La tactique défensive de la terre brûlée a notamment été pratiquée par le Portugal et la Russie pour résister à la progression de l'armée française lors des guerres napoléoniennes, mais aussi par les soldats ayant incendié les propriétés des Boers durant la Seconde Guerre des Boers. Elle avait aussi été prévue, sans être jamais appliquée, durant la Seconde Guerre mondiale, par le gouvernement australien en cas d'invasion japonaise, et par Hitler qui, dans son célèbre « ordre Néron », ordonnait à Albert Speer de réduire l'Allemagne en cendres avant l'arrivée des forces alliées¹⁰.

⁷ Jay E. Austin et Carl E. Bruch (directeurs de publication), *The Environmental Consequences of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 1. Concernant la remise en cause de la véracité de ce récit, voir Ronald Ridley, « To Be Taken with a Pinch of Salt: The Destruction of Carthage », dans *Classical Philology*, Vol. 81, N° 2, 1986, p. 140.

⁸ Voir par exemple David A. Bell, *La première guerre totale : l'Europe de Napoléon et la naissance de la guerre moderne*, Champ Vallon, Seyssel, 2010.

⁹ Jacques Reclus. *La révolte des Tai-Ping : prologue de la Révolution chinoise*, Le Pavillon, Paris, 1972, p. 234. James M. McPherson, « From Limited War to Total War in America », dans Stig Förster et Jörg Nagler (directeurs de publication), *On the Road to Total War: The American Civil War and the German Wars of Unification, 1861-1871*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 295-310.

¹⁰ Bill Nasson, « Waging Total War in South Africa: Some Centenary Writings on the Anglo-Boer War, 1899-1902 », dans *The Journal of Military History*, Vol. 66, N° 3, juillet 2002, pp. 813-828. Ralf Blank, « Die Kriegsendphase an Rhein und Ruhr 1944/45 », dans Bernd-A. Rusinek (directeur de publication), *Kriegsende*

Après la Seconde Guerre mondiale, les armées sont passées de la simple tactique de la « terre brûlée » à des moyens plus sophistiqués et probablement plus condamnables de destruction de l'environnement, parmi lesquels le bombardement des barrages coréens par les Américains durant la Guerre de Corée (1950-1953) et surtout les nombreuses techniques de modification de l'environnement auxquelles l'armée américaine a eu recours entre 1961 et 1971 dans le cadre de la Guerre du Viet Nam¹¹. Loin de se contenter de mettre le feu à la jungle vietnamienne où se cachaient les combattants du Viet-Cong (ce qu'ils ont fait en utilisant des bombes incendiaires au napalm)¹², les États-Unis ont, dès 1961, commencé à déverser quelque 45 millions de litres de produits chimiques hautement toxiques sur plus de deux millions d'hectares de cultures et de forêts, dans le but d'empêcher la croissance de la couverture végétale¹³. Ils ont même tenté de modifier le climat pour en tirer un avantage militaire en ensemençant les nuages¹⁴. Plus tard, pendant la guerre entre l'Iran et l'Irak, dans les années 80, les bombardiers irakiens ont pris pour cibles les plateformes offshore du gisement pétrolifère iranien de Nowruz, produisant tant de fumée que le soleil a été en partie masqué pendant plusieurs jours et provoquant un tel déversement de pétrole dans la mer Rouge que la marée noire s'est étendue sur plus de 31 000 km², ce qui a eu des conséquences catastrophiques pour la vie sauvage, notamment pour les espèces en voie de disparition de la région¹⁵.

Malgré la fin de la guerre froide, les méthodes de guerre utilisant l'environnement n'ont pas disparu. Pendant la guerre du Golfe de 1990-1991, les soldats irakiens auraient fait exploser environ 720 puits de pétrole koweïtiens dans l'intention d'y mettre le feu et de créer une épaisse fumée. Ils auraient également déversé d'énormes quantités de pétrole koweïtien dans la mer Rouge¹⁶. Plus tard, dans le cadre de l'intervention au Kosovo, les forces de l'OTAN auraient intensivement bombardé une usine pétrochimique, une usine de fabrication d'engrais azoté et une raffinerie de pétrole à Pan•evo, sur la rive est du Danube¹⁷. Ces bombardements auraient eu des conséquences graves pour l'environnement : divers produits chimiques toxiques se seraient déversés en grandes quantités dans le Danube, relié aux installations par un canal artificiel de 1 800 mètres¹⁸. Après les importantes fuites de pétrole provoquées pendant la guerre en Irak début 2003 et au cours du conflit israélo-libanais en 2006, les stations d'essence et les citernes ont été systématiquement prises pour cibles durant les opérations militaires d'Israël à Gaza en décembre

1945: *Verbrechen, Katastrophe, Befreiungen in nationaler und internationaler Perspektive*, Wallstein Verlag, Göttingen, 2004, pp. 88-124. Voir en général William Thomas, *Scorched earth*, New Society Publishers, Philadelphia, 1995.

¹¹ Voir par exemple Asit K. Biswas, « Scientific assessment of long-term environmental consequences », dans J. E. Austin et C. E. Bruch (directeurs de publication), *op. cit.*, note 7, p. 307.

¹² Karen Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 5.

¹³ J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 7, p. 1 ; K. Hulme, *op. cit.*, note 12, p. 5.

¹⁴ J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 7, p. 2 ; K. Hulme, *op. cit.*, note 12, pp. 11 et 73.

¹⁵ Voir Elisabeth Mann-Borgese, « The Protection of the Marine Environment in the Case of War », dans René-Jean Dupuy (directeur de publication), *L'avenir du droit international de l'environnement / The future of the international law of the environment*, Colloque, La Haye, 12-14 novembre 1984, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985, pp. 105-108.

¹⁶ Samira Omar, Ernest Briskey, Raafat Misak et Adel Asem, « The Gulf War Impact on the Terrestrial Environment of Kuwait: An Overview », dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 7, pp. 321-322. Ces incidents ont donné lieu à des commentaires de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voir la résolution 47/37 (1992) de l'Assemblée générale des Nations Unies.

¹⁷ On trouvera des détails des effets de la campagne de bombardements de l'OTAN sur l'environnement dans la requête de la Yougoslavie et le mémoire de la Yougoslavie du 5 janvier 2000 dans l'affaire de la licéité de l'emploi de la force (*Yougoslavie c. Allemagne, Belgique, Canada, France, Italie, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni*) de la CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ 1999. Les allégations n'ont jamais été vérifiées, car l'affaire n'a jamais été jugée sur le fond, les différentes procédures contre tous les défendeurs ayant été rejetées après les objections préliminaires pour manque de compétence.

¹⁸ Voir K. Hulme, *op. cit.*, note 12, p. 188.

2008 et janvier 2009, contaminant gravement les sols et risquant, sous l'effet de la pluie, de polluer les nappes phréatiques¹⁹. Entre autres effets récents qu'a eu ce conflit sur l'environnement, nous pouvons citer les dégâts occasionnés par les incendies que l'utilisation du phosphore blanc a notamment déclenchés, ainsi que le déversement de 100 000 m³ d'eaux usées et de boues d'égouts non traitées pour la plupart sur 55 000 m² de terres agricoles à Gaza, par suite de la destruction partielle de l'usine de traitement des eaux usées d'Az Zaitoun en décembre 2008²⁰.

Comme nous l'avons dit plus haut, au moins deux branches distinctes du droit international public sont potentiellement applicables aux situations transversales qui viennent d'être décrites : le droit international de l'environnement et le droit international humanitaire.

Droit international de l'environnement

La communauté internationale n'a commencé à développer le droit international de l'environnement et à s'intéresser au droit de l'environnement au niveau national qu'après la conceptualisation de la notion d'environnement, dans les années 60 principalement. Cependant, bien que ces deux disciplines aient considérablement évolué depuis cette époque, certaines de leurs règles et certains de leurs principes trouvent leur origine dans des sources plus anciennes. L'existence de lois pour la protection de l'environnement est en effet attestée dans la législation de certaines des civilisations les plus anciennes. En Mésopotamie par exemple, Our a adopté des lois contre la déforestation vers 2700 av. J.-C. En Inde, le roi Ashoka a promulgué une loi pour protéger diverses espèces animales vers 250 av. J.-C. Puis, au début de l'ère industrielle, les actions en justice pour des dommages à l'environnement ont commencé à être engagées. Dès 1739, Benjamin Franklin adressait une pétition à l'Assemblée de Pennsylvanie pour qu'elle agisse contre les tanneries de Philadelphie en raison de la pollution locale qu'elles causaient. Au milieu du XIX^e siècle, les tribunaux du premier pays du monde à pratiquer l'industrialisation à grande échelle, la Grande-Bretagne, recevaient de nombreuses plaintes pour des dommages subis du fait de procédés industriels de plus en plus intensifs et étendus. En l'absence de toute notion d'« environnement » à cette époque, ces problèmes ont été abordés du point de vue du droit des délits en *common law* et des règles concernant les troubles du voisinage, les atteintes aux biens, la jouissance de la propriété et les actes commis en connaissance de cause — qui, curieusement, trouvent leur origine dans le préjudice causé à un tiers par l'animal dangereux d'un défendeur.

En Angleterre, il est un principe général selon lequel chaque sujet de la loi est libre de faire ce que bon lui semble sur son propre territoire, mais sera tenu pour responsable et sommé de verser des dédommagements si son activité cause un préjudice à autrui ou aux biens d'autrui. Ce principe remonte à la fameuse affaire *Rylands c. Fletcher*, en 1868, qui l'a consacré et appliqué aux actions d'un fermier qui, remplissant son réservoir avant de fermer un puits de mine désaffecté, avait inondé la mine de son voisin, dont les galeries communiquaient avec la sienne²¹. On trouve d'autres dispositions relatives à la responsabilité pour dommage qui ont permis de juger des cas de plus en plus fréquents de dommages à l'environnement dans la législation d'autres pays qui se sont industrialisés au XIX^e siècle. Par exemple, le Code général pour les États prussiens de

¹⁹ Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), *Environmental Assessment of the Gaza Strip Following the Escalation of Hostilities in December 2008 - January 2009*, Nairobi, PNUE, 2009, pp. 30-31.

²⁰ *Ibid.*, p. 34.

²¹ « Nous pensons que la véritable règle de droit veut que quiconque, à des fins personnelles, introduit, recueille et garde sur ses terres quoi que ce soit pouvant occasionner un dommage s'il s'en échappe, est tenu de l'y conserver à ses risques et périls, et, s'il ne le fait pas, est *prima facie* responsable de tous les dommages qui sont la conséquence naturelle de cette fuite ». Déclaration du juge Blackburn dans l'affaire *Fletcher c. Rylands*, LR 1 Ex 265 (Chambre de l'Échiquier, 1866, traduction CICR), reprise par Lord Cairns devant la Chambre des Lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Rylands c. Fletcher*, *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, Vol. III, 1868, p. 330 (17 juillet 1868).

1794 inclut des dispositions à l'appui du principe clairement établi selon lequel « quiconque empêche autrui d'exercer ses droits lui fait du tort et est responsable de tous les dommages et préjudices qui en résultent »²², une position qui sera inscrite plus tard dans le droit civil allemand (*Bundesgesetzbuch*)²³. Aux États-Unis, l'adage latin, *sic utere tuo ut alienum non laedas* (use de ton propre bien de manière à ne pas porter atteinte au bien d'autrui), dont les origines romaines sont plus que douteuses²⁴, a souvent été invoqué dans ce que l'on considérerait aujourd'hui comme des affaires de dommages à l'environnement, en tant que principe dérivant de la règle d'or de la chrétienté et constituant un équivalent juridique à celle-ci²⁵.

Dès que l'industrie a atteint un niveau de développement suffisamment élevé pour avoir des impacts transfrontières sur l'environnement, le droit des dommages causés à l'environnement a fait irruption dans le domaine du droit international. Cependant, ce n'est ni dans le cadre du droit international public, ni dans un contexte spécifiquement environnemental, que les premières grandes affaires de dommages transfrontières à l'environnement ont été jugées. La sentence arbitrale sans précédent rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (1938-1941) — une affaire généralement considérée comme la première du droit international de l'environnement et une contribution judiciaire majeure au droit international de la responsabilité pour perte ou préjudices subis²⁶ — était en réalité fondée sur les dispositions du droit interne précédemment décrites en matière d'indemnisation pour atteintes aux biens d'autrui. Le différend entre le Canada et les États-Unis portait sur les émissions d'une immense fonderie de zinc et de plomb dans le sud de la Colombie-Britannique, dont les émanations représentaient une nuisance pour les fermes, vergers et exploitations forestières à plus de 11 km de la frontière, dans l'état américain de Washington. L'accord passé entre les États-Unis et le Canada pour établir le tribunal arbitral est capital dans la mesure où il a permis à celui-ci d'appliquer non seulement « le droit et la pratique existant au niveau international », mais aussi « le droit et la pratique suivis dans des affaires analogues aux États-Unis d'Amérique »²⁷. Relevant les lacunes du droit international sur le sujet, le tribunal arbitral a, en l'occurrence, appliqué les principes du droit de la responsabilité en vigueur aux États-Unis à l'appui de sa conclusion que le Canada était responsable pour les dommages transfrontières à l'environnement causés par le haut fourneau et était subséquemment tenu de verser des réparations pour lesdits dommages²⁸.

Le principe de droit international selon lequel un État ne doit utiliser son territoire de manière à causer un dommage au territoire d'un autre État a été confirmé par la suite, dans un contexte plus général, par la Cour internationale de Justice (CIJ)²⁹, et est devenu depuis l'un des principes fondamentaux de la nouvelle discipline qu'est le droit international de

²² *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794), para. 93 : « Wer den andern in der Ausübung seines Rechts hindert, beleidigt denselben, und wird ihm, für allen daraus erwachsenen Schaden und Nachtheil, verantwortlich » (traduction CICR).

²³ *Bundesgesetzbuch* (Code civil allemand), voir en particulier para. 823 : « Schadensersatzpflicht » et para. 826, « Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung ».

²⁴ Voir Johan Gerrit Lammers, *Pollution of international watercourses*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, p. 570.

²⁵ Voir Mark B. Greenlee, « Echoes of the Love Command in the Halls of Justice », dans *Journal of Law and Religion*, Vol. 12, N° 1, 1995, pp. 255-270.

²⁶ Voir par exemple Alan Boyle, « Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law », dans *Journal of Environmental Law*, Vol. 17, 2005, p. 3.

²⁷ *Convention entre le Canada et les États-Unis relative à certaines plaintes que fait surgir l'exploitation de la fonderie à Trail, C.-B.*, signée à Ottawa le 15 avril 1935, ratifications échangées le 3 août 1935, Article IV, disponible sur http://www.lexum.umontreal.ca/ca_us/fr/cts.1935.20.fr.htm (dernière consultation le 20 décembre 2010).

²⁸ « Trail smelter case (United States, Canada) », 1938, dans *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. III, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, voir en particulier p. 1920 ; et « Trail smelter case (United States v Canada) », 1941, *ibid.*, p. 1947 sqq.

²⁹ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, Fond, Arrêt du 9 avril 1949, CIJ Recueil 1949, p. 4.

l'environnement³⁰. De l'avis de certains éminents juristes internationaux, c'est le seul principe du droit international de l'environnement qui s'est imposé en droit international coutumier³¹ et qui est « suffisamment bien établi pour fonder une action en justice internationale »³².

En dehors d'affaires concernant des dommages transfrontières à l'environnement, le droit international de l'environnement ne s'est développé que bien après la Seconde Guerre mondiale. C'est une discipline relativement jeune, qui trouve son origine dans les efforts déployés après la Seconde Guerre mondiale par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) et qui doit surtout son essor subséquent au mouvement environnementaliste des années 60 et 70. Nous oublions souvent que, même si les pères fondateurs des Nations Unies n'avaient pas l'intention de voir cette organisation jouer un rôle dans la protection de l'environnement³³, les institutions des Nations Unies s'engageaient déjà dans cette voie dès les années 50. L'UNESCO, une des quatre institutions spécialisées dépendant du Conseil économique et social, a été créée en 1945 sous la forme d'un forum d'intellectuels et de scientifiques ayant pour objectif d'accroître la coopération internationale par la promotion de l'éducation, de la science et de la culture dans les États Membres des Nations Unies³⁴. Dès sa deuxième session, en 1947, l'UNESCO a lancé l'idée d'une conférence internationale sur la protection de la nature et, en 1948, la conférence organisée à Fontainebleau sous sa direction a donné naissance à l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), qui est ainsi devenue la première organisation internationale de protection de l'environnement et qui a joué un rôle essentiel dans de nombreux domaines du droit de l'environnement actuel³⁵.

Ce nonobstant, c'est l'Assemblée générale des Nations Unies, devenue de plus en plus active dans les années 60 suite à l'entrée aux Nations Unies de plusieurs anciennes colonies, qui a placé la protection de l'environnement à l'ordre du jour de la communauté internationale. Elle l'a fait dans le contexte de l'éclosion du mouvement écologique, dont l'extension géographique et l'intensité politique expliquent sans doute pourquoi la société internationale s'est si rapidement dotée d'une branche du droit consacrée à l'environnement. En 1962, le *New York Times* publiait des extraits du célèbre livre de Rachel Carson sur l'impact nocif du DDT sur les oiseaux, *Printemps silencieux*, ouvrage qui a déclenché un intérêt considérable pour les causes environnementales, en particulier aux États-Unis. Puis, en 1967, le pétrolier *Torrey Canyon* s'échouait en laissant s'échapper 120 000 tonnes de pétrole brut au large des côtes britanniques, provoquant une prise de conscience, dans la population européenne en particulier, du risque potentiel de catastrophe environnementale à grande échelle. Avec en toile de fond les troubles sociaux de 1968, alors que de nombreux manifestants s'en prenaient à une croissance de la

³⁰ « Trail smelter case », *op. cit.*, note 28, p. 1965 ; voir aussi Franz X. Perrez, « The relationship between 'permanent sovereignty' and the obligation not to cause transboundary environmental damage », dans *Environmental Law*, Vol. 26, 1996, pp. 1187-1212.

³¹ Voir CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, Recueil CIJ 1996, par. 29, p. 241. Voir aussi André Nollkaemper, « Sovereignty and environmental justice in international law », dans Jonas Ebbeson and Phoebe Okowa (dir.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 253-269.

³² Voir par ex. Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2^e éd., 2003, pp. 236-237 (traduction CICR).

³³ Kofi A. Annan, Département de l'information des Nations Unies, et Secrétaire général des Nations Unies, « *Nous les peuples* » : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle, Département de l'information des Nations Unies, New York, 2000, para. 254, disponible sur : <http://www.un.org/french/millenaire/sg/report/full.htm> (dernière consultation le 13 décembre 2010).

³⁴ *Convention créant une Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Acte constitutif)*, 16 novembre 1945, entrée en vigueur le 4 novembre 1946, préambule disponible sur : http://www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/UNESCO_F.PDF (dernière consultation le 26 novembre 2010).

³⁵ Voir par ex. la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)*, ouverte à signature le 3 mars 1973, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1975, 993 RTNU 243.

population et de la consommation devenue « ingérable », l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait, sur recommandation de l'UNESCO, une résolution prévoyant l'organisation d'une conférence des Nations Unies sur le milieu humain³⁶. Cette conférence s'est tenue en juin 1972 à Stockholm, qui est ainsi devenue le berceau du droit international de l'environnement.

Il convient de relever que, malgré son évolution rapide depuis les années 70, le droit international de l'environnement n'a pas suivi la même voie que le droit national pour ce qui est des dommages causés à l'environnement. Alors que la plupart des systèmes nationaux ont clairement imposé le principe d'une indemnisation financière en cas de dommages à l'environnement, le droit international est à ce jour bien plus ambigu à ce sujet et s'est plutôt concentré sur des principes relativement vagues de prévention et de précaution. Alors qu'en droit international général, toute violation de la règle établie *sic utere tuo ut alienum non laedas* s'accompagne normalement d'une obligation d'indemnisation financière³⁷, il est intéressant de constater que les expressions principales de ce principe en droit international de l'environnement ne mentionnent pas la responsabilité *ex post facto* et mettent au contraire l'accent sur la prévention des dommages. On peut citer à titre d'exemple le principe 21 de la Déclaration de Stockholm et le principe 2 de la Déclaration de Rio³⁸, ainsi que les projets d'articles de 2001 de la Commission du droit international sur la « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses »³⁹. Évidemment, il existe d'innombrables exemples dans la pratique internationale où des indemnisations ont été versées pour des dommages à l'environnement⁴⁰ et d'autres qui illustrent la volonté croissante des acteurs internationaux d'appliquer le principe du « pollueur payeur » au plan international⁴¹. Cependant, des analyses approfondies de la pratique des États ont montré que le versement de dédommagements par un État pour une infraction à l'obligation « molle » (non contraignante)⁴² de ne pas causer de dommages à l'environnement était l'exception plutôt que la

³⁶ Résolution 2398 (XXIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 3 décembre 1968, « Problèmes du milieu humain ».

³⁷ « Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » avec commentaires y relatifs, texte adopté par la CDI à sa cinquante-troisième session, 2001, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, 2001, deuxième partie.

³⁸ « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale », *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain*, 16 juin 1972 (Déclaration de Stockholm), principe 21 ; et *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Annexe I, 12 août 1992, UN Doc A/Conf. 151/26, Vol. I, principe 2.

³⁹ Texte adopté par la CDI à sa cinquante-troisième session, 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission couvrant les travaux de cette session. Le rapport contient également des commentaires sur les projets d'articles (*Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session*, Assemblée générale, Documents officiels, Cinquante-sixième session, Supplément N° 10 [A/56/10]).

⁴⁰ Goldblat trouve même des pratiques antérieures à la naissance et à la codification du droit international de l'environnement, notamment des exemples comprenant le versement de dédommagements des États-Unis au Japon pour les effets des retombées radioactives d'une explosion nucléaire déclenchée dans le Pacifique en 1954 et à l'Espagne pour le contenu radioactif de bombes à hydrogène tombées accidentellement d'un bombardier américain au-dessus de Palomares, Espagne, en 1966, endommageant les cultures et les champs, même si le versement antérieur à l'équipage du *Lucky Dragon* avait techniquement été effectué *ex gratia*, c'est-à-dire sans admission de responsabilité. Jozef Goldblat, « The Environmental Warfare Convention: How Meaningful Is It? », dans *Ambio*, Vol. 6, N° 4, 1977, pp. 216-221.

⁴¹ Voir Déclaration de Rio, *op. cit.*, note 38, principe 16. Voir aussi Hans Christian Bugge, « The polluter pays principle: dilemmas of justice in national and international contexts », dans J. Ebbeson et P. Okawa, *op. cit.*, note 31, pp. 411-428.

⁴² Voir Alexandre Kiss, « Present Limits to the Enforcement of State Responsibility for Environmental

règle⁴³.

On peut donc en conclure que le droit international de l'environnement actuel s'attache plus à prévenir les faits qu'à rendre la justice une fois les dommages causés. La prévention est la stratégie principale qu'un très grand nombre d'instruments majeurs du droit international de l'environnement ont adoptée depuis la Conférence de Stockholm. C'est le cas du régime très efficace mis en place par la Convention de Vienne et le Protocole de Montréal pour la protection de la couche d'ozone⁴⁴. C'est aussi la voie suivie par les deux instruments universellement connus que sont la Convention-cadre des Nations Unies et son Protocole de Kyoto sur le changement climatique⁴⁵, dont le régime s'est toutefois avéré moins efficace. Il est compréhensible que les instruments mettent ainsi l'accent sur la prévention dans le contexte environnemental (par opposition au contexte financier, par exemple) quand on observe, comme le fait la CIJ dans l'*Affaire relative au projet Gab•ikovo-Nagymaros*, les « limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages »⁴⁶. En effet, les difficultés pratiques que pose l'indemnisation *ex post facto* pour des dommages à l'environnement sont aggravées au niveau international, du fait que les problèmes liés à l'établissement des éléments de preuve et à l'estimation des dommages sont plus difficilement réglés dans le cadre d'un différend international qu'au niveau national⁴⁷.

Le fait que le droit international de l'environnement s'arrête généralement à la prévention et ne prévoient pas de conséquences détaillées en cas de violation, contrairement à ses équivalents nationaux, est peut-être le signe d'une certaine faiblesse de cette branche du droit encore jeune et insuffisamment développée. Par rapport à d'autres sous-systèmes du droit international, le droit international de l'environnement s'appuie dans une large mesure sur des normes et principes non contraignants, plutôt que sur des normes contraignantes du droit coutumier ou du droit des traités. Il n'a par ailleurs pas de soutien institutionnel solide (les problèmes de financement du PNUE sont bien connus) et sa mise en œuvre n'est pas exempte de problèmes.

Il serait bien trop facile d'attribuer à ces faiblesses de structure et de forme le fait que, comme nous le verrons, la plupart des règles sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre n'ont pas été élaborées dans le domaine du droit international de l'environnement. Cela reviendrait à ignorer que la nature même de l'objet de ce droit l'empêche souvent de s'approprier certains aspects du droit international qui sont clairement de sa compétence. En effet, ceux qui semblent oublier, ou qui nient explicitement l'existence du droit

Damage », dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, London, 1991, pp. 3-14.

⁴³ Benedetto Conforti, « Do States Really Accept Responsibility for Environmental Damage », dans Francioni et Scovazzi, *op. cit.*, note 42, pp. 179-180.

⁴⁴ *La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, ouverte à la signature le 22 mars 1985, 1513 RTNU 293, entrée en vigueur le 22 septembre 1988 ; *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, ouvert à la signature le 16 septembre 1987, 1522 RTNU 3, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

⁴⁵ *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, ouverte à la signature le 9 mai 1992, 31 ILM 854 (1992), entrée en vigueur le 21 mars 1994 ; *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, ouvert à la signature le 11 décembre 1997, entré en vigueur le 16 février 2005.

⁴⁶ CIJ, *Affaire relative au projet Gab•ikovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, Recueil CIJ 1997, p. 78, para. 140. Cité avec approbation par la CIJ dans l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, para. 185.

⁴⁷ Voir Christian von Bar et Joachim Schmidt-Salzer (dir.), *Internationales Umweltrechts II: Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 8. und 9. April 1994 in Osnabrück*, C. Heymann, Köln, 1995, p. 229. Les difficultés rencontrées par la CIJ lors de l'examen des preuves de dommages à l'environnement dans la récente *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* appuie cette opinion. Voir CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, note 46.

international de l'environnement en tant que branche distincte du droit international, considèrent généralement que d'autres branches du droit international sont aussi capables de traiter des problèmes environnementaux, et peut-être même mieux que les normes et principes du droit international de l'environnement lui-même. Malgosia Fitzmaurice, par exemple, a été jusqu'à dire que le droit international de l'environnement n'était qu'un sous-domaine du droit de la responsabilité des États⁴⁸, ignorant ainsi le dispositif de prévention très avancé que le droit international de l'environnement a conçu pour répondre à différents problèmes internationaux concernant l'environnement. D'autres vont faire observer que la chambre de la Cour internationale de Justice chargée de l'environnement n'a jamais été utilisée à ce jour et que, même dans l'une des affaires environnementales les plus célèbres portées devant la CIJ, l'*Affaire relative au projet Gab•íkovo-Nagymaros*, l'opinion majoritaire n'a évoqué les règles et principes du droit international de l'environnement que « du bout des lèvres », et les juges sont arrivés à leurs conclusions sur les questions juridiques de fonds par une application méthodique, non pas des règles et principes du droit international de l'environnement, mais des préceptes du droit des traités et du droit de la responsabilité des États⁴⁹. Cependant, cela ne suffit pas à démontrer que le droit international de l'environnement – plus justement défini comme étant un ensemble de règles et de principes visant à la protection de l'environnement naturel⁵⁰ – n'existe pas, mais simplement qu'il existe rarement, pour ne pas dire jamais, en tant que droit indépendant, hermétiquement séparé de l'application des autres branches du droit international. Après tout, comme nous l'avons dit dans l'introduction de cet article, les problèmes internationaux contemporains sont souvent très complexes et il n'est donc guère concevable qu'une des nombreuses autres branches du droit international actuel ne puisse pas s'appliquer, simultanément au droit de l'environnement, à un problème environnemental de portée internationale. La pratique récente des cours et tribunaux internationaux a d'ailleurs démontré que des affaires importantes de droit international de l'environnement pouvaient aussi concerner d'autres branches très diverses du droit, qu'il s'agisse du droit relatif à l'emploi de la force⁵¹, du droit international du commerce⁵², ou encore du droit international des droits de l'homme⁵³.

C'est pour cette raison que les juristes du droit international de l'environnement doivent apporter à leur travail des connaissances non seulement du droit international général, mais aussi des diverses autres branches du droit international. Concernant les dommages à l'environnement marin, par exemple, il faudra probablement recourir au droit de la mer⁵⁴; et, dans le cas de dommages à l'environnement causés par des investisseurs étrangers, le droit des investissements entrera certainement en jeu⁵⁵. Et si des dommages environnementaux se

⁴⁸ Malgosia Fitzmaurice, « International Environmental Law as a Special Field of International Law », dans *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law special volume marking the 25th anniversary of the Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, p. 209.

⁴⁹ Voir CIJ, *Affaire relative au projet Gab•íkovo-Nagymaros*, op. cit., note 46.

⁵⁰ Pour les principaux éléments définitoires du droit international de l'environnement, voir Laurence Boisson de Chazournes, Richard Desgagné, Makane Mbengue et Cesare Romano, *Protection internationale de l'environnement*, 2^e éd., Pedone, Paris, 2005, p. 1; Patricia Birnie, Alan Boyle, *International Law and the Environment*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-2; et P. Sands, op. cit., note 32, p. 15.

⁵¹ Voir CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit., note 31.

⁵² Voir par ex. : Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Organe d'appel de l'OMC, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.

⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Önerildiz c. Turquie*, arrêt du 18 juin 2002, requête N° 48939/99 [2002] ECHR 491. Voir de façon plus générale Cesare Paolo R. Romano, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

⁵⁴ Voir par ex. : Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, sentence sur la compétence et la recevabilité, décision du 4 août 2000.

⁵⁵ Voir par ex. : *Methanex Corporation v United States of America*, *International Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the*

produisent dans le cadre d'un conflit armé, l'application du droit international humanitaire et, peut-être aussi du droit pénal international, devra évidemment être prise en compte. C'est à cette dernière interaction que nous nous intéresserons dans la suite de cet article.

Droit international humanitaire

Dans la présente publication, il est inutile de présenter le droit international humanitaire de manière générale, mais quelques remarques sur la façon dont les dommages à l'environnement peuvent entrer dans son champ d'application devraient être utiles. Les premiers instruments du droit international humanitaire ont été créés en application du principe d'humanité et, donc, du moins du point de vue du droit de l'environnement, ils étaient très anthropocentriques. Mais bien que le droit international humanitaire se soit principalement attaché au début à limiter les causes directes de souffrance humaine pour les personnes participant à un conflit armé, il ne s'est jamais fixé de telles restrictions en tant que branche du droit. Le socle sur lequel repose le droit international humanitaire, ce sont les recommandations générales de la clause de Martens et l'appel lancé par le fondateur du CICR, Henry Dunant, « pour que l'on cherche, dans un esprit d'humanité et de vraie civilisation, à ... prévenir, ou tout au moins à adoucir les horreurs [des guerres] »⁵⁶. Par ailleurs, le premier code pour la conduite de la guerre, le fameux Code Lieber, adopté par Abraham Lincoln pour être appliqué par les forces de l'Union pendant la guerre de Sécession en 1863, est aussi très général. Par exemple, sa section II sur les biens publics et privés de l'ennemi contient plusieurs dispositions visant à protéger les biens ayant une importance culturelle ou scientifique, ainsi que tous les biens appartenant aux églises, aux hôpitaux ou à d'autres établissements de caractère exclusivement charitable⁵⁷.

Il y a deux aspects de l'évolution plus générale suivie par le droit international humanitaire au cours du XX^e siècle, qui sont particulièrement importants pour comprendre la façon dont les dommages causés à l'environnement en temps de guerre sont réglementés. En premier lieu, l'élargissement progressif des catégories de personnes protégées par le droit de la guerre, depuis les soldats participant directement au conflit jusqu'aux civils indirectement pris au milieu du conflit, a permis d'insister aussi sur la façon dont la guerre touche la vie civile, préparant ainsi la voie à la prise en compte des effets des dommages causés à l'environnement en temps de guerre par le droit international humanitaire. En second lieu, alors que le CICR avait peut-être dépassé les limites de son premier mandat (prêter assistance aux victimes) et que, cherchant à obtenir davantage de résultats concrets, il intégrait dans le champ d'action du droit international humanitaire les efforts visant à limiter l'emploi de certaines armes jugées inhumaines et inutiles⁵⁸, les États adoptaient des traités qui pourraient facilement être adaptés, afin de réglementer les dommages causés à l'environnement en temps de guerre. Il n'est donc pas surprenant que ce soit dans le cadre du droit international humanitaire, la *lex specialis* applicable aux conflits armés, que les efforts visant à limiter les dommages causés à l'environnement en temps de guerre aient été déployés en premier.

Développement du droit international pour aborder la question spécifique des

Tribunal on Jurisdiction and Merits, 7 août 2005.

⁵⁶ Henry Dunant, *Un souvenir de Solferino*, 2^e édition, Joël Cherbuliez Libraire, Genève, 1862.

⁵⁷ Francis Lieber, « Instructions de 1863 pour le comportement des armées des États-Unis d'Amérique en campagne », préparées par Francis Lieber et proclamées par le Président Lincoln en tant qu'ordre général n° 100 le 24 avril 1863 (ci-après « Code Lieber »), articles 34-36 dans Dietrich Schindler et Jiří Toman, *Droit des conflits armés : recueil des conventions, résolutions et autres documents*, pp. 3-22.

⁵⁸ Voir Toni Pfanner, « Éditorial », dans *International Review of the Red Cross, Sélection française 2005*, Vol. 87, 2005, p. 167.

dommages à l'environnement en temps de guerre

Les nombreux auteurs, qui ont cherché dans les annales de l'histoire de l'homme des exemples de législation « environnementale », y ont trouvé diverses politiques et mesures spécifiques adoptées en vue de réduire l'impact de la guerre sur l'environnement. Ces principes sont déjà présents dans certains des textes sur la guerre parmi les plus anciens et les plus importants de l'Antiquité. L'Ancien Testament, commun aux juifs et aux chrétiens⁵⁹, ainsi que le Coran⁶⁰, demandent en effet aux croyants qui participent à un conflit armé de ne pas endommager les arbres de leurs ennemis.

Même si, au début de l'ère moderne, les principales religions reconnaissaient toutes que l'environnement devrait, dans toute la mesure du possible, être épargné des effets des conflits armés, les dommages à l'environnement étaient tolérés comme un mal nécessaire de la guerre. Avec le développement rapide des nouvelles techniques de guerre pendant la première moitié du XX^e siècle et une prise de conscience croissante des grands dangers qui sont inhérents à la guerre moderne, cette perception a commencé à changer. À la suite des dommages considérables causés par l'utilisation du gaz moutarde durant la Première Guerre mondiale, les grandes puissances se sont réunies, en 1925, pour interdire l'emploi de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que les moyens de guerre bactériologiques⁶¹. Plus tard, après que la « guerre totale » eut atteint son paroxysme durant la Seconde Guerre mondiale, avec d'innombrables morts civiles et la première utilisation de la bombe atomique, la communauté internationale a pris des mesures pour protéger les populations civiles en adoptant la Quatrième Convention de Genève de 1949. Cependant, alors même que plusieurs règles de ces instruments auraient pu être appliquées à des cas de dommages à l'environnement, le droit international humanitaire de cette période est resté très anthropocentrique⁶².

Dans les années 60, alors que les craintes d'un hiver nucléaire allaient croissantes et que les forces américaines étaient engagées dans la guerre du Viet Nam (1955-1975) (où, comme on l'a vu, leur combat contre les Viet-Cong les a conduites à entreprendre une vaste campagne de défoliation), la capacité des guerres modernes à gravement endommager l'environnement a suscité une telle préoccupation que les premiers efforts visant à adopter des règles juridiques contre les dommages causés à l'environnement en temps de guerre ont été entrepris. Un commentateur de cette période a été jusqu'à dire que « l'avenir de l'humanité tout entier va dépendre pour beaucoup d'une affirmation ferme, précise et catégorique du droit de l'environnement à respecter en temps de guerre »⁶³.

Les premières initiatives ont été engagées dans le cadre du droit international humanitaire

⁵⁹ Bible, Deutéronome 20:19-20 : « Si tu fais un long siège pour t'emparer d'une ville avec laquelle tu es en guerre, tu ne détruiras point les arbres en y portant la hache, tu t'en nourriras et tu ne les abattras point ; car l'arbre des champs est-il un homme pour être assiégé par toi ? Mais tu pourras détruire et abattre les arbres que tu sauras ne pas être des arbres servant à la nourriture, et en construire des retranchements contre la ville qui te fait la guerre, jusqu'à ce qu'elle succombe ».

⁶⁰ Coran 59:5 : « Les palmiers que vous avez coupés et ceux que vous avez épargnés le furent avec la permission de Dieu, dans le but de confondre les pervers ».

⁶¹ Voir Comité international de la Croix-Rouge, *ICRC in WWI: Efforts to Ban Chemical Warfare*, 11 janvier 2005, disponible sur : <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQGS> (dernière consultation le 2 décembre 2010).

⁶² Heller Heller et Lawrence citent comme exemples les articles 23 et 55 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et l'article 53 de la Quatrième Convention de Genève de 1949 ; voir Jessica C. Lawrence et Kevin Jon Heller, « The first ecocentric environmental war crime: the limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute », dans *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 20, 2007, p. 62.

⁶³ Nagendra Singh, « The environmental law of war and the future of mankind », dans René-Jean Dupuy, *op. cit.*, note 15, p. 419 (traduction CICR).

et du droit international de l'environnement. Le 16 décembre 1969, dans un contexte marqué par la guerre du Viet Nam, la naissance du mouvement écologique et d'importants changements dans la composition de la communauté internationale, l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé d'étendre la portée de l'instrument relativement anthropocentrique du droit international humanitaire qu'était le Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques⁶⁴, en y incluant les agents de guerre chimiques ou biologiques visant à provoquer des maladies ou à produire des effets toxiques directs chez les hommes, les animaux ou les plantes⁶⁵. Alors que d'un côté elle adaptait les instruments du droit international humanitaire aux nouveaux domaines politiques, l'Assemblée générale créait d'un autre côté une nouvelle branche du droit international qui répondait précisément aux mêmes préoccupations politiques. Un an plus tôt, elle avait appelé à la tenue d'une conférence des Nations Unies sur les problèmes du milieu humain dans « un cadre qui [permettrait] de procéder, au sein des Nations Unies, à un examen complet des problèmes du milieu humain »⁶⁶. Lors de cette conférence tenue à Stockholm en 1972, le mouvement du droit international de l'environnement a promulgué des principes demandant l'adoption de mesures sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre. Ces demandes s'adressaient notamment aux États qui étaient priés de « coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité » des dommages à l'environnement (principe 22) et de « s'efforcer, au sein des organes internationaux appropriés, d'arriver, dans les meilleurs délais, à un accord sur l'élimination et la destruction complète [des armes nucléaires] » (principe 26)⁶⁷.

Ces principes de Stockholm révélaient une volonté de s'attaquer au problème des dommages causés à l'environnement en temps de guerre, mais ce n'était bien sûr qu'un tout petit pas vers la réglementation de la question, qui interviendrait plus tard, au moment de la conférence fondatrice du mouvement du droit international de l'environnement. Considérant la question des dommages causés à l'environnement en temps de guerre dans le contexte de cette prise de conscience écologique internationale et de la guerre du Viet Nam qui se poursuivait, certains États voulaient en effet aller bien plus loin que ces déclarations générales de droit non contraignant, d'un effet juridique discutable.

Applicabilité des instruments de droit international de l'environnement durant les conflits armés

L'une des raisons invoquées pour expliquer pourquoi la réglementation des dommages à l'environnement en temps de guerre a été, et continue d'être, développée en grande partie à l'intérieur du sous-système du droit international humanitaire est que les règles du droit international de l'environnement, tout en étant juridiquement contraignantes, sont souvent considérées comme ne s'appliquant pas en cas de conflit armé. De l'opinion de l'auteur, cette question complexe peut être abordée sous deux angles distincts⁶⁸.

⁶⁴ *Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques*, Genève, 17 juin 1925, entré en vigueur le 8 février 1928.

⁶⁵ Résolution 2603 (XXIV) de l'Assemblée générale du 16 décembre 1969, 24^e session, 1836^e séance plénière.

⁶⁶ Résolution 1346 (XLV) du Conseil économique et social (1968) et résolution 2398 (XXIII) du 3 décembre 1968 de l'Assemblée générale.

⁶⁷ Déclaration de Stockholm, *op. cit.*, note 38.

⁶⁸ L'idée de deux approches distinctes, avancée ici dans le cadre spécifique des traités sur l'environnement et des conflits armés, a certains points communs avec la distinction faite par la CDI entre les critères subjectifs et les critères objectifs, qui est étudiée au para. 9 du rapport de la Commission, *Les effets des conflits armés sur les traités : examen de la pratique et de la doctrine*, 1^{er} février 2005, disponible sur : http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_550.pdf (dernière consultation le 8 décembre 2010), en particulier les para. 9 sqq. L'approche stricte du droit des traités inclut au bout du compte une appréciation de l'intention subjective des rédacteurs des traités, alors que l'approche de la CIJ repose clairement sur une évaluation objective devant déterminer si l'application de la disposition du traité est compatible avec la conduite

Si l'on applique ici strictement le droit des traités, tous les instruments du droit international de l'environnement seraient potentiellement applicables en période de conflit armé, à l'exception des très rares instruments qui excluent expressément leur application en temps de guerre⁶⁹ ou ceux pour lesquels il peut être clairement déterminé que les parties aux négociations ne prévoyaient pas l'application de leurs dispositions en période de conflit armé⁷⁰. Au vu de l'interprétation stricte qui est donnée de ce qui constitue un « changement fondamental de circonstances » d'après la formulation de la règle *rebus sic stantibus* de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il semble extrêmement difficile, en droit des traités, de ne pas appliquer des règles et instruments généraux du droit international de l'environnement et en particulier ceux qui traitent spécifiquement des conflits armés⁷¹. En effet, il est difficile de soutenir que les rédacteurs de dispositions telles que le principe 26 de la Déclaration de Stockholm sur les armes nucléaires ne prévoyaient pas son application en temps de guerre.

L'approche la plus courante de cette question épineuse consiste à éviter la question de l'applicabilité et à simplement subordonner l'application des préceptes souvent vagues des instruments du droit international de l'environnement à l'application des règles plus spécifiques et mieux établies du droit international. Il semble que ce soit la méthode adoptée par la CIJ dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui considère que⁷² :

« ... la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé. La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. »

La Cour énumère ensuite les dispositions du droit international de l'environnement et du droit international humanitaire qui, dans ce cas spécifique, subordonnent les considérations environnementales aux considérations relevant du droit des conflits armés, conformément à ce qu'elle appelle « l'opinion générale selon laquelle les considérations écologiques constituent l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en œuvre des principes du droit applicable dans les conflits armés »⁷³.

de la guerre.

⁶⁹ P. Birnie, A. Boyle, *op. cit.*, note 50, p. 149. Les exemples rares, mais notables, comprennent la partie XII de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la guerre*, ouverte à la signature le 10 décembre 1982, 1833 RTNU 3, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, partie XII - Protection et préservation du milieu marin (qui est essentiellement un mini accord multilatéral de protection de l'environnement pour le milieu marin), en particulier l'article 236, qui exclut de l'application des dispositions de cette partie les « navires de guerre ou navires auxiliaires, [et les] autres navires ou ... aéronefs appartenant à un État ou exploités par lui... » ; voir aussi la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, adoptée le 29 novembre 1969, 973 RTNU 3, entrée en vigueur le 19 juin 1975, dont l'article III(2)(a) exclut notamment les dommages qui résultent d'un acte de guerre ou d'hostilité, d'une guerre civile ou d'une insurrection ; voir E. Mann-Borgese, *op. cit.*, note 15, pp. 105-108 ; voir aussi Richard Desgagné, « The prevention of environmental damage in time of armed conflict », dans Horst Fischer, Avril McDonald (dir.), *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 3, 2000, plus particulièrement les pages 122 à 126.

⁷⁰ Le principe *rebus sic stantibus* qui figure dans l'article 62(3) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, ouverte à la signature le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, permet de suspendre l'application d'un traité après un changement fondamental de circonstances.

⁷¹ Voir aussi Michael Bothe, Antonio Cassese, Frits Kalshoven, Alexandre Kiss, Jean Salmon et Kenneth R. Simmonds, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, rapport établi par un groupe d'étude constitué par les Communautés européennes, Commission européenne, Bruxelles, 1985.

⁷² CIJ, *Avis consultatif sur les armes nucléaires*, *op. cit.*, note 31, para. 30.

⁷³ *Ibid.*, par. 31-32.

Étant donné les difficultés que risquait de poser l'application des dispositions du droit international de l'environnement dans des domaines aussi imbriqués, il est compréhensible que, du moins pendant les années de formation du droit international de l'environnement, ceux qui étaient préoccupés par les dommages causés à l'environnement en temps de guerre se soient tournés vers le droit des conflits armés. Cependant, le droit international humanitaire de cette époque était loin de répondre au souhait des États qui voulaient interdire les dommages à l'environnement en temps de guerre, du moins quand ils étaient graves et intentionnels. Des instruments tels que le Code Lieber de 1863⁷⁴, les Conventions de La Haye de 1899 et 1907⁷⁵ et même les Conventions de Genève de 1949⁷⁶, peuvent contenir des dispositions sur les « destructions sans motif », mais ne couvrent pas spécifiquement la question des dommages causés à l'environnement en temps de guerre. C'est la raison pour laquelle il a fallu chercher d'autres dispositions spécifiques du droit des traités⁷⁷.

Quand les États se sont réunis à Genève en 1974 pour la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire, l'introduction d'une disposition protégeant l'environnement naturel en temps de guerre bénéficiait déjà d'un large soutien. Il est intéressant de noter que le projet de texte proposé au début de la Conférence par le CICR ne contenait aucune disposition spécifique sur ce point⁷⁸, mais un large groupe d'États a présenté des propositions pour que la protection de l'environnement fasse l'objet d'une disposition du droit international.

Ironiquement, c'est à l'Australie que l'on doit l'une des premières propositions faites dans ce sens, le 19 mars 1974. L'Australie avait combattu aux côtés des États-Unis durant la guerre du Viet Nam, mais, au moment de la Conférence de Genève, elle était dirigée par un nouveau gouvernement animé d'un esprit pionnier qui avait mis fin à la participation de l'Australie à la guerre du Viet Nam et était en train d'adopter de nombreuses lois très progressistes⁷⁹. Non seulement la délégation australienne proposait d'interdire l'emploi de méthodes de guerre nocives à l'environnement et les représailles contre l'environnement, mais elle faisait en outre de la violation de ces interdictions une « infraction grave »⁸⁰ qui engageait la responsabilité pénale individuelle des contrevenants et relevait de la compétence universelle. Cependant, en raison de l'opposition de plusieurs pays, dont le Royaume-Uni, la proposition australienne et des propositions similaires de la République démocratique allemande, de la Tchécoslovaquie, de l'Ouganda et du Viet Nam⁸¹ ont été largement édulcorées. En conséquence, les dispositions contenues dans le Protocole additionnel I⁸² tel qu'il a été signé interdisent les attaques contre

⁷⁴ Code Lieber, *op. cit.*, note 57.

⁷⁵ Voir les Conventions de La Haye concernées de 1899 et 1907, disponibles sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/INTRO?OpenView> (dernière consultation le 8 décembre 2010).

⁷⁶ Voir les Conventions de Genève de 1949, disponibles sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/CONVPRES?OpenView> (dernière consultation le 8 décembre 2010).

⁷⁷ Une fois que des règles spécifiques ont été adoptées, l'application de la règle *lex specialis derogate legi generali* n'était pas neutre : les dispositions spécifiques élaborées dans le cadre du droit international humanitaire devaient s'appliquer en lieu et place des règles générales internationales préexistantes sur les dommages causés à l'environnement (mais pas en temps de guerre) ou des règles générales du droit international humanitaire sur la destruction sans motif (mais pas spécifiquement sur la destruction de l'environnement naturel).

⁷⁸ Alexandre Kiss, « Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977 et la protection de biens de l'environnement », dans Christophe Swinarski (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1984, p. 182.

⁷⁹ Le gouvernement australien de Whitlam a été élu en 1972, mettant fin à 26 ans de monopole conservateur du pouvoir. Parmi les lois progressistes adoptées par ce gouvernement figure tout un éventail de dispositions de protection des consommateurs réunies dans la *Trade Practices Act* (loi sur les pratiques commerciales) de 1974 et la *Family Law Act* (loi sur le droit de la famille), socialement très avancée, de 1975.

⁸⁰ Voir A. Kiss, *op. cit.*, note 78, p. 182.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 183-184.

⁸² *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des*

l'environnement naturel à titre de représailles (article 55, para. 2), mais introduisent un élément moral qualifiant pour l'interdiction de l'emploi de méthodes de guerre causant des dommages à l'environnement (articles 35, para. 3 et 55, para. 1), et elles n'ont pas fait de la violation de ces dispositions une « infraction grave » aux termes du Protocole qui aurait engagé la responsabilité individuelle des auteurs pouvant être poursuivis pour crimes de guerre (voir article 85 du Protocole additionnel I). Par ailleurs, aucune disposition sur l'environnement n'a été incluse dans le Protocole additionnel II⁸³, qui règlemente les conflits armés non internationaux ; la raison invoquée est que les forces rebelles engagées dans des guerres civiles se soucieraient de toute façon bien peu de l'application du droit international humanitaire et que leurs actions seraient donc mieux couvertes dans le cadre des droits de l'homme⁸⁴.

Entre la première et la deuxième session de la Conférence de Genève de 1974-1977 qui a donné naissance au Protocole additionnel I, l'Union soviétique a soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies un projet de convention internationale sur l'interdiction d'agir sur l'environnement et le climat à des fins militaires et autres, et a proposé d'adopter une convention internationale dans ce sens⁸⁵. L'Assemblée générale a accepté cette proposition et, après que les États-Unis eurent coopéré avec l'URSS à sa rédaction⁸⁶, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (Convention ENMOD) a été soumise telle quelle à l'Assemblée générale, qui l'a adoptée le 10 décembre 1976, avant même la conclusion de la Conférence de Genève et l'adoption du Protocole additionnel I⁸⁷. Bien que les défenseurs de l'environnement l'aient critiquée pour sa portée restreinte⁸⁸, cette Convention reste le premier et le seul instrument qui mette spécifiquement l'accent sur la protection de l'environnement dans les conflits armés⁸⁹. Elle ne prévoit pas de poursuites pour les dommages causés en temps de guerre à l'environnement en tant que tels et elle n'interdit pas non plus l'emploi de certaines armes. Elle vise plutôt à restreindre l'emploi, dans les conflits armés, de certaines techniques telles que celles qui avaient été utilisées par l'armée américaine au Viet Nam.

Aucun de ces deux instruments – pas plus que les timides dispositions des instruments du droit international humanitaire subséquentement adoptés (tels que le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires de la CCAC de 1982⁹⁰, par ailleurs soumis à de

conflits armés internationaux (Protocole I) (ci-après Protocole additionnel I), ouvert à la signature le 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

⁸³ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (ci-après Protocole additionnel II), ouvert à la signature le 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

⁸⁴ A. Kiss, *op. cit.*, note 78, p. 184.

⁸⁵ Voir la résolution 3264 (XXIX) de l'Assemblée générale du 9 décembre 1974.

⁸⁶ Voir la résolution 3475 (XXX) de l'Assemblée générale du 11 décembre 1975, para. 5 de l'introduction.

⁸⁷ Résolution 31/72 de l'Assemblée générale du 10 décembre 1976.

⁸⁸ Voir par ex. Susana Pimiento Chamorro, Edward Hammond, *Addressing Environmental Modification in Post-Cold War Conflict: The Convention on the Prohibition of Military or Any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) and Related Agreements*, Edmonds Institute Occasional Papers Series, 2001, disponible sur : <http://www.edmonds-institute.org/pimiento.html> (dernière consultation le 9 décembre 2010).

⁸⁹ *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles* (ci-après Convention ENMOD), adoptée le 10 décembre 1976, ouverte à la signature à Genève le 18 mai 1977 (entrée en vigueur le 5 octobre 1978) ; voir aussi Daniel Bodanksy, *Legal Regulation of the Effects of Military Activity on the Environment*, Rapport de recherche 201 18 103 pour le ministère allemand de l'Environnement, de la Protection de la nature et de la Sécurité nucléaire, Erich Schmidt, Berlin, 2003, p. 26.

⁹⁰ Article 2-4) du *Protocole III à la Convention sur certaines armes classiques*, Genève, 10 octobre 1980, disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/515?OpenDocument> (dernière consultation le 9 décembre 2010) : « Il est interdit de soumettre les forêts et autres types de couverture végétale à des attaques au moyen d'armes incendiaires sauf si ces éléments naturels sont utilisés pour couvrir, dissimuler ou camoufler des

fortes réserves), ou des instruments du droit international de l'environnement (comme les articles vagues et non contraignants de la Charte mondiale de la nature⁹¹ de l'Assemblée générale de 1982 et l'Agenda 21⁹², qui appellent simplement à protéger l'environnement en cas de conflit armé) – ne s'est révélé particulièrement efficace pour prévenir de nouveaux dommages à l'environnement en temps de guerre. Comme on l'a vu précédemment, dans les années 80 et 90, l'environnement a été victime des pires actes de destruction liés à des conflits armés. Trois grandes raisons sont avancées pour expliquer cet échec apparent.

Premièrement, concernant les dispositions plus spécifiques et plus étendues des années 70, ni la Convention ENMOD, ni le Protocole additionnel I n'interdisent les dommages à l'environnement se produisant pendant des conflits armés non internationaux, notamment des insurrections de rebelles et des guerres civiles déclarées⁹³. Or, de nombreux cas de dommages à l'environnement en temps de guerre dans les années 80 et 90 se sont justement produits dans le contexte de conflits armés non internationaux : la guerre civile au Guatemala, où des défoliants de style agent orange auraient été utilisés dans des zones d'activité de la guérilla ; la guerre civile salvadorienne, où du napalm et du phosphore blanc auraient été utilisés ; et la première partie du conflit au Kosovo, où les forces serbes auraient empoisonné des puits et pratiqué la tactique de la terre brûlée contre la population d'origine albanaise⁹⁴.

Deuxièmement, les dispositions des instruments de 1976 et 1977 concernant les dommages à l'environnement ne sont contraignantes que pour les États qui ont signé ces instruments, à moins qu'elles ne soient considérées comme reflétant le droit international coutumier. Au vu de la pratique antérieure et postérieure des États, il est difficile de voir comment ces dispositions pourraient être considérées comme des règles du droit international coutumier applicable à l'encontre de certains des États les plus actifs sur le plan militaire qui ont refusé de les ratifier⁹⁵. Le Protocole additionnel I compte actuellement 167 États parties, mais les États-Unis, Israël, l'Irak et l'Iran ne sont pas sur cette liste. S'agissant de la Convention ENMOD, seuls 72 États l'ont ratifiée ou y ont adhéré, et ni la France, ni la plupart des États du Moyen-Orient, n'y sont parties. La plupart des atteintes majeures à l'environnement en temps de guerre qui se sont produites après 1980 sont le fait d'États qui

combattants ou d'autres objectifs militaires, ou constituent eux-mêmes des objectifs militaires ». Comme on le voit, cette disposition est fortement nuancée par la notion explicitement large d'objectifs militaires, de sorte que même les activités de l'armée américaine au Viet Nam n'auraient pas constitué une infraction.

⁹¹ Résolution 37/7 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 28 octobre 1982 : « 5. La nature sera préservée des déprédations causées par la guerre ou d'autres actes d'hostilité 20. Les activités militaires préjudiciables à la nature seront évitées ».

⁹² « Agenda 21 », annexe II au Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 : « 39.6 Il 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'Assemblée générale et sa Sixième Commission sont les instances appropriées pour traiter de cette question. Il convient de tenir compte de la compétence et du rôle spécifiques du Comité international de la Croix-Rouge ».

⁹³ Convention ENMOD, *op. cit.* note 89, article 1 : « Chaque État Partie ... en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre État Partie ». Comme relevé ci-dessus, le Protocole additionnel I ne s'applique expressément qu'aux conflits armés internationaux et aucune disposition relative aux dommages à l'environnement n'a été incluse dans le Protocole additionnel II, qui régit les conflits armés non internationaux.

⁹⁴ Voir les sources citées dans J. E. Austin et C. E. Bruch, *op. cit.*, note 7, pp. 3-5.

⁹⁵ Pour leur caractère coutumier, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: règles*, CICR et Bruylant, 2006, p.190, disponible sur : [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_001_PCUSTOM.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_001_PCUSTOM.PDF) (dernière consultation le 20 décembre 2010). Même si on considère que des normes de cette nature précise ont fait l'objet d'une pratique des États – soutenue par l'*opinio juris* y afférente – suffisamment constante et généralisée pour être devenues coutumières, ce qui, de l'avis de l'auteur, est discutable, la notion d'« objecteur persistant » semblerait empêcher l'application de ces règles pour certains des principaux États actifs sur le plan militaire.

n'étaient pas parties à ces accords internationaux, qu'il s'agisse de l'utilisation faite par les Irakiens des installations pétrolières pendant la guerre Iran-Irak et les guerres du Golfe, des bombardements de l'OTAN dirigés par les États-Unis au Kosovo en 1999 (en particulier des complexes industriels à Pan•evo et autour de Novi Sad), ou encore des actions d'Israël au Liban et à Gaza. Nous reviendrons plus loin sur ces événements, mais signalons seulement ici, aux fins de notre argument, que ni l'Irak, ni Israël (qui n'étaient pas, et ne sont toujours pas, parties à aucun de ces accords), ni les États-Unis (dont les atteintes à l'environnement n'étaient pas attribuables à l'utilisation de techniques de modification de l'environnement et qui n'étaient pas partie au Protocole additionnel I), n'étaient soumis à des règles du droit international des traités en vertu desquelles ils auraient enfreint une obligation internationale de ne pas causer de dommages à l'environnement en situation de conflit armé.

Troisièmement, comme nous l'avons mentionné plus haut dans l'historique de l'adoption de ces dispositions, les normes de protection de l'environnement définies dans ces deux instruments (de la même façon que la plupart des normes des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels), ne peuvent faire l'objet d'« infractions graves » au droit international humanitaire. Par conséquent, les États n'ont qu'une obligation non contraignante de réprimer ces infractions et, si la responsabilité d'un État devait être engagée, il devrait, au plus, verser des dédommagements et, éventuellement, faire face à une alliance internationale constituée contre lui⁹⁶. En fait, la responsabilité civile dans le cadre du droit international humanitaire est mentionnée à l'article 91 du Protocole additionnel I, qui établit que « la Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu »⁹⁷. Les limites pratiques de l'application d'un système de responsabilité aux États qui sont déjà engagés dans un conflit armé sont évidentes. En effet, l'application du système juridique international décentralisé et consensuel repose sur l'espoir souvent vain que les États appliqueront le droit international et résoudront leurs différends de bonne foi, mais un conflit armé est généralement le signe d'une réticence à appliquer les règles du droit international et à coopérer de façon à résoudre les différends de manière pacifique⁹⁸. De plus, comme le relève Sassòli, le dernier recours du droit international, le système de sanctions des Nations Unies est, dans ces contextes politiquement chargés, souvent gouverné par des « décisions politiques arbitraires et sélectives des États » et sapé par le recours au droit de veto au Conseil de sécurité des Nations Unies, habilité à voter des sanctions⁹⁹. Ces problèmes ont conduit Birnie et Boyle à affirmer, dans une perspective de droit international de l'environnement, que « le droit des conflits armés est l'une des branches les moins sophistiquées du droit international contemporain » sans moyens d'« assurer de façon adéquate l'imposition de contraintes militaires »¹⁰⁰.

La « criminalisation » des normes du droit international humanitaire afin de mieux faire respecter ce droit

En réponse à ces questions, en particulier au troisième problème, le droit international humanitaire a criminalisé certaines violations particulièrement graves des Conventions de

⁹⁶ Voir par ex. Protocole additionnel I, Partie V, Section II.

⁹⁷ Protocole additionnel I, article 91 ; voir aussi Stanislaw Nahlik, « Le problème des sanctions en droit international humanitaire », dans C. Swinarski, *op. cit.*, note 78, pp. 469-481.

⁹⁸ Voir Frits Kalshoven, *Reflections on the Law of War*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 596-597 ; voir aussi Marco Sassòli et Antoine A. Bouvier, *Un droit dans la guerre ? cas, documents et supports d'enseignement relatifs à la pratique contemporaine du droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2003.

⁹⁹ Marco Sassòli, « Humanitarian law and international criminal law », dans Antonio Cassese (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 111-122, (traduction CICR).

¹⁰⁰ P. Birnie, A. Boyle, *op. cit.*, note 50, p. 150 (traduction CICR).

Genève et de La Haye et de leurs protocoles, dans l'espoir que la menace de la responsabilité pénale individuelle dissuade au moins les hommes politiques et les commandants militaires de commettre les actes les plus graves et les plus inexcusables.

Cependant, le régime des « infractions graves » aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels est lui-même soumis à des contraintes pratiques majeures. Pour toutes les infractions graves, le droit international humanitaire instaure une compétence universelle et oblige les États à se doter des mesures législatives nécessaires, soit pour poursuivre et juger les personnes soupçonnées d'avoir commis ou ordonné ces crimes, soit pour les extradier vers une autre Haute Partie contractante qui les jugera¹⁰¹. Cependant, peu d'États ont adapté leur législation dans ce sens ou engagé des procédures judiciaires nationales et là où la législation existe, l'application de ses règles varie souvent fortement en fonction des systèmes¹⁰². En qualifiant de « lettre morte » les dispositions des instruments de Genève sur la compétence nationale pour les infractions graves, Cassese cite comme raisons possibles de cet échec, premièrement, la réticence des États à engager des poursuites contre leurs propres citoyens ou à les exposer à des poursuites et, deuxièmement, des considérations politiques et diplomatiques qui poussent souvent les États à ne pas engager de poursuites contre des étrangers¹⁰³. En fait, les rares affaires qui ont été portées devant des tribunaux nationaux concernaient pour la plupart des événements de la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁴. La plus célèbre de ces affaires est celle qui a suivi l'enlèvement illégal d'Adolf Eichmann par Israël, en violation de la souveraineté territoriale de l'Argentine. Dans leur grande majorité, les autres poursuites engagées pour des infractions graves n'ont pu l'être que par des tribunaux formés expressément par les vainqueurs de la guerre en question et par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* établis par le Conseil de sécurité en vertu d'une interprétation large des pouvoirs que lui confère le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Provocateur, Sharp affirme qu'un ordre juridique international qui dépend d'actions telles que l'invasion d'un pays souverain ou une ingérence sur son territoire offre une base discutable pour un état de droit stable¹⁰⁵.

Étant donné sa dépendance à l'égard de facteurs externes, le régime du droit international humanitaire avait besoin d'un soutien pour pouvoir imposer des sanctions globales et constituer une mesure dissuasive efficace, but dans lequel le régime des infractions graves avait été établi. Malheureusement, la communauté internationale fragmentée de l'époque de la guerre froide avait une marge de manœuvre restreinte, mais la chute du rideau de fer a ouvert la voie à une décennie d'optimisme internationaliste, qui a fait renaître l'idée d'une cour pénale internationale jouissant d'une large compétence pour juger les auteurs de ce type de violations¹⁰⁶.

La Cour pénale internationale (CPI) a été instituée après l'entrée en vigueur du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Statut de la CPI), le 1^{er} juillet 2002. Ce Statut diffère de ceux des précédents tribunaux pénaux *ad hoc*, dans la mesure où il ne se limite pas à citer les

¹⁰¹ Voir par ex. Convention de Genève IV, articles 49, 50, 129 et 146 ; Protocole additionnel I, article 85. para.1.

¹⁰² Voir Michael Bothe, Peter Macalister-Smith, Thomas Kurzidem (dir.), *National Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990.

¹⁰³ Antonio Cassese, « On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law », dans *European Journal of International Law*, Vol. 9, N° 2, 1998, p. 5.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁵ Peter Sharp, « Prospects for environmental liability in the international criminal court », dans *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 18, N° 217, 1999, p. 220.

¹⁰⁶ A. Cassese, *op. cit.*, note 103, p. 7. L'Assemblée générale avait déjà élaboré un projet de cour pénale internationale au lendemain immédiat de la Seconde Guerre mondiale, qui comprenait même un projet de statuts. Voir la résolution 489 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1950 et une reproduction du statut dans l'*American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 46, 1942, pp. 1-13 (en anglais). Concernant les problèmes qui auraient fait obstacle à ce projet, voir Julius Stone, « The proposed international criminal court », dans Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law*, Rinehart, New York, 1954, pp. 377-379.

principales catégories d'infractions pour lesquelles la Cour est compétente, mais fournit des détails considérables sur les crimes précis pour lesquels la Cour peut engager la responsabilité pénale individuelle d'une personne¹⁰⁷.

Concernant les crimes de guerre, le Statut de la CPI énumère, à l'article 8, paragraphe 2, alinéa b), 26 actes constituant des violations pour lesquelles la Cour est compétente s'ils sont commis dans le cadre d'un conflit armé international. Les crimes de guerre décrits vont au-delà des infractions graves aux Conventions de Genève (pour lesquelles la compétence de la CPI est établie à l'article 8, paragraphe premier, du Statut) et marquent une progression sensible par rapport à la compétence accordée aux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR) et l'ex-Yougoslavie (TPIY), dont les statuts n'ont été rédigés que quatre ou cinq ans plus tôt. L'article 3 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993), par exemple, ne mentionne explicitement que six crimes de guerre en sus des infractions graves aux Conventions de Genève, soit vingt de moins que le Statut de la CPI¹⁰⁸. Aux fins du présent argument, il est important de relever que la liste du TPIY inclut « l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles » (article 3, paragraphe a), ainsi que « la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires » (article 3, paragraphe b). En revanche, il ne fait pas expressément mention des dommages généraux causés à l'environnement en temps de guerre comme étant un crime. Il précise que la liste des crimes n'est pas exhaustive, mais au vu des critères définis par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*, il est très peu probable que la règle des articles 35, paragraphe 3, et 55, paragraphe premier, du Protocole additionnel I, dont la violation ne constitue pas une infraction grave selon l'instrument susmentionné, puisse satisfaire aux critères nécessaires pour qu'une violation de ses termes engage une responsabilité pénale individuelle en vertu du droit international coutumier¹⁰⁹.

Il est donc clair qu'en associant explicitement la responsabilité pénale individuelle à certains cas de dommages à l'environnement en temps de guerre dans son article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv), le Statut de la CPI est allé plus loin que le Protocole additionnel I dans ses dispositions relatives aux infractions légères et que les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie. Surtout, le Statut de la CPI ne limite pas sa liste de crimes de guerre aux actes considérés comme des infractions graves qui engagent de ce fait la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs en vertu des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I. Il témoigne en fait du succès quelque peu inattendu de la Conférence de Rome, qui est non seulement parvenue à cristalliser le droit international coutumier existant, mais qui a aussi contribué au développement progressif de ce droit pour ce qui concerne certains de ses aspects clés, notamment la criminalisation de ce que Richard Falk a baptisé du nom désormais célèbre d'« écocide »¹¹⁰.

Sans aucun doute, l'ajout d'une disposition engageant la responsabilité pénale des auteurs de dommages à l'environnement en temps de guerre renforce considérablement le régime

¹⁰⁷ Le Statut du Tribunal international militaire de Nuremberg faisait déjà la distinction entre le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, tout comme les statuts du tribunal de Tokyo, du TPIY et du TPIR ; voir le *Statut du tribunal international militaire, annexe à l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Accord de Londres)*, 8 août 1945, 82 RTNU 279.

¹⁰⁸ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie* (Statut du TPIY), adopté le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de sécurité tel qu'amendé le 13 mai 1998 par la résolution 1166, et le 30 novembre 2000 par la résolution 1329, article 3.

¹⁰⁹ Voir Chambre d'appel du TPIY, *Le procureur c/ Dusko Tadić*, décision du 2 octobre 1995, para. 94 ; voir aussi Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal : termes choisis*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, pp. 31-32.

¹¹⁰ Richard Falk, « Environmental warfare and ecocide », dans Richard Falk (dir.), *The Vietnam War and International Law*, Vol. 4, Princeton University Press, Princeton, 1976, p. 300.

juridique international applicable à ces actes. Dans la structure du droit humanitaire, la responsabilité pénale est considérée comme le plus haut niveau de réglementation juridique pouvant être atteint et la sanction qui aura le plus de chances d'améliorer à long terme le respect des lois de la guerre¹¹¹. En effet, comme l'a souligné le tribunal de Nuremberg en 1947 :

« Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent des crimes contre le droit international, et ce n'est qu'en punissant ceux qui ont commis ces crimes que l'on peut faire respecter les dispositions du droit international »¹¹².

Le droit de l'environnement a une approche très similaire de la responsabilité pénale, ce qui est intéressant. Bien que le droit international de l'environnement n'ait pas encore atteint un stade de développement qui lui permette de d'envisager, de façon générale, qu'une violation de ses normes puisse engager la responsabilité pénale des contrevenants, de nombreux systèmes du droit national de l'environnement ont fait de la responsabilité pénale un élément essentiel de leur arsenal réglementaire. En adoptant une directive sur la protection de l'environnement par le droit pénal en 2008, le Parlement européen a reconnu l'importance des sanctions pénales, déclarant au troisième paragraphe du préambule¹¹³ :

« L'expérience montre que les systèmes de sanction existants ne suffisent pas à garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement. Ce respect peut et doit être renforcé par l'existence de sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil ».

Les systèmes nationaux de protection de l'environnement offrent une profusion d'exemples de sanctions pénales introduites en vue d'améliorer le respect des lois de protection de l'environnement. Aux États-Unis, par exemple, la loi sur la salubrité de l'air (*Clean Air Act*) prévoit des sanctions pénales, notamment des amendes et/ou des peines pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, en cas de non-respect flagrant des obligations du droit de l'environnement¹¹⁴, ainsi que des amendes et/ou des peines pouvant aller jusqu'à 15 ans d'emprisonnement pour les actes les plus graves de pollution de l'air¹¹⁵. En Espagne, la possibilité d'imposer des sanctions pénales en cas d'infraction au droit de l'environnement est même inscrite dans la Constitution du pays¹¹⁶, tandis qu'en Afrique du Sud « le pouvoir d'application du droit pénal est le plus largement prescrit pour la mise en œuvre du droit de l'environnement »¹¹⁷.

¹¹¹ Voir par ex. M. Sassòli, *op. cit.*, note 99, p. 122.

¹¹² *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international – Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, tome I, Nuremberg, 1947, p. 235.

¹¹³ Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

¹¹⁴ Voir le *Clean Air Act*, 42 USC Section 7413(c)(1) : « Toute personne violant en toute connaissance de cause une obligation ou une interdiction d'un plan de mise en œuvre applicable (durant une période d'application sur le plan fédéral ou plus de 30 jours après avoir été notifiée...) » (traduction CICR).

¹¹⁵ Voir *ibid.*, section 7413(c)(5)(A) : « Toute personne libérant en toute connaissance de cause dans l'air ambiant un polluant dangereux cité ... et sachant à ce moment qu'elle place une autre personne en danger imminent de mort ou de dommage physique grave sera, après condamnation, sanctionnée par une amende aux termes du titre 18 et/ou par une peine d'emprisonnement d'un maximum de 15 ans » (traduction CICR).

¹¹⁶ *Constitution espagnole*, article 45 [Environnement] : « 1. Tous ont le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer leur personnalité et le devoir de le conserver. 2. Les pouvoirs publics veilleront à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, afin de protéger et améliorer la qualité de la vie et de défendre et restaurer l'environnement, en faisant appel à l'indispensable solidarité collective. 3. Ceux qui violeront les dispositions du paragraphe précédent encourront, selon les termes fixés par la loi, des sanctions pénales ou, s'il y a lieu, administratives, et ils auront l'obligation de réparer les dommages causés ».

¹¹⁷ Bowman Gilfillan, « Chapter 55: South Africa », dans *The International Comparative Legal Guide to Environmental Law 2009*, Global Legal Group, 2009, pp. 397-398 (traduction CICR).

En prévoyant une responsabilité de l'État pouvant conduire au paiement de dommages et intérêts pour les atteintes moins graves à l'environnement en temps de guerre (l'équivalent d'une obligation de droit civil en droit national), puis une responsabilité pénale individuelle pour les atteintes plus graves, le régime juridique international actuel en matière de dommages à l'environnement en temps de guerre peut être considéré, du moins dans sa globalité, en phase avec les approches générales et la logique interne des formes nationales et internationales du droit humanitaire et du droit de l'environnement.

Cela ne signifie évidemment pas que les conséquences juridiques précises associées à chaque type de dommage causé à l'environnement en temps de guerre dans chaque type de situation soient forcément appropriées, que ce soit au regard du droit international humanitaire, du droit pénal international ou du droit (international) de l'environnement. En effet, une telle évaluation requiert une analyse plus approfondie et détaillée des normes régissant les dommages à l'environnement en temps de guerre, notamment la disposition du Statut de la CPI qui associe une responsabilité pénale à cet acte (article 8, para. 2, al. b-iv)¹¹⁸.

La perspective du droit de l'environnement, du droit humanitaire et du droit pénal sur chaque élément du régime juridique international applicable

Le cadre juridique international régissant actuellement les dommages causés à l'environnement naturel dans les situations de conflit armé est composé de plusieurs niveaux et avance dans différentes directions. Il compte des traités internationaux interdisant aux États signataires d'utiliser une catégorie spécifique et relativement restreinte de techniques de manipulation de l'environnement à des fins hostiles et donc d'altérer son état naturel, et inclut également des instruments du droit international humanitaire général qui engagent la responsabilité des États utilisant des méthodes de conflit armé qui endommagent gravement l'environnement. À cela, il faut ajouter aujourd'hui la possibilité qu'a la Cour pénale internationale, dans certains cas, de déclarer pénalement responsables les personnes qui portent intentionnellement atteinte à l'environnement dans le cadre d'un conflit armé. De plus, si le présent article avait couvert les dommages causés à l'environnement dans le contexte des conflits armés non internationaux, on aurait dû ajouter les dispositions du droit national de l'environnement concernant les dommages à l'environnement et les droits de l'homme¹¹⁹.

¹¹⁸ Certains auteurs, notamment Freeland, Weinstein et Sharp, considèrent que d'autres dispositions du Statut de la CPI, par exemple celles qui traitent du génocide ou des crimes contre l'humanité, pourraient s'appliquer aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre. L'auteur ne partage pas cet avis. La plupart de ces dommages ne seront probablement pas suffisamment localisés pour cibler délibérément un groupe national, ethnique, racial ou religieux spécifique et atteindre le seuil élevé imposé à juste titre par la disposition du Statut de la CPI sur le génocide (article 6) ; quant aux actes pouvant être considérés comme des crimes contre l'humanité qui généralement doivent causer « de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale » (Statut de la CPI, article 7, para. 1, al. k), ils ne couvrent au mieux que les attaques contre l'environnement qui causent directement et en connaissance de cause des souffrances humaines considérables, et ne sont donc pas seulement des crimes « contre l'environnement » ; voir Steven Freeland, « Crimes against the environment – a role for the International Criminal Court? », dans *La Revue juridique polynésienne*, hors série, 2005, pp. 335 sqq. ; Tara Weinstein, « Prosecuting attacks that destroy the environment: environmental crimes or humanitarian atrocities? », dans *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 17, 2005 ; et P. Sharp, *op. cit.*, note 105.

¹¹⁹ Cet article se limite aux conflits armés internationaux pour deux raisons : d'une part le droit pénal international applicable ne couvre que les conflits internationaux (voir Statut de la CPI, article 8, para. 2, al. b) (chapeau) et Commission préparatoire de la CPI, *Éléments des crimes*, Doc. CPI ICC-ASP/1/3), et d'autre part pour éviter de devoir analyser une autre branche importante du droit international, le droit des droits de l'homme, et d'entrer dans la discussion détaillée que son interaction avec le droit international de l'environnement et le droit international humanitaire mériterait dans ce contexte.

La présente section étudie sous deux angles différents le bien fondé du régime juridique établi. Premièrement, étant donné que le problème des dommages causés à l'environnement en temps de guerre se trouve au carrefour de deux branches du droit international ayant différentes approches, différentes valeurs et différents champs d'application, il convient de se demander si le régime juridique international unique (mais à plusieurs niveaux) conçu pour le gérer parvient bien à réunir ces différentes perspectives dans un ensemble cohérent ou si nous sommes en présence d'un ensemble décousu de normes menant à des résultats incohérents. Les dispositions spécifiques des normes applicables sont-elles empruntées au domaine du droit international pertinent de sorte que les deux branches se soutiennent mutuellement ou suivent-elles simplement la voie de la moindre résistance, s'alignant sur le plus petit dénominateur commun de la réglementation ? Deuxièmement, en termes généraux, le régime juridique international applicable aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre va-t-il trop loin ou pas assez au vu de certains exemples contemporains significatifs ? Enfin, nos conclusions sur la pertinence du degré de réglementation seraient-elles différentes si nous devions répondre à ces questions et évaluer la totalité du régime du point de vue spécifique du droit international humanitaire ou exclusivement dans la perspective du droit international de l'environnement ?

Comme de nombreuses normes juridiques engagent également la responsabilité pénale de ceux qui les enfreignent, le régime juridique international actuel régissant les dommages causés à l'environnement en temps de guerre peut être divisé en six éléments constitutifs¹²⁰ : il doit d'abord se produire i) un certain type d'acte ou d'omission qui ii) cause iii) un type particulier de conséquence ; viennent ensuite les éléments moraux que les juristes du droit pénal appellent souvent *mens rea*, notamment (iv) l'intention de commettre cet acte et (v) la connaissance des conséquences particulières qui en découleraient ; et enfin la question se pose de savoir (vi) si des moyens d'exonération de la responsabilité sont applicables dans ce cas spécifique. Souhaitant évaluer le régime interdisant de causer des dommages à l'environnement dans les conflits armés internationaux sous tous les angles nécessaires pour une activité qui se trouve à l'intersection de deux branches différentes du droit international public, nous ferons maintenant porter notre évaluation sur ces six éléments constitutifs.

La gamme des actes prohibés par chacune des règles pertinentes

La première norme qui a été adoptée sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre, la Convention ENMOD, semble interdire une liste d'actes plus restreinte que les dispositions plus récentes. La définition qu'elle donne, à l'article II, de ce qui constitue une technique de modification de l'environnement est relativement large, mais les exemples illustratifs figurant dans les Accords interprétatifs annexés à la Convention par la Conférence du désarmement et adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies, semblent indûment limiter le champ d'application de la règle¹²¹. Effectivement, comme l'a relevé Jozef Goldblat peu après l'adoption de la Convention, il semble que celle-ci soit une demi-mesure, qui n'interdit clairement que des événements fantaisistes comme le déclenchement de séismes, alors que des techniques de modification de l'environnement qui risquent beaucoup plus d'être employées durant un conflit armé (le détournement d'un cours d'eau ou l'ensemencement des nuages à des fins stratégiques,

¹²⁰ Il convient de relever qu'en définissant la portée de son étude sur les dommages transfrontières en général, Xue Hanqin utilise quatre éléments définitoires qui recouvrent en grande partie ceux qui sont proposés ici. Voir Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 4.

¹²¹ Accords interprétatifs annexés à la *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles*, présentés par la Conférence du Comité du désarmement, disponibles sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/460?OpenDocument> (dernière consultation le 10 décembre 2010).

par exemple) ne semblent pas être interdites¹²².

Le Protocole additionnel I et le Statut de la CPI ont une approche beaucoup plus générale des actes qui peuvent, dans certaines circonstances, engager la responsabilité de leurs auteurs au titre de dommages causés à l'environnement en temps de guerre. Les articles 35, para. 3, et 55, para. 1, du Protocole additionnel I évoquent en termes généraux des « méthodes ou moyens », qui causent des dommages à l'environnement, tandis que l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI parle d'« attaque ». Les Éléments des crimes que la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale (PrepCom) a adoptés peu après la signature du Statut, précisent clairement que le mot « attaque » s'entend dans le sens général d'« actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs » (comme défini à l'article 49, para. 1, du Protocole additionnel I), et que ce sens général ne devrait pas être confondu avec le sens particulier de ce terme et de ses composés en *jus ad bellum* (notamment « attaque armée ») tel qu'il figure dans la Charte des Nations Unies¹²³.

L'emploi d'expressions telles que « utilisation d'une technique à des fins hostiles » (Convention ENMOD), « méthodes ou moyens » (Protocole additionnel I) ou « attaque » (Statut de la CPI) pour définir la portée des actes interdits, est le premier signe clair que les dispositions qui constituent le régime juridique international actuel contre les dommages causés à l'environnement en temps de guerre ont manifestement été adoptées en accord avec la logique du droit international humanitaire et non en fonction des principes et de l'approche du droit international de l'environnement. Le champ d'application de la Convention ENMOD, en particulier, peut être déroutant si on considère ces normes dans la perspective du droit de l'environnement, non seulement parce que les techniques visées sont indûment restreintes, mais aussi parce seules les situations dans lesquelles l'environnement est lui-même effectivement utilisé comme arme sont visées, ce qui exclut toutes les autres situations de dommages secondaires causés à l'environnement pendant un conflit armé international. De ce point de vue, la même critique peut jusqu'à un certain point être formulée à l'encontre des normes plus générales du Protocole additionnel I et du Statut de la CPI car, dans certaines situations, l'environnement peut subir des dommages considérables en temps de guerre dans le cadre d'événements qui ne constituent ni des « méthodes ou moyens de guerre » (Protocole additionnel I), ni des actes de violence contre l'adversaire, qu'ils soient offensifs ou défensifs (CPI).

Existe-t-il un test de causalité applicable à ces dommages ?

En termes de causalité, aucune des dispositions étudiées ne précise exactement les critères qui doivent être satisfaits dans les circonstances. La Convention ENMOD dit qu'il doit y avoir « des effets », le Protocole additionnel I parle de méthodes ou de moyens « conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causent » certains dommages et le Statut de la CPI dit simplement que l'attaque « causera » des dommages¹²⁴.

Sans aucune explication faisant autorité ni jurisprudence permettant de savoir quel critère de causalité établir, il est impossible de déterminer si, en termes de relation de cause à effet, le régime juridique international appliqué aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre se rapproche plutôt du droit international humanitaire ou du droit international de l'environnement. Nous nous contenterons de dire que si la question de ces

¹²² J. Goldblat, *op. cit.*, note 40, p. 217.

¹²³ *Charte des Nations Unies*, ouverte à la signature le 26 juin 1945, 1 RTNU 16, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 51.

¹²⁴ Convention ENMOD, *op. cit.*, note 89, article 1 ; Protocole additionnel I, art. 35, para. 3 et art. 55, para. 1 ; Statut de la CPI, art. 8, para. 2, al. b-iv).

critères se pose pour les dommages à l'environnement, la cour, le tribunal ou l'institution concerné pourrait commencer par étudier comment le lien de causalité a été établi pour d'autres infractions au droit international humanitaire. Cependant, un juriste du droit international de l'environnement préférerait que les règles de causalité soient adaptées à la situation spécifique d'atteinte à l'environnement et que leur définition ne s'appuie pas sur des notions générales de droit humanitaire, mais sur la théorie de la causalité élaborée précisément pour les dommages causés à l'environnement.

La Commission d'indemnisation des Nations Unies (*United Nations Compensation Commission* – UNCC) qui a été mise en place afin de dédommager les victimes de la guerre du Golfe pour les préjudices subis, lesquels incluent les atteintes à l'environnement, est l'une des sources de jurisprudence à laquelle les juristes du droit international de l'environnement renverraient la CPI. Cette commission a été créée par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies qui déclarait l'Irak « responsable, en vertu du droit international, de *toute perte, de tout dommage – y compris les atteintes à l'environnement* et la destruction des ressources naturelles – et de tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït »¹²⁵. Le Comité de commissaires de l'UNCC chargé des réclamations de la catégorie F4 (réclamations portant sur les dommages à l'environnement) s'est appuyé sur des preuves de causalité établies à propos de dommages causés à l'environnement en temps de paix pour déterminer ce qui constitue une cause directe, adoptant une approche très libérale des « effets directs » dans un cas en particulier, où les commissaires ont affirmé que, bien qu'il y ait eu des événements intermédiaires, un lien direct pouvait être établi tant que ces événements ne brisaient pas la chaîne de causalité¹²⁶.

Il convient de relever que ce critère retenu par l'UNCC pour établir la « causalité directe » des dommages à l'environnement est bien moins strict que ceux qui sont utilisés dans les normes du droit international humanitaire qui ne concernent pas l'environnement. Dans le Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire, que le CICR vient de publier, ce dernier considère par exemple que « causer directement des effets nuisibles devrait être compris comme signifiant que les effets en question sont le résultat d'une seule et même étape causale. Il convient dès lors d'exclure du concept de participation directe aux hostilités une conduite ... ne produisant des effets nuisibles que de manière indirecte »¹²⁷.

Des dommages étendus, durables et/ou graves à l'environnement naturel

La nature et la portée des dommages qui doivent être causés à l'environnement pour entraîner l'application des règles interdisant de tels dommages à l'environnement en temps de guerre sont

¹²⁵ Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité des Nations Unies, UN Doc. S/RES/687 (1991) (italiques ajoutés par l'auteur) ; Rapport du Secrétaire général sur le paragraphe 19 de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, UN Doc. S/22559, 2 mai 1991 ; pour une présentation du contexte et un débat, voir Laurence Boisson de Chazournes, Danio Campanelli, « The United Nations Compensation Commission: time for an assessment? », dans Andreas Fischer-Lescano, Hans-Peter Gasser, Thilo Marauhn, Natalino Ronzitti (dir.), *Peace in Liberty – Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Nomos/Dike, Baden-Baden/Zürich, 2008, pp. 3-17.

¹²⁶ Voir par ex. *Well Blowout Control Claim* (réclamation relative aux frais afférents à l'extinction des incendies de puits de pétrole), rapport du 15 novembre 1996, UN Doc. S/AC.2/Dec.40, para. 85-86 (approuvée par la décision 40 du Conseil d'administration du 18 décembre 1996 [S/AC.26/Dec.40]) ; voir aussi Roger P. Alford, « Well Blowout Control Claim: UN Doc. S/AC.2/Dec.40, 36 ILM 1343 (1997) », dans *AJIL*, Vol. 92, No. 2, 1998, pp. 287-291.

¹²⁷ Comité international de la Croix-Rouge, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 55.

probablement l'élément essentiel à considérer. Les articles 35, paragraphe 3, et 55, paragraphe premier, du Protocole additionnel I et l'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI parlent de « dommages étendus, durables *et* graves à l'environnement naturel » (italiques ajoutés par l'auteur). Par conséquent, en termes de dommages causés à l'environnement, et contrairement à certains projets antérieurs de dispositions pénales sur les dommages à l'environnement¹²⁸, l'interdiction sanctionnée en droit pénal qui figure dans le Statut de la CPI ne diffère pas de l'obligation humanitaire inscrite dans le Protocole additionnel I, mis à part que le Statut de la CPI exige en plus que les dommages soient « manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire ... attendu ». Cet élément de la disposition sera abordé dans la dernière sous-section de la présente étude.

Avant de nous intéresser à la formule « dommages étendus, durables et graves », il convient de noter que « l'environnement *naturel* » n'est pas défini dans ces instruments et que sa définition ne fait d'ailleurs pas l'objet d'un consensus. En effet, comme Jensen l'a longuement démontré, il n'existe pas encore de définition largement acceptée de l'« environnement » et encore moins de l'« environnement *naturel* », et même la définition scientifique et globale souvent citée de l'article II de la Convention ENMOD n'est guère claire selon Jensen¹²⁹. Alexandre Kiss soutient que l'adjectif « naturel » exclurait les zones urbaines ou industrielles¹³⁰, tandis que le commentaire de la CDI de 1991 sur son Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité contient une interprétation plus large de l'« environnement naturel »¹³¹. Au vu de l'évolution récente en matière de prise de conscience de la fragilité de l'environnement, on pourrait proposer d'abandonner l'interprétation de Kiss au profit d'une vision plus contemporaine et plus générale, plus proche de la définition de la Convention ENMOD.

Concernant le champ d'application des articles 33, paragraphe 5, et 55, paragraphe premier, du Protocole additionnel I, et de l'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI, il faut bien observer que c'est la conjonction « et » qui fait le lien entre les trois adjectifs qualifiant les dommages à l'environnement naturel. Cette précision est fondamentale, car elle montre que les trois conditions posées, à savoir des « dommages étendus », des « dommages durables » et des « dommages graves » sont cumulatives, et qu'elles doivent donc toutes être remplies pour qu'il y ait infraction à la disposition. Par conséquent, pour qu'il y ait violation de ses dispositions, le Statut de la CPI requiert un niveau de dommage plus important que ce qui constituerait une infraction à l'article premier de la Convention ENMOD où l'emploi de la conjonction disjonctive – « étendus, durable *ou* graves »¹³² – réduit le niveau d'exigence.

La signification précise des qualificatifs « étendus », « durables » et « graves » a fait l'objet de longues discussions à la Conférence de Genève qui a négocié le Protocole

¹²⁸ Voir par ex. le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996, article 20 (Crimes de guerre) : « g) ...causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, *et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population...* » (italiques ajoutés par l'auteur).

¹²⁹ Voir la Convention ENMOD, *op. cit.*, note 89, article 2 : « ... l'expression "techniques de modification de l'environnement" désigne toute technique ayant pour objet de modifier – grâce à une manipulation délibérée de processus naturels – la dynamique, la composition ou la structure de la Terre, y compris ses biotes, sa lithosphère, son hydrosphère et son atmosphère, ou l'espace extra-atmosphérique » ; Eric Talbot Jensen, « The international law of environmental warfare: active and passive damage during armed conflict », dans *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 38, 2005, pp. 150-152.

¹³⁰ A. Kiss, *op. cit.*, note 78, p. 188.

¹³¹ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (29 avril – 19 juillet 1991), Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément N° 10, Doc. A/46/10* (ci-après, Commentaire de la CDI de 1991), para. 4 du commentaire du projet d'article 26, p. 111, disponible sur : http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/A_46_10.pdf (dernière consultation le 10 décembre 2010). Le commentaire de la CDI de 1991 reste le document le plus détaillé à ce sujet, car le projet de disposition a été modifié par la suite.

¹³² Convention ENMOD, *op. cit.*, note 89, article I (italiques ajoutés par l'auteur).

additionnel I¹³³, mais l'ambiguïté persiste¹³⁴. Commentant un projet de disposition tiré de l'article 55, article premier, du Protocole additionnel I en 1991, la CDI a simplement décrit ces éléments comme des critères cumulatifs permettant de déterminer la gravité d'un crime, sans donner beaucoup d'orientations quant au seuil à appliquer¹³⁵. Les Éléments des crimes de la CPI, de 1998, ne précisent pas non plus le sens de ces termes et il faut donc, à des fins de clarté, se référer aux anciens commentaires officiels et non officiels sur la signification de ces termes dans la Convention ENMOD et le Protocole additionnel I.

Des dommages étendus

Les Accords interprétatifs annexés à la Convention ENMOD définissent les « effets étendus » de l'article premier comme s'étendant à « une superficie de plusieurs centaines de kilomètres carrés »¹³⁶, tandis que les rédacteurs du Protocole additionnel I avaient à l'esprit, selon Hulme, une superficie comprise entre ce seuil et une étendue avoisinant les quelque 20 000 kilomètres carrés effectivement endommagés au Viet Nam¹³⁷.

Les Accords interprétatifs ont été rédigés sous réserve de s'appliquer exclusivement à la Convention ENMOD et ils ne préjugent en rien l'interprétation de termes identiques ou analogues à ceux de la Convention dans le cadre d'un autre accord international¹³⁸. De plus, pendant les négociations de la Conférence de Genève sur le Protocole additionnel I, plusieurs délégations ont fait remarquer lors du débat final sur l'article 55 que les mots « étendus, durables et graves » n'avaient pas le même sens que dans la Convention ENMOD¹³⁹. Cependant, comme aucun critère plus strict ne figure dans les textes associés au Protocole additionnel I et au Statut de la CPI, on pourrait considérer que c'est le niveau le plus bas indiqué dans la Convention ENMOD relative aux effets étendus qui a été adopté par défaut. C'est d'ailleurs l'interprétation que les manuels militaires de nombreux États font de cette disposition¹⁴⁰.

Même si les autres instruments n'avaient pas adopté cette interprétation moins exigeante de l'adjectif « étendu », l'interdiction contenue dans la Convention ENMOD n'en resterait pas moins raisonnable, du moins du point de vue du droit international de l'environnement. Combiné à des critères disjonctifs moins exigeants (les effets « étendus, durables *ou* graves »), le seuil explicitement bas à partir duquel des dommages peuvent être « étendus » fait que la plupart des cas de dommages causés à l'environnement en temps de guerre répondront aux critères de la Convention ENMOD. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, les actes entrant dans le champ d'application de la Convention sont potentiellement très limités et, finalement, cette disposition ne pourra pas être utilisée autant qu'on pourrait le croire à la lecture des critères applicables aux dommages. D'un autre côté, les dispositions du Protocole additionnel I et du Statut de la CPI donnent une définition des « dommages étendus » qui pourrait en fin de compte

¹³³ A. Kiss, *op. cit.*, note 78, p. 189.

¹³⁴ René Provost, « International criminal environmental law », dans Guy S. Goodwin-Gill, Stefan Talmon (dir.), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 447.

¹³⁵ Commentaire de la CDI de 1991, *op. cit.*, note 131, p. 112, para. 5 du commentaire du projet d'article 26.

¹³⁶ Voir les Accords interprétatifs, *op. cit.*, note 121 ; voir aussi Laurence Boisson de Chazournes *et al.*, *op. cit.*, note 50, p. 645.

¹³⁷ K. Hulme, *op. cit.*, note 12, p. 92.

¹³⁸ Voir Dietrich Schindler et Jiří Toman, *Droit des conflits armés*, CICR, Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, pp. 173-180.

¹³⁹ Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, article 55 du Protocole additionnel I, para. 2136, et sources citées.

¹⁴⁰ Voir par ex. International and Operational Law Department, US Army, *Operational Law Handbook* (2007), p. 232, disponible sur : <http://www.fas.org/irp/doddir/army/law2007.pdf> (dernière consultation le 10 décembre 2010).

exclure de nombreux cas que les défenseurs de l'environnement jugeraient sans doute suffisants pour engager la responsabilité civile de leurs auteurs, comme la récente fuite de boues d'égouts et d'eaux usées non traitées sur seulement 0,055 kilomètres carrés de terres agricoles dans un secteur très peuplé de la bande de Gaza.

Des dommages durables

La condition d'un dommage « durable » porte sur la persistance de ses effets dans le temps¹⁴¹. Les Accords interprétatifs de la Convention ENMOD fixent à nouveau un seuil bas : une « période de plusieurs mois, ou environ une saison »¹⁴². Cependant, comme relevé dans un rapport du CICR à l'Assemblée générale en 1993, il existe des raisons substantielles de croire, à la lumière notamment des travaux préparatoires du Protocole additionnel I, que « durable » devrait être interprété en termes de décennies plutôt qu'en mois¹⁴³.

Il est difficile de savoir quelle est l'interprétation que retiendrait la CPI pour l'application de sa disposition sur les dommages à l'environnement en temps de guerre. La différence entre les deux durées de référence est importante et pourrait avoir des conséquences non négligeables quant à la possibilité d'engager la responsabilité d'un État en vertu du Protocole additionnel I ou de poursuivre une personne au titre de l'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI. Par exemple, les dommages causés à l'environnement par suite du déversement de pétrole dans le golfe Persique en 1991 n'étaient probablement pas assez durables pour être couverts par la disposition car le pétrole s'est évaporé assez rapidement, contrairement aux polluants durables présents dans le Danube qui, d'après le rapport de l'Équipe spéciale pour les Balkans du PNUE sur la guerre au Kosovo, étaient dus à des processus industriels antérieurs à la guerre, et non aux campagnes de bombardement des Alliés¹⁴⁴. De la même façon, la déforestation causée au Liban par les armes incendiaires israéliennes pouvant contenir du phosphore blanc n'aurait pas non plus atteint ce seuil temporel qui semble donc trop élevé, en particulier dans une perspective d'optimisation de la protection de l'environnement.

Des dommages graves

Du point de vue du droit international de l'environnement, la condition selon laquelle il doit s'agir de « dommages graves à l'environnement naturel » est probablement la partie la plus controversée de la disposition du Protocole additionnel I. Bien qu'elle porte clairement sur l'intensité du dommage et qu'elle requière qu'il soit, au moins, plus qu'« important »¹⁴⁵, de nombreux délégués et commentateurs ont lié cette condition aux souffrances humaines depuis la Convention ENMOD et le Protocole additionnel I. Par exemple, les Accords interprétatifs définissent comme « grave » un effet « qui provoque une perturbation ou un dommage sérieux ou marqué pour la vie humaine, les ressources naturelles ou économiques ou d'autres richesses »¹⁴⁶. Quant à la deuxième phrase de l'article 55, paragraphe premier, du Protocole additionnel I, elle stipule que la protection de l'environnement naturel contre les effets étendus, durable et graves inclut

¹⁴¹ Commentaire de la CDI de 1991, *op. cit.*, note 131, p. 112, para. 5 du commentaire du projet d'article 26.

¹⁴² Convention ENMOD, *op. cit.*, note 89 ; voir aussi L. Boisson de Chazournes *et al.*, *op. cit.* note 50, p. 645.

¹⁴³ CICR, *Rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies*, 1993, UN Doc. A/48/269, para. 34 ; voir aussi la conclusion semblable atteinte par K. Hulme, *op. cit.*, note 12, pp. 92-95 après une analyse approfondie de la disposition en question.

¹⁴⁴ PNUE et Centre des Nations Unies pour les établissements humains (Habitat), *Le conflit du Kosovo : ses conséquences sur l'environnement et les établissements humains*, PNUE et CNUEH, Suisse, 1999, p. 61 ; voir aussi K. Hulme, *op. cit.*, note 12, p. 195.

¹⁴⁵ K. Hulme, *op. cit.*, note 12, p. 96.

¹⁴⁶ Accords interprétatifs, *op. cit.*, note 121.

l'interdiction « d'utiliser des méthodes [...] qui] causent de tels dommages à l'environnement naturel, *compromettant, de ce fait, la santé ou la survie de la population* »¹⁴⁷.

En 1984, peu après la signature du Protocole additionnel I, Kiss réagit à cette approche clairement anthropocentrique de la protection de l'environnement : « À défaut de reconnaître que l'environnement en lui-même représente désormais une valeur intrinsèque ... , le Protocole de Genève ne pouvait l'envisager qu'en fonction de la protection des humains »¹⁴⁸. Mais après les récents progrès qui ont été accomplis dans la prise de conscience de la nécessité de protéger l'environnement naturel pour lui-même ou, du moins, pour son utilité *indirecte* aux êtres humains, il est regrettable que les délégués à la Conférence de Rome et la PrepCom n'aient pas saisi cette occasion pour établir qu'il n'est plus nécessaire que les dommages causent des souffrances humaines (directes) pour être qualifiés de « dommages graves ».

Quelle que soit l'indulgence avec laquelle ces trois conditions distinctes seront peut-être interprétées un jour, il est évident que, en dehors de la Convention ENMOD, par ailleurs accessoire, la formule « étendus, durables et graves » fixe un seuil extrêmement élevé pour qu'une action portant sur des dommages à l'environnement puisse être engagée. Il est en effet bien supérieur à celui qui figure dans d'autres instruments de droit international de l'environnement. Par exemple, la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance fixe le seuil des dommages à des effets « ayant une action nocive de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques et les écosystèmes, à détériorer les biens matériels, et à porter atteinte ou nuire aux valeurs d'agrément et aux autres utilisations légitimes de l'environnement »¹⁴⁹. Quant au digeste de la CARU sur l'article 40 du Statut du fleuve Uruguay, récemment à l'origine de l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier* entre l'Argentine et l'Uruguay, il parle aussi en termes plus généraux d'« effets délétères ou portant atteinte aux ressources vivantes, un risque à la santé humaine, une menace aux activités aquatiques y compris la pêche, ou la réduction des activités de récréation »¹⁵⁰. Par rapport à ces instruments du droit international de l'environnement, la portée des dommages à l'environnement en temps de guerre semble donc très restreinte.

Les éléments moraux du crime

Conformément au principe bien établi en droit pénal selon lequel « *actus non facit reum, nisi mens sit rea* » (un acte ne rend pas coupable à moins que l'intention ne soit coupable), bien que la Convention ENMOD et le Protocole additionnel I engagent la responsabilité des États en cas d'actes causant des dommages étendus, durables et graves à l'environnement, la responsabilité

¹⁴⁷ Protocole additionnel I, article 55, para. 1 (italiques ajoutés par l'auteur).

¹⁴⁸ A. Kiss, *op. cit.*, note 78, pp. 191-192.

¹⁴⁹ *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance*, ouverte à la signature le 13 novembre 1979, 1302 RTNU 217, entrée en vigueur le 16 mars 1983, article 1, para. a). Relevez, cependant, que les États n'ont pas réussi à fixer le seuil approprié pour les dommages lors des négociations de l'annexe sur la responsabilité globale des dommages causés à l'environnement dans l'Antarctique, requis à l'article 16 du Protocole au Traité de 1991 sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement ; voir aussi Louise de La Fayette, « The concept of environmental damage in international liability regimes », dans Michael Bowman, Alan Boyle, *Environmental damage in international and comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 180-182.

¹⁵⁰ CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, note 46, p. 58, para. 198, citant l'interprétation de référence, dans le digeste de la CARU (E3), titre I, chapitre I, section 2, article 1, para. c), de l'article 40 du Statut du fleuve Uruguay (citée dans « *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* », *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice*, p. 23, disponible sur : http://untreaty.un.org/cod/ICJSummaries/documents/french/177_f.pdf) (dernière consultation le 10 décembre 2010).

pénale individuelle des auteurs n'est engagée que si les actes qu'ils commettent sont intentionnels et entrepris en sachant qu'ils causeront ces dommages. Étant donné les faiblesses susmentionnées des régimes de responsabilité des États de la Convention ENMOD ou du Protocole additionnel I notamment, et l'énorme potentiel qu'offrent les dispositions du Statut de la CPI pour garantir un plus grand respect des règles interdisant les dommages à l'environnement en temps de guerre, il est important d'étudier en détail comment les éléments moraux peuvent limiter la mise en œuvre des effets juridiques des dommages causés à l'environnement dans le cadre d'un conflit armé international.

L'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI parle de « diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera ... des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ». Contrairement aux dispositions relatives à certains crimes de guerre qui ne précisent pas la nature de l'élément moral¹⁵¹, cette disposition règle les problèmes que pose la disposition générale et par défaut du Statut de la CPI sur les éléments psychologiques des crimes (article 30), très contestée du fait de l'emploi des termes « intention et connaissance ». En effet, comme le signalent Werle et Jessberger, le sens donné à l'intention et à la connaissance varie en fonction des éléments auxquels ces termes sont associés¹⁵². En utilisant l'adverbe « intentionnellement » pour qualifier le lancement de l'attaque et en associant la « connaissance » uniquement aux conséquences de cet acte, l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI lie exclusivement l'intention à la conduite qui y est associée, et la connaissance aux conséquences. Il en ressort deux éléments moraux distincts : 1) l'intention de lancer une attaque, et 2) la connaissance des dommages que cette attaque causera à l'environnement. Nous allons donc aborder l'un après l'autre ces deux éléments moraux requis.

L'intention de lancer une attaque

Certains analystes ont tenté de trouver un sens particulier à l'utilisation, en anglais, du verbe « *launching* » (lancer) à la sous-section iv), alors que dans les sous-sections i) à iii), c'est la formulation « *directing attacks* » (diriger des attaques) qui est utilisée. Le commentaire de Knut Dörmann explique qu'à la Conférence de Rome, au cours de laquelle le Statut de la CPI a été négocié et rédigé, une délégation a fait observer que l'emploi de « *launch* » pourrait signifier que l'auteur de l'attaque devrait également l'avoir planifiée, contrairement au verbe « *direct* ». S'il avait été utilisé aux points i), ii) et iii) de l'article 8, para. 2, al. b, du Statut de la CPI, le verbe « *launch* » aurait donc restreint la portée de cette disposition relative aux attaques contre les civils, etc.¹⁵³. Cette opinion n'ayant été ni infirmée, ni confirmée lors de la Conférence, l'importance ou non du changement de termes devra être vérifiée à la lecture des autres versions linguistiques officielles du Statut de la CPI, qui a la même autorité dans les six langues des Nations Unies. On observe ainsi que cette distinction, bien que présente dans la version espagnole, n'est pas rendue dans la version française, où la formule « *diriger intentionnellement* » est utilisée dans les quatre sous-sections¹⁵⁴. Étant donné que le Statut a principalement été négocié en anglais et en français,

¹⁵¹ Voir par ex. l'article 8, para. 2, al. b-vi) du Statut de la CPI : « Le fait de tuer ou de blesser un combattant qui, ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre, s'est rendu à discrétion ».

¹⁵² Gerhard Werle, Florian Jessberger, « 'Unless otherwise provided': Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under international criminal law », dans *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, N° 1, 2005, pp. 35-55, voir en particulier p. 39.

¹⁵³ Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, ICRC, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 162.

¹⁵⁴ Il convient de relever que le verbe « *launch* » est également utilisé dans la disposition relative aux infractions graves de l'article 85 du Protocole additionnel I (concernant l'infraction grave visée à l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI, dans sa partie qui ne concerne pas l'environnement – c'est là l'origine probable de

ce serait aller trop loin que de suggérer qu'il faudrait comprendre cette disposition dans un sens différent et plus étroit qui placerait le niveau d'exigence au-delà du fait de « lancer une attaque ». La confusion linguistique semble plutôt indiquer que les rédacteurs du Statut ont utilisé les expressions « *direct an attack* » et « *launch an attack* » dans le même sens.

De l'avis de l'auteur, ce débat montre clairement que la notion d'intention est d'une certaine façon inhérente aux verbes « lancer » ou « diriger ». Il ne faut pas attacher trop d'importance à l'adverbe « intentionnellement », qui pourrait bien être redondant, car il est difficile d'imaginer comment une attaque involontaire pourrait malgré tout être considérée comme ayant été lancée ou dirigée.

Savoir que l'attaque causera des dommages à l'environnement

L'élément moral essentiel du délit contre l'environnement n'est pas l'intention de commettre un acte pouvant enfreindre une disposition du droit, car cette intention se vérifiera dans tous les cas de dommages étendus, durables et graves à l'environnement dans les conflits armés à l'exception des plus improbables. La question est plutôt de savoir si oui ou non, l'auteur a agi en sachant que ses actions causeraient de tels dommages à l'environnement. Et c'est en considérant l'acte dans la perspective de la connaissance qu'en a l'auteur que l'on distingue le mieux les différences entre les trois règles internationales relatives aux dommages causés à l'environnement en temps de guerre.

Selon une étude du CICR sur les éléments des crimes du Statut de Rome, certaines délégations présentes à la Conférence ont insisté pour qu'il soit donné une lecture littérale de l'expression anglaise « *in the knowledge that such attack will cause* » (« qu'elle causera » dans la version française) utilisée dans le texte du Statut, considérant qu'un individu ne pouvait être poursuivi en vertu de cette disposition que si l'acte en question causait effectivement des dommages¹⁵⁵. La PrepCom, cependant, s'est ralliée à la majorité des délégations et a cherché à éviter cette interprétation plus étroite en utilisant les mots « *would cause* » en anglais (« allait causer » en français) dans les Éléments des crimes¹⁵⁶. En conséquence, il est généralement admis qu'une personne peut être condamnée en application de cette disposition même si l'attaque a finalement échoué, par exemple en raison d'un engin qui n'a pas explosé.

L'importance, du point de vue pratique, de cette clarification des termes utilisés dans la disposition apparaît clairement à la lumière d'un acte de dommages intentionnels à l'environnement en temps de guerre qui aurait été bien présent à l'esprit des négociateurs de ce texte à la Conférence de Rome. Durant la guerre du Golfe de 1990-1991, des soldats irakiens auraient fait exploser quelque 720 puits de pétrole koweïtiens dans l'intention d'y mettre le feu et de créer une épaisse fumée¹⁵⁷. En fait, environ 600 puits seulement ont pris feu¹⁵⁸. Si l'on admet, aux fins de la présente argumentation, que tous les autres éléments de l'article 8, para. 2, al. b-iv du Statut de la CPI étaient établis – une hypothèse loin d'être insignifiante, comme nous le verrons –, la dernière interprétation adoptée par la PrepCom permettrait à la CPI d'étendre ses poursuites aux personnes dont on pourrait uniquement prouver qu'elles ont ordonné de faire exploser les puits de pétrole, que les puits de pétrole aient effectivement pris feu ou non.

D'un autre côté, on pourrait soutenir que l'interprétation la plus restrictive ne fait pas une grande différence sur le fond, car tous les auteurs de crimes inclus dans l'interprétation la plus

l'utilisation de ce mot dans le Statut de la CPI). Il est intéressant de relever que l'article 85 de la version française du Protocole additionnel I utilise les termes « lancer une attaque ».

¹⁵⁵ K. Dörmann, *op. cit.*, note 153, p. 162.

¹⁵⁶ *Éléments des crimes*, *op. cit.*, note 119, p. 21.

¹⁵⁷ S. Omar *et al.*, *op. cit.*, note 16, pp. 321-322.

¹⁵⁸ J. E. Austin, C. E. Bruch, *op. cit.*, note 7, p. 2.

large seraient de toute façon couverts par la disposition du Statut de la CPI relative à la tentative (article 25, art. 3-f). Cette dernière permet en effet à la Cour d'établir la responsabilité pénale d'une personne et de considérer qu'elle a tenté de commettre un crime relevant de la compétence de la Cour si elle entreprend des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution, mais « sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté »¹⁵⁹.

À de nombreux égards, la partie de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI sur la connaissance des effets est plus exigeante que d'autres dispositions similaires du droit international humanitaire, qui entraînent des conséquences plus limitées en matière de responsabilité des États. La deuxième partie de l'article 55 du Protocole additionnel I, qui parle de « méthodes ou moyens de guerre conçus pour causer ou *dont on peut attendre qu'ils causent* » (italiques ajoutés par l'auteur) a une portée considérablement plus générale que le « *will cause* (causera) » du Statut de la CPI, et même que le « *would cause* (allait causer) » privilégié par la PrepCom dans les Éléments des crimes. La différence ne se limite pas à la substitution de la cause effective par la cause probable. Alors que le Statut de la CPI exige des preuves *subjectives* que l'auteur savait que son acte causerait des dommages, le Protocole additionnel I permet que l'on puisse déterminer de façon *objective* si l'acte causerait les dommages, comme il ressort clairement de l'utilisation du sujet impersonnel « on » dans la version française¹⁶⁰. Il sera donc beaucoup plus difficile de prouver une violation de la disposition de la CPI qu'une infraction à la disposition du Protocole additionnel I.

La restriction imposée dans la disposition du Statut de la CPI sur les dommages à l'environnement en temps de guerre du fait que l'auteur de l'acte doit être conscient de ses effets, s'explique par la généalogie des termes employés. La formulation utilisée à l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI, « *in the knowledge that* » (« en sachant que » dans la version française), est empruntée à l'article 85, para. 3, al. b) du Protocole additionnel I, qui fait des dommages aux biens de caractère civil, cités dans la partie de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI avant la mention de l'environnement, une infraction grave au droit international humanitaire. Un emprunt aussi clair de termes d'une disposition établissant une infraction grave est compréhensible, et il nous permet de préciser le sens exact de cette exigence par une référence au commentaire de cet article du Protocole additionnel I, qui explique qu'il n'y a d'infraction grave « que si l'auteur sait de façon certaine que les résultats décrits se produiront, et non en cas de dol éventuel »¹⁶¹.

L'application de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI à un cas controversé de dommages à l'environnement en temps de guerre s'étant produit peu après la signature du Statut de la CPI, montre clairement que cette disposition est beaucoup plus restrictive que la formule du Protocole additionnel I pour ce qui est de la connaissance des effets causés. Les 17 et 18 avril 1999, l'OTAN a intensivement bombardé une usine pétrochimique, une usine de fabrication d'engrais azoté et une raffinerie de pétrole à Pan•evo, sur la rive est du Danube¹⁶². Comme mentionné plus haut, ces bombardements ont eu de graves conséquences pour l'environnement, car de grandes quantités de diverses substances chimiques toxiques ont été déversées dans le

¹⁵⁹ Article 25, para. 3, al. f) du Statut de la CPI.

¹⁶⁰ Contrairement à l'article 55, on observera que l'article 35 du Protocole additionnel I utilise le futur du verbe *causer* (« dont on peut attendre qu'ils causeront »), qui, dans le contexte, a la même signification que la formule un peu moins grammaticalement correcte de l'article 55 (« dont on peut attendre qu'ils causent »).

¹⁶¹ Y. Sandoz *et al.*, *op. cit.*, note 139, para. 3479.

¹⁶² Pour plus d'informations sur les effets de la campagne de bombardement de l'OTAN sur l'environnement, voir la requête de la Yougoslavie et le mémoire de la Yougoslavie du 5 janvier 2000, in CIJ, *Licéité de l'emploi de la force*, *op. cit.*, note 17. Les allégations n'ont jamais été démontrées car l'affaire n'a jamais été examinée au fond, les différentes poursuites engagées contre tous les défendeurs ayant été abandonnées en raison d'une exception d'incompétence soulevée dans la phase préliminaire.

Danube. Il ne fait guère de doute qu'on *pouvait attendre du bombardement qu'il causerait* (Protocole additionnel I) des dommages graves à l'environnement, ou encore que les militaires responsables ont été insouciants quant aux dommages qu'ils pouvaient causer, mais il est considérablement plus difficile de prouver que les auteurs ont effectué ces bombardements *en sachant qu'ils causeraient* (Statut de la CPI) des dommages graves à l'environnement. Bien sûr, dans ce genre de situation, on devrait pouvoir prouver que les auteurs savaient que leurs actes produiraient *certain*s dommages à l'environnement, mais les différents éléments constitutifs de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI ne devraient pas être considérés indépendamment les uns des autres ; il faut en effet que les auteurs *aient su* que l'attaque *causerait* des dommages *étendus, durables et graves* à l'environnement naturel pour qu'une infraction à cette disposition puisse être établie.

Cette interprétation de la connaissance requise par l'article 8, par. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI, qui repose sur la formulation même du texte et sur les commentaires de l'article 85, para. 3, al. b) du Protocole additionnel I, dont les termes sont les mêmes, semble tout à fait fidèle à l'intention des rédacteurs du Statut de la CPI, mais elle place néanmoins la barre très haut. Certains commentateurs ont donc soutenu qu'il ne faudrait pas l'interpréter comme faisant référence à la connaissance (subjective) que l'auteur aurait réellement eue à l'esprit au moment considéré, mais plutôt, comme c'est le cas dans la disposition du Protocole additionnel I, à la simple connaissance objective que l'auteur avait, ou du moins aurait dû avoir, au vu des informations dont il disposait à ce moment-là. Sur la base du rapport du TPIY sur la campagne de bombardements de l'OTAN¹⁶³, Dörmann suggère que l'élément relatif à la connaissance devrait être déterminé par une appréciation objective des connaissances d'un bon commandant militaire dans les circonstances en question¹⁶⁴. Cette approche va dans le sens de la règle concernant la connaissance imputée aux chefs militaires, établie par diverses décisions du TPIY et codifiée à l'article 28 du Statut de la CPI¹⁶⁵. Cependant, de l'avis de l'auteur, ni le texte du Statut considéré dans son contexte historique, ni la note correspondante dans les Éléments des crimes, n'appuient l'importation de ce dispositif juridique populaire sur ce qui est considéré comme raisonnable (un critère utilisé principalement pour fixer des niveaux objectifs de conduite en cas de plainte pour négligence dans les systèmes de *common law*) dans les dispositions pénales internationales sur la responsabilité des chefs militaires pour ce qui est des dommages à l'environnement en temps de guerre. La note de bas de page 37 des Éléments des crimes sème quelque peu la confusion ; elle dit en effet que « toute évaluation de ce jugement de valeur doit reposer sur les informations nécessaires dont disposait alors l'auteur ». Elle donne l'impression de vouloir rapprocher deux pôles opposés, puisqu'elle suggère d'une part que la Cour tienne compte des connaissances réelles de l'auteur de l'acte pour déterminer s'il y a eu jugement de valeur, et d'autre part qu'elle établisse la véracité des preuves apportées par lui concernant ce jugement subjectif en fonction des connaissances qui étaient alors objectivement à sa disposition¹⁶⁶. Les modalités de l'application de ces exigences dans la pratique resteront floues tant que nous n'obtiendrons pas une interprétation faisant autorité, de préférence de la CPI elle-même¹⁶⁷.

¹⁶³ TPIY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 juin 2000, para. 22, disponible sur : <http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf> (dernière consultation le 11 décembre 2010).

¹⁶⁴ K. Dörmann, *op. cit.*, note 153, p. 176.

¹⁶⁵ Voir TPIY, *Le Procureur c/ Delalic et al.*, affaire N° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, para. 393 ; affirmé dans *Le Procureur c/ Delalic et al.*, affaire N° IT-96-21-A, arrêt du 20 février 2001, para. 238 ; Statut de la CPI, article 28 ; voir aussi Eugenia Levine, « The *mens rea* requirement », dans *Global Policy Forum*, février 2005, para. 45-58.

¹⁶⁶ *Éléments des crimes*, *op. cit.*, note 119, p. 22, note de bas de page 37.

¹⁶⁷ Aucune des affaires actuellement en cours devant la CPI n'inclut de chef d'accusation au titre de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de Rome, seule disposition contenant une exigence de « connaissance des faits » de ce

L'interprétation qui sera donnée aura clairement des conséquences importantes. Il est néanmoins fort probable que la CPI adoptera une interprétation restrictive de l'élément de connaissance, dans le sens des interprétations textuelles de Drumbl et Schmitt, qui déclarent tous deux que s'il n'est pas possible de prouver au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé savait effectivement que son acte causerait des dommages étendus, durables et graves, il devrait être, dans l'état actuel des textes, impossible de le condamner¹⁶⁸.

Cette affirmation n'est pas sans conséquences pour l'application de la règle régissant les dommages à l'environnement en temps de guerre à la CPI. On sait bien que si le procureur du TPIY a décidé de ne pas poursuivre les membres des forces de l'OTAN, c'était en partie à cause des difficultés qu'il aurait rencontrées pour obtenir du Pentagone des preuves devant finalement s'avérer suffisantes pour prouver au-delà de tout doute raisonnable que les forces de l'OTAN savaient pertinemment que le bombardement des installations à Pan•evo et d'autres endroits pourrait avoir de telles conséquences pour l'environnement¹⁶⁹. D'un autre côté, la responsabilité de l'État ayant causé des dommages à l'environnement dans de telles situations sera certainement engagée en vertu du Protocole additionnel I, voire de la Convention ENMOD, pour autant que l'acte lui-même puisse, d'un point de vue objectif, être considéré comme un risque potentiel de dommages étendus, durables et graves à l'environnement. La question clé, d'un point de vue politique, est de savoir si la responsabilité pénale individuelle devrait également s'appliquer à des actes intentionnels dont une personne raisonnable aurait pu attendre qu'ils causent de tels dommages à l'environnement.

Le droit international de l'environnement, tout comme le droit national, n'impose que très occasionnellement une responsabilité stricte pour des atteintes à l'environnement causant des dommages environnementaux¹⁷⁰. Pour simplifier, il y a responsabilité stricte quand un accusé peut être déclaré juridiquement responsable, même s'il est impossible de prouver des éléments moraux tels que l'intention de commettre le crime ou le fait de savoir qu'on commet un crime. Cependant, dans tous les rares cas où la responsabilité stricte peut être engagée, les sanctions prévues sont rarement sévères et n'incluent pas la peine d'emprisonnement qui découlerait d'une condamnation par la CPI au titre de la disposition sur les crimes de guerre. En effet, comme expliqué plus haut, le droit international de l'environnement n'a pas encore envisagé de sanctionner pénalement les infractions à ses règles ; il n'a donc jamais formulé de règles et de principes permettant d'établir si et sur quelle base une violation du droit international de l'environnement peut engager la responsabilité pénale individuelle de ses auteurs. D'un autre côté, il est bien connu que les politiques environnementales et les lois nationales de nombreuses juridictions prévoient des sanctions civiles, administratives et pénales. Cependant, il convient de relever que les sanctions pénales, malgré leur popularité croissante dans certaines parties du monde, constituent encore l'exception pour les infractions au droit national de l'environnement, et si elles font partie d'un régime, elles tendent à ne s'appliquer qu'aux infractions les plus graves et sous réserve de nombreuses conditions. Bien qu'il existe de nombreux exemples d'infractions engageant la responsabilité stricte (ou absolue) de leurs auteurs dans les systèmes internes de droit

type.

¹⁶⁸ Mark A. Drumbl, « Waging war against the world: the need to move from war crimes to environmental crimes », dans *Fordham International Law Journal*, Vol. 22, 1998, p. 130 ; Michael N. Schmitt, « Humanitarian law and the environment », dans *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 28, N° 3, 2003, pp. 265, 281.

¹⁶⁹ Voir TPIY, *op. cit.*, note 163, en particulier les paragraphes 21-25 ; voir aussi D. Bodansky, *op. cit.*, note 89.

¹⁷⁰ Voir la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux*, ouverte à la signature le 29 mars 1972, 961 RTNU 187, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1972, article II (qui utilise une formulation très similaire : « responsabilité absolue »), disponible sur : <http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/liability.html> (dernière consultation le 12 décembre 2010) ; voir aussi A. Boyle, *op. cit.*, note 26.

de l'environnement, peu d'entre eux prévoient des sanctions pénales sur la base de la responsabilité stricte. Un examen rapide du *Clean Air Act* américain montre bien que les crimes doivent être commis « en connaissance de cause » ou « par négligence ». Pour leur part, les États australiens ont de nombreuses lois civiles relatives à l'environnement avec un régime de responsabilité stricte et de nombreuses infractions pénales de responsabilité stricte et absolue, mais peu d'infractions pénales de responsabilité stricte, voire aucune, au droit de l'environnement. Quant aux juridictions européennes, elles insistent aussi sur l'intention et la négligence ; le code de l'environnement suédois, par exemple, prévoit des sanctions pénales, notamment des peines d'emprisonnement, pour des actes largement définis comme étant des dommages simples à l'environnement, quand ils ont été commis « délibérément ou par négligence »¹⁷¹.

Il est possible d'en conclure que ni le droit international de l'environnement, ni ses équivalents internes, relativement plus développés, ne s'accompagnent d'une politique générale imposant, pour tout acte de dommages à l'environnement, une responsabilité pénale sans la protection des moyens de défense de la *mens rea*. Il est clair qu'en s'aventurant sur le terrain du droit pénal, où les sanctions sont potentiellement plus lourdes, le droit de l'environnement s'aligne sur les considérations politiques bien établies du droit pénal et en respecte les principes fondamentaux. Par conséquent, même dans une perspective de droit national de l'environnement, il n'est pas du tout surprenant de voir les règles internationales sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre s'accompagner de conséquences pénales, sous réserve des éléments moraux que sont l'intention et la connaissance. Ce que les juristes du droit international de l'environnement ont plus de peine à comprendre est l'élément suivant de la disposition de la CPI sur les dommages à l'environnement, à savoir le critère de proportionnalité.

Le « moyen de défense » de la proportionnalité

La disposition du Statut de la CPI sur les dommages à l'environnement n'exige pas simplement que l'acte visé cause des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, que l'auteur ait eu l'intention de commettre cet acte et qu'il ait su que son acte allait provoquer des dommages, mais il requiert aussi que les dommages causés soient « manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu »¹⁷².

D'un côté, il semble justifiable qu'une exigence supplémentaire soit introduite pour faire la distinction entre les crimes les plus graves et les violations du droit humanitaire. Cependant, le Statut de la CPI est déjà plus strict que les dispositions correspondantes du Protocole additionnel I en matière de causalité et de connaissance (voir sous-sections ci-dessus). En ajoutant une exigence de proportionnalité très ouverte qui, de par son lien avec « l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu », constitue en fait un large moyen de défense autour du principe de nécessité, il semble offrir aux auteurs des crimes un autre moyen d'échapper à une disposition qui, nous l'avons vu dans les cinq sous-sections précédentes, est déjà très difficile à appliquer à de nombreux cas de dommages intentionnels à l'environnement en temps de guerre.

Comme les autres éléments de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI, ce critère de proportionnalité devenu moyen de défense semble avoir son origine dans les dispositions relatives à un autre aspect dont il est le pendant : celui des dommages aux biens civils, notamment l'article 51 du Protocole additionnel I. En effet, l'exigence de proportionnalité concernant les civils remonte à une plainte déposée par le Royaume-Uni dans le cadre de la guerre civile espagnole de 1938¹⁷³. Il semble que le Statut de la CPI, en réunissant les dommages aux biens

¹⁷¹ Code suédois de l'environnement, adopté en 1998, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999, partie 6 sur les sanctions, chapitre 29 sur les sanctions et les confiscations, points 1-4.

¹⁷² Statut de la CPI, article 8, para. 2, al. b-iv).

¹⁷³ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Kupreskic et al.*, jugement du 14 janvier 2000,

civils et les dommages à l'environnement dans une seule disposition, ait fait de la proportionnalité par rapport à un avantage militaire un moyen de défense pour tout auteur de ce type de dommages — une première dans un instrument international relatif aux dommages à l'environnement en temps de guerre. Ce moyen de défense est un des aspects les plus pérennes du droit international humanitaire classique ; il occupait déjà une place importante dans le Code Lieber susmentionné et était si large dans sa définition qu'il était parfois considéré comme une autorisation à enfreindre le droit de la guerre¹⁷⁴. Cependant, comme le relève Carnahan, le moyen de défense du Code Lieber basé sur la nécessité militaire est de plus en plus critiqué comme étant anachronique par rapport aux normes actuelles du droit international humanitaire qui protègent la population civile et l'environnement. Selon cet auteur, il est « largement considéré aujourd'hui comme une doctrine insidieuse invoquée pour justifier quasiment tout acte de violence »¹⁷⁵.

Dans ce contexte, on peut comprendre la surprise exprimée par Allain et Jones en réponse à l'inclusion de ce moyen de défense lié à la nécessité militaire. À leur avis, il « est contraire à ... l'esprit du temps, qui considère que causer de tels dommages au monde naturel ne peut être toléré en aucune circonstance »¹⁷⁶. D'un autre côté, les auteurs d'une étude du CICR sur les éléments des crimes de la CPI affirment que ce résultat n'était pas seulement voulu, mais qu'il reflète effectivement l'*opinio juris* de la communauté internationale à propos des dommages à l'environnement en temps de guerre¹⁷⁷. Cette opinion est appuyée par des preuves fiables, notamment l'avis consultatif de la CIJ sur les armes nucléaires. Comme le fait remarquer Freedland, cet avis a refusé de faire passer la protection de l'environnement avant les questions de nécessité militaire¹⁷⁸, en encourageant les États à tenir compte de considérations écologiques « lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes »¹⁷⁹. Une résolution de l'Assemblée générale sur la « Protection de l'environnement en période de conflit armé » donne encore plus de poids à cette affirmation. Elle fait aussi ce lien quand elle évoque la destruction de l'environnement « non justifiée par des nécessités militaires et ayant un caractère gratuit »¹⁸⁰.

Au sujet de la signification exacte de l'exigence de proportionnalité de l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI, il convient de relever qu'elle va plus loin que l'article 51, para. 5, al. b) du Protocole additionnel I (et d'autres instruments utilisant une formulation identique)¹⁸¹ puisqu'elle fait référence à « l'ensemble » de l'« avantage militaire concret et direct attendu » et qu'elle ajoute l'adverbe « manifestement » à l'exigence que les dommages soient « excessifs ». Comme il n'existe pas d'autres sources juridiques internationales utilisant la phraséologie exacte du Statut de la CPI, il est clair que cette légère différence dans le libellé ne relève pas d'un simple

para. 524.

¹⁷⁴ Il convient de relever que l'article 14 du *Code Lieber*, *op. cit.*, note 57, combine aussi dans une seule disposition en les liant les éléments de nécessité et de proportionnalité : « ...indispensables pour atteindre les buts de guerre [nécessité], et légales selon les lois et coutumes de la guerre [proportionnalité] » ; voir aussi Burrus M. Carnahan, « Lincoln, Lieber and the laws of war: the origins and limits of the principle of military necessity », dans *AJIL*, Vol. 92, N° 2, 1998, pp. 213-231.

¹⁷⁵ B. M. Carnahan, *ibid.*, p. 230 (traduction CICR).

¹⁷⁶ Jean Allain, John Jones, « A patchwork of norms: a commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind », dans *European Journal of International Law*, Vol. 8, N° 1, 1997, p. 115 (traduction CICR).

¹⁷⁷ K. Dörmann, *op. cit.*, note 153, pp. 171-176.

¹⁷⁸ Stephen Freedland, *Human Security and the Environment: Prosecuting Environmental Crimes in the International Criminal Court*, allocution présentée à la XII^e Conférence annuelle de la Société australienne et néo-zélandaise du droit international (Canberra, Australie, 18-20 juin 2004), p. 7.

¹⁷⁹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *op. cit.*, note 31, para. 30.

¹⁸⁰ Résolution 47/37 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1992.

¹⁸¹ La même formulation a été reprise dans le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II)*, 1342 RTNU 168, entré en vigueur le 2 décembre 1983 ; tel qu'amendé le 3 mai 1996.

emprunt, mais qu'elle reflète les efforts déployés pendant la Conférence de Rome en vue d'étendre le moyen de défense fondé sur la proportionnalité par rapport à l'objectif militaire. Effectivement, alors que certaines délégations à la Conférence de Genève (notamment l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Allemagne et le Canada) considéraient l'ajout du mot « ensemble » comme une simple amélioration à la formulation de la disposition du Protocole additionnel I, plusieurs délégations ont exprimé leur crainte qu'il permette de prendre en compte l'avantage à long terme que représente le fait de gagner la guerre *per se*. L'usage que fait Solf de ce mot dans son analyse de l'article 52 du Protocole additionnel I sous-entend une prise en considération de l'opération militaire dans son ensemble plutôt que de l'objectif militaire spécifique¹⁸². Selon sa logique, le mot « ensemble » permettrait d'appliquer la proportionnalité comme moyen de défense à une situation comme la campagne de bombardement des Alliés dans le Pas-de-Calais, inutile *stricto sensu*, mais nécessaire dans le cadre de l'objectif général consistant à distraire les forces allemandes des débarquements des Alliés qui allaient avoir lieu sur les plages de Normandie¹⁸³.

La façon la plus marquante qui a été utilisée dans l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI pour étendre la portée du moyen de défense fondé sur la proportionnalité est l'ajout de l'adverbe « manifestement » devant « excessifs »¹⁸⁴. En conséquence, il est fort probable que, traduite devant la Cour, toute personne ayant lancé une attaque dans le cadre d'un conflit armé international, plaidera la proportionnalité par rapport aux objectifs militaires de son armée pour sa défense. Et il faudra vraiment beaucoup de courage aux juges pour aller jusqu'à affirmer que les actes commis étaient « manifestement excessifs » (« *clearly excessive* » dans la version anglaise) par rapport à l'avantage militaire décrit.

À cet égard, Weinstein attire notre attention sur ce qu'elle appelle « la seule affaire de l'histoire où la nécessité militaire a été mise en balance avec les dommages causés à l'environnement »¹⁸⁵, à savoir le jugement, devant le tribunal de Nuremberg, du général autrichien Lothar Rendulic dans l'affaire *US v Wilhelm List & Ors* (1948)¹⁸⁶. Rendulic n'a pas été déclaré coupable pour la tactique de la terre brûlée qu'il avait pratiquée en Norvège car la nécessité militaire a été reconnue, alors même qu'elle n'existait pas dans les faits, mais seulement dans l'esprit de Rendulic, qui avait agi en croyant à tort que les Russes progressaient. Loin de fournir une interprétation plus étroite d'un moyen de défense qui, il faut le rappeler, ne reposait pas sur l'expression « manifestement excessifs », cette décision ne fait que démontrer combien ce moyen de défense est si large, même dans sa formulation restreinte, qu'il couvre même la nécessité subjective et pas seulement la nécessité objective.

Une analyse rapide des deux principaux exemples de dommages à l'environnement en temps de guerre qui ont poussé la communauté internationale à vouloir interdire les attaques contre l'environnement – les actions des États-Unis au Viet Nam et celles de l'Irak au Koweït – apporte une preuve supplémentaire de la portée considérable de ce moyen de défense. Si un général américain ayant dirigé la pulvérisation de défoliants sur de vastes portions du territoire vietnamien était jugé en vertu d'une telle disposition, il invoquerait sans doute la nécessité pour

¹⁸² Waldemar A. Solf, « Article 52 : general protection of civilian objects », dans Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A. Solf (dir.), *New rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1982, p. 324.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 325.

¹⁸⁴ Selon la note de bas de page 37 incluse par la PrepCom dans les *Éléments des crimes* (*op. cit.*, note 119), il faut évaluer si le dommage a été excessif dans le contexte à la lumière des informations dont disposait l'auteur – et qu'il lui fallait connaître – au moment où la décision de lancer l'attaque a été prise (pour savoir s'il était prévisible).

¹⁸⁵ T. Weinstein, *op. cit.*, note 118, p. 697 (traduction CICR).

¹⁸⁶ « The Hostages Trial (Wilhelm List and Others) », dans *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 8, 1948, pp. 66-69.

l'armée américaine d'éliminer la couverture végétale qu'exploitaient à son encontre les combattants Viet-Cong. Une cour serait-elle capable de déterminer que les dommages causés au feuillage, qui s'est ensuite largement reconstitué, étaient *manifestement excessifs* par rapport à l'avantage militaire obtenu en poursuivant cet objectif ? La même difficulté se poserait dans le cas des forces irakiennes, qui auraient mis le feu à des puits de pétrole pour que la fumée empêche les avions américains de les repérer, et jeté des millions de barils de pétrole dans le golfe Persique pour entraver les manœuvres navales des Américains. Comme les conséquences de ces actions n'ont pas été, pour diverses raisons, aussi catastrophiques pour l'environnement qu'elles auraient pu l'être, une cour pourrait-elle déterminer qu'elles étaient *manifestement excessives* par rapport aux objectifs militaires susmentionnés de l'Irak ? Il est extrêmement difficile d'imaginer qu'une cour puisse finalement juger que les dommages causés à l'environnement étaient manifestement excessifs par rapport à l'avantage militaire général attendu.

L'empressement probable de tout futur accusé à invoquer ce moyen de défense et à insister sur l'importance de mettre en balance l'objectif militaire et les dommages causés à l'environnement se reflète dans les déclarations publiques que même ceux contre qui la compétence de la Cour ne pourrait pas s'exercer ont faites à propos de cas bien connus de dommages à l'environnement en temps de guerre. Ainsi, le 14 juillet 1999, le *New York Times* citait un porte-parole de l'OTAN qui déclarait, au sujet du bombardement de Pan•evo :

« L'OTAN avait deux types de cibles : des cibles tactiques et des cibles stratégiques. La raffinerie de pétrole à Pan•evo était considérée comme une cible stratégique. C'était une installation clé qui fournissait notamment du pétrole à l'armée yougoslave. En interrompant ce ravitaillement, nous empêchions les forces serbes luttant au Kosovo d'avoir accès à un produit essentiel. *Une fois la cible fixée, nous prenons en compte tous les dommages collatéraux possibles, qu'ils touchent l'environnement, les êtres humains ou les infrastructures civiles. La raffinerie de Pan•evo était considérée comme extrêmement importante, en tant que cible stratégique également, tout autant que les cibles tactiques au Kosovo* »¹⁸⁷.

Il est important de relever, aux fins du présent article, que le moyen de défense lié à la proportionnalité et à la nécessité que contient l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI fait ressortir les diverses perspectives qui ont été adoptées par les différentes branches du droit international public concernant le problème des dommages à l'environnement en temps de guerre. En exigeant que les dommages à l'environnement soient mis en balance avec l'ensemble de l'avantage militaire attendu, cette disposition offre un exemple classique de la façon dont un conflit horizontal peut surgir entre différents sous-systèmes du droit international et des relations internationales. Deux échelles de valeurs différentes sont opposées l'une à l'autre : d'une part, la volonté de prévenir les dommages à l'environnement et, d'autre part, la philosophie qui est celle du droit humanitaire et qui consiste à accepter tout ce qui, dans un conflit armé, est nécessaire à la conduite des hostilités.

Une mise en balance des valeurs du droit international de l'environnement et du droit international humanitaire

Des problèmes se posent aussi quand il s'agit de savoir qui doit procéder à cette mise en balance, où et dans quel contexte. Dans un monde idéal, les dommages à l'environnement devraient être évalués dans les limites et selon les principes du droit international de

¹⁸⁷ Chris Hedges, « Serbian town bombed by NATO fears effects of toxic chemicals », dans *New York Times*, 14 juillet 1999, New York, italiques ajoutés par l'auteur (traduction CICR) ; voir aussi PNUE et Centre des Nations Unies pour les établissements humains (Habitat), *op. cit.*, note 144, p. 32.

l'environnement, tandis que l'avantage militaire dans son ensemble serait analysé dans le cadre du droit international militaire ou du droit humanitaire applicable à ces questions. Mais en réalité, une telle mise en balance sera toujours entreprise par une seule cour ou un seul tribunal dont les membres auront tous probablement les mêmes domaines d'expertise. Dès lors, un défenseur de l'environnement accordera vraisemblablement plus de poids aux dommages à l'environnement et moins de poids à l'avantage militaire dans son ensemble par rapport au juriste militaire pour qui la destruction de l'environnement à des fins militaires est peut-être préférable à d'autres options militaires raisonnablement disponibles — comme, par exemple, une grave restriction des droits des non combattants ennemis. En cas de dommages à l'environnement en temps de guerre, il incomberait à la CPI d'arbitrer entre les valeurs des différents domaines et les approches distinctes des différentes branches du droit international public. Il faut alors se demander si cela peut poser des problèmes du point de vue du droit international de l'environnement.

Dans le domaine du droit international de l'environnement, il est fréquent, pour les diverses raisons exposées ci-dessus, que les arbitres des autres sous-systèmes du droit international mesurent l'importance d'un objectif environnemental à l'aune de la philosophie de cette autre branche du droit international. Par exemple, le débat autour du commerce et de l'environnement, devenu caractéristique de l'interaction entre sous-systèmes, a été en grande partie alimenté par l'intérêt extraordinaire qu'a suscité l'affaire « *crevettes-tortues* » de l'OMC¹⁸⁸ dans les milieux écologistes. Le premier groupe spécial saisi de cette affaire était d'avis qu'une mesure extraterritoriale de protection de l'environnement compromettrait la structure du système commercial multilatéral et ne pouvait donc pas faire partie des exceptions générales prévues à l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Cette jurisprudence a été rejetée par l'Organe d'appel, qui a adopté une approche plus équilibrée et moins fortement favorable aux valeurs commerciales. Cependant, à l'OMC, les valeurs non commerciales — surtout relatives à l'environnement — continuent d'être mises en balance avec les valeurs commerciales dans les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. En effet, ces tribunaux sont généralement composés d'experts en droit international du commerce, soutenus par un personnel administratif lui aussi plus à l'aise en droit de l'OMC que dans les autres domaines du droit international.

Certains des critères justifiant les exceptions générales de l'article XX du GATT sont analogues au moyen de défense fondé sur la nécessité applicable aux dommages à l'environnement en temps de guerre. En effet, selon la jurisprudence de l'OMC sur l'article XX, paragraphe b) du GATT, l'importance de l'objectif de politique publique visé par une mesure gouvernementale sera pesée et évaluée au regard de plusieurs facteurs, et surtout du caractère restrictif de la mesure pour le commerce¹⁸⁹. Récemment, l'Organe d'appel de l'OMC s'est concentré sur la question de la *nécessité* de la mesure et a demandé aux parties qui adoptaient une mesure de protection de l'environnement de prouver qu'il n'existait pas d'autre option disponible moins restrictive pour le commerce¹⁹⁰. Comme le révèle le droit international général sur la

¹⁸⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.

¹⁸⁹ Voir Gabrielle Marceau et Julian Wyatt, « Trade and the environment: The WTO's efforts to balance economic and sustainable development », dans Rita Trigo Trindade, Peter Henry et Christian Bovet (dir.), *Économie Environnement Éthique : de la responsabilité sociale et sociétale, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2009, pp. 225-235.

¹⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (DS 332)*, 3 décembre 2007, para. 171 ; voir aussi Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (DS 285)*, 7 avril 2005, para. 291 ; voir aussi G. Marceau et J. Wyatt, *op. cit.*, note 189, pp. 232-233.

proportionnalité et la nécessité¹⁹¹, ce type d'approche, consistant à demander une alternative moins restrictive, est une façon logiquement attrayante d'évaluer la nécessité ou le caractère « excessif » d'une action. Elle pourrait ainsi être facilement utilisée par la CPI s'il était plaidé devant elle que des dommages causés à l'environnement n'étaient pas manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire obtenu. Si l'approche de la nécessité suivie par l'OMC ou le droit international général était adoptée par la CPI, les plaidoiries du procureur devraient alors proposer les moyens qui auraient pu être utilisés pour obtenir le même avantage militaire général tout en ayant un impact moindre sur l'environnement. Même si cela peut ouvrir une nouvelle voie vers une décision finale conduisant à une condamnation, les difficultés à apporter les moyens de preuve sont évidentes, ce qui restreint encore la probabilité que des sanctions pénales soient prononcées à l'encontre d'un officier militaire ayant causé des dommages à l'environnement en temps de guerre.

Bien sûr, il est possible que les juges de la CPI réussissent cet exercice délicat de recherche d'équilibre qui leur incombe en vertu de la règle du Statut sur les dommages à l'environnement. Certains commentateurs du droit de l'environnement ont en effet salué la contribution à la protection de l'environnement de l'Organe d'appel de l'OMC, du moins pendant la période notable au cours de laquelle certains de ses membres étaient d'éminents juristes de droit international général ayant une grande expérience dans différentes branches du droit international public¹⁹². Cependant, il n'en reste pas moins que si des affaires partiellement liées au droit international de l'environnement continuent de passer devant des cours et des tribunaux ayant leur propre idéologie et leur propre domaine de compétence, la philosophie de cette branche du droit risque finalement d'être noyée et de ne jamais refaire surface¹⁹³.

Enfin, du point de vue du droit international de l'environnement, il convient de se demander s'il vaut mieux que les règles de protection de l'environnement soient appliquées par une cour ou un tribunal d'un autre sous-système — qui se fonderait en grande partie sur la philosophie de cet autre sous-système — plutôt que de ne pas être appliquées du tout. En l'absence de tout tribunal, cour ou autre structure de mise en œuvre spécialisé dans le droit international de l'environnement, ce domaine du droit international devrait-il vraiment réagir négativement au fait que d'autres sous-systèmes aient à cœur de protéger l'environnement et fassent valoir leur plus grande force institutionnelle pour faire mieux respecter les principes du droit international ? Après tout, nous avons déjà vu comment le droit international humanitaire a réussi à se rapprocher d'un domaine certes apparenté mais néanmoins distinct, celui du droit pénal international, dans l'espoir qu'un autre arsenal de solutions puisse améliorer le respect de ses règles. Évidemment, des sacrifices ont été faits en chemin. Composant avec la philosophie du droit pénal, qui prévoit des sanctions incluant la privation de liberté, le système combiné du droit international humanitaire / pénal exige parfois que des éléments moraux tels que l'intention et la connaissance soient établis pour qu'une condamnation soit prononcée. Certes, la composition entre le droit international humanitaire et le droit pénal international est bien plus facile qu'entre le droit international de l'environnement et ces deux branches du droit, puisque le droit humanitaire et le droit pénal ont finalement le même objet et des valeurs plus ou moins communes. Cependant, on ne peut

¹⁹¹ Voir par ex. CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, note 46, para. 55, où la Cour a suggéré d'autres moyens pour la Hongrie de protéger l'environnement sans mettre fin aux travaux conjoints.

¹⁹² Voir Steve Charnovitz, « The WTO's environmental progress », dans *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, N° 3, 2007, pp. 685-706.

¹⁹³ Voir Julian Wyatt, *op. cit.*, note 6 ; voir aussi Tomer Broude, *Fragmentation(s) of International Law: On Normative Integration as Authority Allocation*, Exposé présenté au symposium 2008 de la *International Law Review*, 15 février 2008, surtout p. 5, disponible sur : http://www.luc.edu/law/activities/publications/ilrsymposium/2008sym/broude_normative_integ_paper.pdf (dernière consultation le 12 décembre 2010).

nier que, même pour des problèmes qui relèvent en partie de branches du droit international avec lesquelles il n'a pas d'affinités particulières, le droit international de l'environnement peut, dans certains cas, être très bien servi par l'utilisation du cadre de référence d'un autre sous-système, en particulier aux fins de l'application de ses normes.

C'est peut-être en reconnaissance de ce fait que la majorité des critiques de ce que sont finalement les instruments du droit international humanitaire et du droit pénal international réglementant les dommages à l'environnement en temps de guerre, portent non sur le fait que les règles n'entrent pas dans une véritable structure de protection de l'environnement et risquent de la corrompre, mais sur le fait que, dans une perspective de protection de l'environnement, ces règles ne vont pas assez loin.

Un régime trop ferme ou trop faible ? Et de quel point de vue ?

Tous les décideurs et les législateurs savent que toute nouvelle règle ou politique va inévitablement aller trop loin pour certains et pas assez pour d'autres. En droit international, c'est souvent à ce résultat qu'aboutissent les efforts des législateurs pour régler des problèmes transversaux qui transcendent les limites des différentes branches du droit international et leurs échelles de valeurs divergentes. Les textes qui ont été écrits sur le régime juridique international des dommages à l'environnement en temps de guerre, et en particulier la disposition du Statut de la CPI, illustrent bien ce phénomène. Les remarques suivantes tentent d'évaluer ce régime non pas d'un, mais des deux points de vue du droit international susceptibles d'être appliqués à ce phénomène.

Un régime trop faible du point de vue du droit international de l'environnement ?

Dans le droit international humanitaire actuel, les sanctions pénales individuelles, qu'elles soient appliquées par des tribunaux nationaux, les tribunaux *ad hoc* ou la CPI, sont souvent considérées comme le meilleur moyen de garantir le respect des normes de droit international humanitaire. À première vue, les défenseurs de l'environnement devraient donc être ravis de voir des règles sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre — qui ne faisaient auparavant même pas partie du régime des infractions graves — élevées au rang de crimes de guerre à la Cour pénale internationale. Cependant, notre analyse des éléments de l'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI et de leur application à des exemples classiques de dommages intentionnels à l'environnement en temps de guerre a montré que le champ d'application de cette règle est extrêmement limité. En effet, au vu des critères élevés fixés pour les dommages causés, de la difficulté que pose l'exigence de connaissance, et de la notion de « proportionnalité/nécessité » élargie et donc facile à invoquer, on peut se demander, comme Heller et Lawrence, s'il sera possible de condamner qui que ce soit pour dommages à l'environnement en temps de guerre en vertu de cette disposition de la CPI¹⁹⁴. Ce résultat est d'autant plus probable si l'on considère qu'il faut analyser strictement toute définition d'un crime sans l'étendre par analogie et qu'il faut pencher vers une interprétation favorable à l'accusé en cas d'ambiguïté¹⁹⁵. On pourrait même soutenir qu'un acte militaire auquel s'appliquerait l'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI serait probablement si grave et si inexcusable que des dispositions applicables à d'autres crimes internationaux s'y appliqueraient de toute façon.

¹⁹⁴ Jessica C. Lawrence, Kevin Jon Heller, « The limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute: the first ecocentric environmental war crime », dans *Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 20, N° 1, 2007, p. 62.

¹⁹⁵ Statut de la CPI, article 22, para. 2.

L'article 8, paragraphe 2, alinéa b-iv) du Statut de la CPI est peut-être apparu à première vue aux commentateurs comme une victoire historique pour la protection de l'environnement dans les conflits armés. Pourtant, après une étude plus approfondie, il n'est plus qu'un mirage car, compte tenu de ses critères stricts, et il est fort peu probable qu'il contribue à ce que des poursuites pénales internationales soient engagées afin de résoudre le problème des dommages intentionnels à l'environnement en temps de guerre. Le rédacteur d'un article de cette même publication est d'ailleurs arrivé à une conclusion très semblable il y a dix ans¹⁹⁶, avant même que les États-Unis n'aient considérablement réduit la compétence de la CPI en signant les « accords de l'article 98 » avec plus de 100 États.

Néanmoins, chaque pas effectué dans une nouvelle direction et dans un but louable, même s'il est très petit, devrait être salué. Après tout, même les défenseurs des causes écologiques et les juristes du droit international de l'environnement devraient être pleinement conscients des difficultés qu'il y a à progresser rapidement vers un droit international contraignant et étendu sur un nouveau sujet. Si le droit international de l'environnement avait déjà atteint un stade de développement plus avancé et disposé d'une structure institutionnelle plus forte, une norme de portée plus étendue aurait éventuellement pu être adoptée lors de la Conférence de Rome. Pour justifier leur inaction ou les mesures minimales adoptées, les diplomates peuvent être tentés d'invoquer le manque de réglementation ou les faiblesses d'un autre domaine du droit international. Les négociateurs ont cependant résisté à cette tentation pour les dommages à l'environnement en temps de guerre, dont la criminalisation doit, de l'avis de l'auteur, être vue comme le franchissement d'une nouvelle étape pour le droit international de l'environnement. Aucun autre domaine de cette branche du droit international ne prévoit de sanctions aussi graves que l'incarcération pour la violation d'un traité environnemental ou pour des actes internationaux qui provoquent des dommages à l'environnement naturel. Certains traités, comme la Convention de Bâle, déclarent certains actes illégaux, mais ils ne prévoient pas de mesures de mise en œuvre et se contentent d'appeler vaguement les États Parties à utiliser des mesures nationales pour faire respecter les règles de la Convention¹⁹⁷. Même les dispositions du Protocole additionnel I sur les dommages causés à l'environnement en temps de guerre devraient être saluées, car elles figurent parmi les rares règles du droit international de l'environnement qui permettent de tenir un État responsable des dommages qu'il a causés, même si ces dommages n'étaient pas spécifiquement intentionnels, subjectivement prévisibles ou commis par insouciance.

Par conséquent, dans l'état actuel du droit international de l'environnement, la criminalisation des dommages à l'environnement en temps de guerre, plutôt que de ne pas aller suffisamment loin, peut sembler aller trop loin. Est-il vraiment correct, d'un point de vue de politique juridique, que l'équipage d'un bateau qui déverse des déchets toxiques en haute mer, ou le directeur d'une entreprise qui décide de polluer un cours d'eau international, ne soient pas forcément passibles d'une peine d'emprisonnement, alors qu'un commandant militaire, dont la raison d'être est de causer des dommages à ses ennemis, peut être emprisonné en raison du dommage incident que ses activités militaires ont causé à l'environnement ?

Dans un domaine relativement vierge tel que le droit international de l'environnement, dont le principe directeur est l'amélioration de la protection de l'environnement par l'adoption de nouvelles règles juridiques internationales, toute nouvelle norme allant dans ce sens sera la bienvenue, quels que soient les déséquilibres apparents qu'elle peut sembler créer, ou les

¹⁹⁶ Thilo Marauhn, « Environmental damage in times of armed conflict : not 'really' a matter of criminal responsibility? », dans *International Review of the Red Cross*, N° 840, 2000, p. 1036.

¹⁹⁷ *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, ouverte à la signature le 22 mars 1989, 1673 RTNU 57 (entrée en vigueur le 5 mai 1992), article 4, para. 3 et 4.

contradictions qu'elle risque de soulever du point de vue de l'équité. En effet, il est dans la nature du droit international que certaines branches du domaine soient mieux réglementées et mieux appliquées que d'autres, de sorte que le droit international de l'environnement – dont de nombreux aspects dépendent de différentes branches – sera inévitablement inégal dans ses tentatives de protéger l'environnement à l'échelon international. Le mode inévitablement aléatoire de développement du droit international l'empêche de pouvoir suivre l'exemple politique typique des systèmes juridiques nationaux qui font varier le poids des sanctions juridiques parallèlement à la gravité ou à l'importance sur le plan de la politique publique de la violation ou infraction. Cette incohérence est inévitablement plus présente dans les branches du droit international qui n'ont pas de structure interne forte et dans les domaines dont les normes sont plus susceptibles de chevaucher celles d'autres domaines du droit international.

En fin de compte, le fait qu'un juriste du droit international de l'environnement considère que la criminalisation des dommages à l'environnement en temps de guerre va trop loin ou pas assez loin dépendra de sa disposition à accepter (dans l'intérêt du développement de ce sous-système encore jeune du droit international) à la fois une nouvelle règle internationale de protection de l'environnement encore limitée et imparfaite et un manque évident de cohérence quant aux activités effectivement réglementées dans son champ d'application.

Cependant, nous estimons que ces iniquités quant aux activités qui sont ou non réglementées seront moins acceptables pour ceux qui sont habitués à des branches du droit international moins dépendantes que le droit international de l'environnement des efforts sporadiques et fragmentés d'élaboration des traités et bénéficiant d'un soutien institutionnel plus fort. Le droit international humanitaire fait justement partie de ces sous-systèmes du droit international relativement mieux soutenus. Il est donc important d'examiner si, de son point de vue, la criminalisation des dommages à l'environnement en temps de guerre crée une inégalité semblable à celle qu'elle semble créer dans le contexte de la réglementation internationale de la protection de l'environnement.

Un régime trop strict du point de vue du droit international humanitaire et du droit pénal international ?

En reprenant la méthode que nous avons utilisée pour évaluer le régime juridique des dommages causés à l'environnement en situation de conflit armé dans la perspective du droit international de l'environnement, nous allons maintenant l'analyser par rapport à d'autres violations du droit international humanitaire et selon l'échelle de gravité du droit international humanitaire / pénal. Pour simplifier, la question clé est de savoir s'il est acceptable qu'un commandant militaire, en tant qu'individu, puisse être déclaré personnellement responsable de dommages à l'environnement ou si la responsabilité pénale individuelle devrait être restreinte aux actes extrêmes commis directement contre des êtres humains, tels que le génocide et la torture. De ce point de vue, au lieu de considérer que le Statut de la CPI ne va pas assez loin du fait de sa portée et de son efficacité restreintes, on pourrait au contraire arguer qu'il va en fait trop loin.

Le préambule du Statut de la CPI évoque des « atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine » et affirme que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis »¹⁹⁸. Certains auteurs ont même énuméré les conditions spécifiques qui doivent être remplies pour que la violation d'une norme puisse devenir un crime international¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Préambule du Statut de la CPI.

¹⁹⁹ Prabhu, par exemple, définit cinq de ces conditions : Mohan Prabhu, « General report on crimes against the environment », dans *International Review of Penal Law*, Vol. 64, 1994, p. 703.

Nous avons vu plus haut que le Statut de la CPI donne une définition très générale des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre qui relèvent de la compétence de la Cour. Dans un article sur le terrorisme (un des crimes qui ne figurent pas dans le Statut de la CPI), le professeur Antonio Cassese, premier président du TPIY, fait observer que le Statut de la CPI n'a voulu inclure que les crimes considérés par la communauté comme étant suffisamment graves en termes de portée et d'intensité de leurs effets pour donner lieu à des poursuites devant un tribunal international²⁰⁰.

Cependant, une partie considérable de la doctrine ne se limite pas à une étude factuelle de la gravité de la violation. Nombreux sont ceux qui affirment que des critères plus formalistes doivent être satisfaits pour que la violation d'une norme de droit international, notamment de droit international humanitaire, soit criminalisée. Dans une autre publication, Cassese soutient que même pour une violation « grave » du droit international humanitaire il est nécessaire de prouver, pour quelle soit qualifiée de crime de guerre, qu'elle a été criminalisée par la jurisprudence, soit des tribunaux nationaux compétents, soit des cours ou tribunaux internationaux²⁰¹. René Provost, quant à lui, affirme qu'il doit y avoir un consensus sur le fait que la violation considérée engage la responsabilité pénale individuelle de son auteur²⁰², tandis que Georges et Rosemary Abi-Saab semblent aller plus loin en imposant un test exigeant de double formation semblable à celui généralement considéré comme nécessaire pour établir des normes coutumières de *jus cogens*²⁰³ :

« En fait, pour que la violation d'une règle du *jus in bello* ait l'effet spécial d'engager la responsabilité pénale individuelle, il faut établir non seulement l'existence de la règle violée en droit international, mais également l'existence d'une règle secondaire, normalement coutumière, qui attribue à la règle cet effet spécial ».

Ces deux auteurs, qui semblent désireux de préserver l'intégrité du système du droit pénal international, se disent ensuite préoccupés par le fait que les rédacteurs du Statut de la CPI, qui n'avaient pour rôle que de créer une institution et non de codifier le droit, ont en fait établi l'existence de crimes de guerre en dehors des crimes définis dans le droit international coutumier²⁰⁴. L'interdiction de causer des dommages à l'environnement en temps de guerre en est évidemment un exemple frappant.

Cependant, il y a autant de partisans de l'autre point de vue qui considèrent qu'il est loin d'être inapproprié qu'une assemblée de représentants des États puissent adopter des dispositions de droit pénal international et qui ont salué la volonté des rédacteurs du Statut de la CPI d'avancer plus vite que le droit international coutumier et de criminaliser des actes comme les crimes sexuels et, bien sûr, les dommages causés à l'environnement en temps de guerre. Provost par exemple soutient que tant la nature des normes de protection de l'environnement que l'inefficacité du régime fondé sur la responsabilité des États pour résoudre le problème des dommages causés à l'environnement en temps de guerre justifient la criminalisation de la violation de cette interdiction²⁰⁵. Steven Freeland est encore plus déterminé dans son soutien à cette criminalisation ; il rappelle que la CPI a été créée pour « dissuader et sanctionner les crimes internationaux les plus graves » et assure que « l'utilisation délibérée de l'environnement à des fins stratégiques et militaires, avec ses conséquences catastrophiques pour les populations humaines, correspond clairement à cette

²⁰⁰ Antonio Cassese, « Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law », dans *European Journal of International Law*, Vol. 12, N° 5, 2001, pp. 993-994.

²⁰¹ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2^e édition, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 84-86.

²⁰² R. Provost, *op. cit.*, note 134, p. 440.

²⁰³ Georges et Rosemary Abi-Saab, « Chapitre 21 : les crimes de guerre », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 278.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 284-285.

²⁰⁵ R. Provost, *op. cit.*, note 134, p. 442.

description »²⁰⁶.

C'est donc essentiellement une question de philosophie personnelle ou, plus précisément, de cadre de référence personnel. Comme nous l'avons dit, en général, les auteurs qui examinent la disposition dans une perspective de protection de l'environnement ou de droit international de l'environnement ne voient aucun problème à la criminalisation des dommages causés à l'environnement en temps de guerre, tandis que ceux qui l'abordent dans une perspective classique de droit international ou de droit international humanitaire et de droit pénal international vont se demander si les rédacteurs du Statut de la CPI auraient vraiment dû aller aussi loin.

Étant donné que les poursuites pénales sont peut-être l'un des meilleurs moyens d'assurer le respect de nombreuses normes importantes du droit international humanitaire, on devrait effectivement veiller à ne pas trop en restreindre l'intégrité. Un système naissant a besoin d'un consensus international fort sur la pertinence de ses objectifs, de ses approches et de ses règles spécifiques. Dans le cas du droit pénal international, cela signifierait que tous les crimes de guerre, pour lesquels la principale peine encourue est l'emprisonnement²⁰⁷, devraient être suffisamment graves pour justifier des poursuites pénales individuelles devant les tribunaux internationaux — une démarche importante et politiquement sensible. Comme le signale Peter Sharp, « il y a des raisons impérieuses qui doivent nous retenir d'aller trop loin et trop vite, en essayant de faire de la Cour pénale internationale plus que ce que son titre prévoit clairement. Il est essentiel de préserver son capital politique pour les batailles les plus urgentes »²⁰⁸.

Les attaques qui causent des dommages étendus dans les conflits armés ne sont interdites en droit international humanitaire que depuis 1977 et cette interdiction ne semble toujours pas s'être cristallisée en droit coutumier. Il serait donc, du point de vue de l'auteur, inapproprié de suggérer que tous les actes qui causent de tels dommages fassent l'objet de poursuites pénales. Effectivement, la plupart des autres violations criminalisées par le Statut de la CPI, comme le génocide, la torture et la prise d'otages, sont des normes de droit coutumier bien établies qui ont même, dans certains cas, obtenu le statut de *jus cogens*. Pour revenir à notre échelle de gravité des différentes violations du droit international, il convient de relever que de nombreux actes de terrorisme²⁰⁹ et l'emploi hostile d'armes nucléaires n'engagent pas en soi la responsabilité pénale internationale de leurs auteurs en vertu du Statut de la CPI²¹⁰. Pour certains, il n'est pas sûr que ces actes doivent être considérés comme étant aussi graves que les dommages causés à l'environnement en temps de guerre dans une société qui est aujourd'hui de plus en plus préoccupée par la dégradation de l'environnement. Une telle comparaison permet néanmoins de montrer que, du point de vue du droit international humanitaire du moins, il est peut-être justifié que la disposition de droit pénal international qui vient d'être analysée en détail ci-dessus ait un champ d'application si restreint.

Cependant, affirmer que tous les actes causant des dommages à l'environnement en temps de guerre ne devraient pas faire l'objet de poursuites devant des tribunaux pénaux internationaux n'implique pas forcément qu'on considère qu'aucun de ces actes n'en fasse l'objet. Il est évident que certains actes intentionnels causant des dommages à l'environnement en temps de guerre sont considérablement plus graves et inexcusables que

²⁰⁶ S. Freeland, *op. cit.*, note 178, p. 12 (traduction CICR).

²⁰⁷ Article 77 du Statut de la CPI.

²⁰⁸ P. Sharp, *op. cit.*, note 105, p. 219 (traduction CICR).

²⁰⁹ On trouvera une explication des raisons pour lesquelles le terrorisme n'a pas été inclus en tant que tel dans le Statut de Rome, dans : A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 994.

²¹⁰ La proposition de l'Inde à ce sujet lors des négociations du Statut de Rome a été rejetée. Voir Marlies Glasius, « Expertise in the cause of justice: global civil society influence on the statute for an international criminal court », dans Marlies Glasius, Mary Kaldor, Helmut Anheier (dir.), *Global Civil Society*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 137.

d'autres, et que leurs auteurs méritent davantage d'encourir des sanctions pénales internationales. Étant donné la sensibilité internationale croissante à la nécessité de protéger l'environnement naturel et le fait que l'interdiction des dommages à l'environnement en temps de guerre est encore un phénomène relativement nouveau et non encore fixé dans le codex du droit international coutumier, l'ordre juridique international est certainement mieux servi par un compromis qui ne criminalise que les actes militaires intentionnels les plus extrêmes causant les dommages les plus importants à l'environnement naturel.

Quant à savoir si le Statut de la CPI délimite correctement la frontière entre les actes contre l'environnement qui sont suffisamment graves pour être criminalisés et ceux qui ne le sont pas, c'est une question à laquelle on ne pourra répondre que si et quand la CPI nous fournira une jurisprudence constante qui constituera une interprétation de référence de la portée précise de l'article 8, para. 2, al. b-iv) de son Statut. En attendant, nous sommes d'avis, sur la base de l'analyse menée dans le présent article, que l'article 8, para. 2, al. b-iv) du Statut de la CPI ne devrait être dénoncé ni parce qu'il irait trop loin en criminalisant les dommages à l'environnement en temps de guerre ni parce qu'il n'irait pas suffisamment loin en imposant plusieurs conditions exigeantes qui doivent être remplies pour qu'une accusation soit retenue. C'est certes un pas limité mais néanmoins important vers la criminalisation des dommages causés à l'environnement en temps de guerre. Cette disposition complète avec une armature institutionnelle les dispositions du Protocole additionnel I et de la Convention ENMOD qui engagent la responsabilité internationale des États pour des violations semblables, mais sur une base moins exigeante. Que la question soit envisagée du point de vue du droit de l'environnement ou du droit des conflits armés, cette avancée constitue sans doute un compromis idéal entre la nécessité de protéger l'environnement et l'importance de préserver l'intégrité du droit international humanitaire et du droit pénal international.

Conclusion

La présente analyse des dommages causés à l'environnement en temps de guerre, une question qui se situe clairement à l'intersection de deux branches distinctes du droit international, visait à montrer différents aspects de la réglementation juridique internationale de problèmes véritablement transversaux. En ne saisissant pas l'occasion de définir en détail à la fois a) le type particulier de lien de causalité requis entre l'acte et le dommage à l'environnement pour toutes les règles applicables et b) les contours précis de ce que sont des dommages étendus, durables et graves, les négociateurs des textes cités ont manqué une occasion de s'appuyer sur l'expérience acquise et le consensus recueilli dans un autre domaine du droit international (en l'occurrence le droit de l'environnement) pour donner plus de clarté à leurs dispositions. Cela montre les dangers potentiels qu'il y a à rester trop proche d'une branche particulière du droit international quand on formule une norme transversale. En associant une conséquence grave à certaines violations de la norme, la sanction pénale d'emprisonnement pour crimes de guerre, l'exemple des dommages à l'environnement en temps de guerre montre aussi comment des problèmes transversaux peuvent exploiter la structure plus forte d'un système pour mettre en œuvre le droit d'un autre système, tout en faisant, hélas, naître des doutes dans l'autre système quant à la « neutralité fonctionnelle » de la mise en œuvre de la norme commune par le système le plus fort.

Enfin, cet exemple montre surtout que la « complexification » et la spécialisation croissantes du droit international contemporain²¹¹, avec les tendances isolationnistes

²¹¹ La notion de « complexification » de l'ordre juridique international est tirée de Georges Abi-Saab, « Fragmentation or unification: some concluding remarks », dans *New York University Journal of International*

concomitantes des praticiens de ses différentes branches, créent de réels problèmes pour une évaluation correcte des normes transversales. L'exemple des dommages à l'environnement en temps de guerre, en particulier depuis qu'ils sont criminalisés par le Statut de la CPI, montre que les spécialistes du droit international devraient toujours s'efforcer d'analyser le nombre croissant de normes transversales depuis différentes perspectives et de les évaluer au regard des objectifs, principes, approches et normes propres à chaque branche concernée. C'est une tâche difficile et laborieuse, mais la complexité de la vie internationale moderne et du droit international contemporain l'exige.